BIBLIOTECA NAZ.
Vittorio Emanuele III
XXI
C
3
NAPOLI

XXI
C
3

Digitized by Goog

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Cl: V. REINHARDI

BACHOVII

ECHTII, JC.

& in Academia Heidelbergensi Professo-

ris quondam celebratissimi,

COMMENTARII,

IN QVATUOR

INSTITUTIONUM JURIS

DIVI JUSTINIANI LIBROS

THEORICI & PRACTICI.

QVIBVS TVM TEXTVS SOLIDE EXPLICATVR,

tùm plurima connexa QVÆSTIONES *ex veris Principiis*

JURIS *accuratè enodantur.*

EDITIO NOVISSIMA & CORRECTIOR,

CUM INDICE.

FRANCOFVRTI.

Sumptibus Hæredum JOHAN-GODEFREDI SCHÖNWETTERI.

Typis Balthas. Christoph. Wustii, Anno 1661.

Digitized by Google

BENEVOLO LECTORI S.

EN Tibi amice Lector, Commentarios meos ad Inſtitutiones, quos jam pridem, ut in publicum ederem, non pauci ſtudioſi & voce & ſcriptis petierunt. Dediſſem his ipſis nundinis & alia, inprimis Comment. ad primam partem Pandectarum: ſed conatibus meis obſtitit & invidit Fortuna. Dum Heidelbergæ, ubi XX. & amplius annis Profeſſorem egeram, ſarcinas colligo, & ad diſceſſum me compono, aliquot ſeptimanæ abierunt. Et ubi primum Heidelberga mihi abeundum eſſe intellexi, qui ab ineunte ætate in Academiis verſatus & quaſi inmutritus eram, & qui perpetuo hoc & unice egi, ut opera mea ſtudioſis prodeſſe poſſet, ſtatim de alia Academia petenda cogitavi. Et occurrit præ ceteris Argentinenſis, inquam & celebritas urbis, & opportunitas loci, ſtudioſorum frequentia, ſed & conſilia amicorum, invitabant. Itaque præcipua parte Bibliothecæ, quæ quatuor millia pondo conficiebat, in navem impoſita, Spiram delatus ſum, non eo conſilio, ut ibi hærerem, ſed ut prima oblata occaſione peterem Argentinam & ibi fortunarum mearum figerem ſedem. Et jam tum animo quaſi præcipiebam voluptatem illam, quam ex converſatione cum Dnn. Profeſſoribus & ſtudioſis, ex Lectionibus & diſputationibus, qua audiendis, qua inſtituendis percepturus eram. Et ita mihi blanditus eſt, & me abripuit hic affectus, ut non ferens Spiræ longiorem moram, (quæ tamen fuit duorum menſium, quos pene otioſus ibi exegi) incommoda tempeſtate anni, circa ipſam Vrbem graſſantibus hinc inde militibus, itineri committerem me & biblothecam meam, cum omnibus manuſcriptis, in quibus poſt Deum omnes ſpes opesque meæ, quæ etiam jactata ventis & fluctibus, vix quarta poſt ſeptimana Argentinam pervenerunt. Ibi vero, cum jam in portu me eſſe putarem, ſævior tempeſtas, & quæ pene merſit, excepit. Et quamvis enim in omnibus aliis & fere totius Europæ Academiis, his qui fiduciam ſtudiorum ſuorum habent, privatim ſtudioſis operam dare liceat: Profeſſores tamen juris Argentinenſes hoc mihi licere noluerint, ſed (ut ne quid deſiderare poſſint) ſubmiſſe etiam hoc petenti, & fortunæ novercantis iniquitatem, quæ me premebat, exponenti, (indignantibus licet ſtudioſis, qui opera mea privatim uti volebant) interdixerunt. Et quid facerem, peregrinus & exul, non æqua mihi cum illis factio erat. Itaque cum ſine ſubſidio, quod ex privatis exercitiis mihi pollicitus fueram, ibi vivere non poſſem, cedere, & rurſus vela ventis dare, & Spiram repetere coactus fui. Ita miſero, magni ſumtus, & tot horæ, imo dies, imo ſeptimanæ, imo toti quinque menſes, quos alias optime impendere potuiſſem, miſere perierunt. Hæc. Te optime Lector, ſcire, ne tempus & otium ultro à me male collocatum putes, excuſare, & fortunas meas, quæ me hactenus jactarunt, exponere viſum fuit. Tu vale & conatibus meis fave.

Reinhardus Bachovius Echtius, IC.

ELEN-

Digitized by Google

ELENCHVS

TITULORUM QVI QVATUOR LIBRIS INSTITUtionum Imp. continentur, & hiſce Commentariis explicantur.

LIBRO PRIMO continentur.

I. De juſtitia & jure, pag. 1.
II. De jure naturali, gentium, & civili 8
III. De jure perſonarum 30
IV. De ingenuis 37
V. De libertinis 39
VI. Qui, & quibus ex cauſis manumittere non poſſunt 44
VII. De lege Fuſia Caninia tollenda 53
VIII. De his, qui ſui, vel alieni juris ſunt 56
IX. De patria poteſtate 62
X. De nuptiis 67
XI. De adoptionibus 97
XII. Quibus modis jus patriæ poteſtatis ſolvitur 113
XIII. De tutelis 116
XIV. Qui teſtamento tutores dari poſſunt 132
XV. De legitima agnatorum tutela 138
XVI. De capitis diminutione 141
XVII. De legitima patronorum tutela 148
XVIII. De legitima parentum tutela 149
XIX. De fiduciaria tutela 149
XX. De Attiliano tutore, & eo qui ex lege Iulia & Titia dabatur 151
XXI. De auctoritate tutorum 157
XXII. Quibus modis tutela finitur 160
XXIII. De curatoribus 163
XXIV. De ſatisdatione tutorum, vel curatorum 170
XXV. De excuſationib. tutorum vel curatorum 176
XXVI. De ſuſpectis tutoribus & curatoribus 139

LIBRO SECVNDO.

I. De rerum diviſione, & acquirendo ipſarum dominio 199
II. De rebus corporalibus, & incorporalibus 260
III. De ſervitutibus ruſticorum & urbanorum prædiorum 262
IV. De uſufructu 271
V. De uſu & habitatione 281
VI. De uſucapionibus & longi temporis præſcriptionibus 285
VII. De donationibus 304
VIII. Quibus alienare licet, vel non 313
IX. Per quas perſonas cuique acquiritur 321
X. De teſtamentis ordinandis 333
XI. De militari teſtamento 351
XII. Quibus non eſt permiſſum facere teſtamentũ 360
XIII. De exheredatione liberorum 368
XIV. De hæredibus inſtituendis 379
XV. De vulgari ſubſtitutione 395
XVI. De pupillari ſubſtitutione 398
XVII. Quibus modis teſtamenta infirmentur 413
XVIII. De inofficioſo teſtamento 424
XIX. De hæredum qualitate & differentia 437
XX. De legatis. 450
XXI. De ademptione legatorum, & translatione 489
XXII. De lege Falcidia 490
XXIII. De fideicommiſſariis hæreditatibus, & ad S. C. Trebellianum 496
XXIV. De ſingulis rebus per fideicommiſſum relictis 513
XXV. De codicillis 517

LIBRO TERTIO.

I. De hæreditatibus quæ ab inteſtato deferuntur 523
II. De legitima agnatorum ſucceſſione 539
III. De Senatusconſulto Tertulliano 549
IV. De Senatusconſulto Orphiciano 554
V. De ſucceſſione cognatorum 556
VI. De gradibus cognationis 560
VII. De ſervili cognatione 564
VIII. De ſucceſſione libertorum 571
IX. De aſſignatione libertorum 579
X. De bonorum poſſeſſionibus 580
XI. De acquiſitione per arrogationem 594
XII. De eo cui libertatis cauſa bona addicuntur 597
XIII. De ſucceſſionibus ſublatis, quæ fiebãt per bonorũ vẽditiones & ex Senatusconſulto Claudiano 600
XIV. De obligationibus 602
XV. Quibus modis recontrahitur obligatio 607
XVI. De verborum obligationibus 611
XVII. De duobus reis ſtipulandi, & promittendi 627
XVIII. De ſtipulatione ſervorum 629
XIX. De diviſione ſtipulationum 631
XX. De inutilibus ſtipulationibus 633
XXI. De fideiuſſoribus 651
XXII. De literarum obligationibus 658
XXIII. De obligationibus ex conſenſu 660
XXIV. De emptione & venditione 661
XXV. De locatione & conductione 669
XXVI. De ſocietate 675
XXVII. De mandato 681
XXVIII. De obligationibus, quæ quaſi ex contractu naſcuntur 691
XXIX. Per quas perſonas nobis obligatio acquiritur 697
XXX. Quibus modis tollitur obligatio 698

Digitized by Google

LIBRO QVARTO.

I. De obligationibus, quæ ex delicto naſcuntur 710
II. De vi bonorum raptorum 731
III. De lege Aquilia 736
IV. De injuriis 744
V. De obligationibus, quæ quaſi ex delicto naſcuntur 775
VI. De actionibus 760
VII. Quod cum eo, qui in alienâ poteſtate eſt, negotium geſtum eſſe dicitur 816
VIII. De noxalibus actionibus 843
IX. Si quadrupes pauperiem feciſſe dicatur 847
X. De iis per quos agere poſſumus 853
XI. De ſatisdationibus 855
XII. De perpetuis & temporalib. actionibus, & quæ ad hæredes & in hæredes tranſeunt 864
XIII. De exceptionibus 868
XIV. De replicationibus 876
XV. De interdictis 880
XVI. De pœna temere litigantium 891
XVII. De officio judicis 896
XVIII. & ult. De publicis judiciis. 902

INDEX IN COMMENTARIA SVPER INSTITUTIONES.

PRIOR NVMERVS LIBRVM, SECVNDVS titulum, tertius paragraphum deſignat.

A.

ACceptilatio quomodo dicatur juris gentium, 3,30,1. Ejus diſtinctio in ſimplicem & Aquilianam, confutata, ibid.
& cur per eam non poſſint tolli obligationes conſenſu conſtantes, ibid.
Acceptilatio partis, 3,30,1.
Acceſſorium quandoque manet, ſublato principali, 3,21,4.
Actiones ex jure gentium, 1,2,3. & 4,6,3.
Actio an detur ultra quadruplum, 4,6,3.
Actiones ex delictis, quæ non dantur hæredibus, 4,12,1.
cur iſtæ actiones non dentur contra hæredes, 4,1,16. & 4,3,3.
Actiones ex contractu dantur in hæredes in ſolidum etiam ob dolum defuncti, ibid. & 4,12,1.
Actiones quomodo objectũ juris, 4,6. in pr.
Actionum diviſio in rem & in perſonã, 44,6,1 & hujus cauſæ, ibid.
Actione in rem mota, quid juris ſi poſt litem conteſt. petitori ſuperveniat dominiũ 4,6,1 & quid ſi reus ante vel poſt litem conteſtatam dolo poſſidere deſierit, ibid.
& an tum ſententia poſſit executioni mandari contra tertium poſſeſſorem, 4,6,1.
Actionum humanarum, quæ non jure fiunt diſtinctio, 4,4. princ.
Actor adjunctus tutori, 1,23,4.
Adcreſcendi jus, 2,27,7.
& an poſſit prohiberi à teſtatore, 2,14,5.
Adjectus ſolutionis gratia, 3,20,1.
Adoptionis modus, 1,11,2.
Adoptio fœminæ, 1,11,10.
& in locum nepotis ubi non eſt filius, 1,11,6.
Adoptionis linea, 1,10,2.
Adoptatus ex tribus maribus, 3,1,14.
Adoptati filii extranei jus in ſucceſſione, 3,1,14
Adquirere ex re alicujus, 2,9,5.
Adrogatio unde dicta, 1,11,2.
ejus modus, ibid.
Adrogatio impuberis, 1,11,3.
& ei quæ quarta debeatur, 1,11,4.
Adrogatur an teneatur ex antegeſto, 3,11,2.
& an utilibus actionibus ex contractu arrogati, ibid.
Ædituus, 1,13,2.
Adſcriptitii, qui 1,3,1.
Ætas virilis togæ, 1,6,3.

Affini-

Digitized by Google

Affines qui 1,10,9.& 10.
Earum ſpecies & genera & gradus, ibid.
Affinitas imperfecta. ibid.
Affinitas an naſcatur ex coitu illicito.ibid.
Album corrumpentis pœna,& cui ea applicetur. 4,6,2.
Alveus deſtitutus cujus ſit,2,1,19.
Alumnus quis 1,6,3.
Annui ſtipulatio,an ſit pura & una 3,16,3.
Appellari an poſſit à decreto quo quis tutor datur 1,25,8.
Aquiliæ Legis actio cur non detur in hæredes & an ſit pœnalis 4,6,17. (4,3,3
& an ex iſta cauſa & lege poſſit agi criminaliter,4,3,5.
Aquiliæ actio utilis 4,3,19.
Aquæ hauſtus 2,3,2.
Arbitri qui ſint 4, 6,1.
Arbitrariarum actionum duæ ſpecies 4,6,27.
an faciant tertiam ſpeciem præter ſtricti juris & bonæ fidei actiones,ibid.
&quomodo differant à bonæ fidei judiciis, ibid.
Argumentum à contractibus ad ultimas voluntates,1,7.
Artis datis,an poſſit unus invito altero à perfecto contractu reſilire,3,24. pr.
Autoritas quid 2,6,2.
Autoritatis tutoris interpoſitio, 1,21,

B.

BEneficium an poſſit dari invito 3,30. in pr.
in bonis eſſe quid ſit 4,2.2.
Bonæ fidei actiones quæ & cur ſint 4,6,24.
& earum differentiæ,ibid.
an inter eas ſit petitio hæreditatis, ibid.
an actio de peculio & aliæ, quæ ſaltem habent novas qualitates, ibid.
Bonorum poſſeſſio ex Legibus 3,10,5.
Bonorum poſſeſſionis contra tabb. quæ parentibus & patronis datur,differentia 3,8,3.
Bonorum poſſeſſio quid ſit 3,10,1.
an qui eam agnovit ſit etiam ſuus hæres jure civili,ibid.
Bonorum poſſeſſio pro decem perſonis 3,10,2
& tamquam ex familia,ibid.& 3,10.4.
Bonorum poſſeſſor non eſt hæres 3,10,1.
Bonorum vetus venditio 3,1,3.

C.

CAlumniæ juramentum an olim præſtitum 4,16,1.
Calumniæ vetus actio,ibid.
Capitalis cauſa quæ 4,18,1.
Capitis diminutione minima quæ pereant 3,11 in pr. & an obligatio operarum,ibid.
Catholiciani 4,6,21.
Certa debet eſſe ſententia 4,6,28.
non tamen neceſſe eſt, ut ſemper certum petatur, ibid.
Cenotaphium 2,1,6.
Cenſus apud Romanos 3,8,3.
Coalitio terræ,2,1,16.
Committi ſtipulationem, quid ſit 3, 16.4.
Cognatio ſpiritualis,1,10,2.
Commixtio confuſio 2,1,20.
Communia quæ 2,1,2.
Conductionis ſignificatio 3,15,pr.
Conceptus poſt mortem non ſuccedit,3,1,8.
Concurſus actionum 4,91.
Commodata res cujus ſit periculo 3,15,2.
Condictio certi an duplex 3,15.pr.
Condicere,condictio 4, 6,15.
Condictio quomodo detur contra furem 4. 6.14.
Condictionis ejus utilitas,ibid.
& an in ea ſit probandum dominium, ibid.
Condictio quomodo competat,ut detur, vel fiat,4,6,21.
Compenſationi quando olim & hodie locus, 4,6,26.
Compenſationi ipſo jure locum eſſe, quid ſignificet,ibid.
Compenſare qui potuit, an ſolutum repetere poſſit,ibid.
Compenſatio cur non objici poſſit depoſito, 4,6, 26.
& quid circa iſtam materiam novi fecerit Juſtinianus,ibid.

Compensatio beneficiũ quale sit 4,6,34.&35.
Conditio impossibilis 2,14,6.
Conditio secundum dici 3,16,6.
Conditionales homines 7,3,1.
Conditionalis stipulatio transit in hæredes 3,16,4.
& cur aliud in legatis, ibid.
Consanguinei qui 3,2. in pr.
Consilium an obliget 3,27,2. & 4,19.
Consobrini 3,2.pr.
Constitutionum species 1,2,9.
Constitutum pactum nudum cur pariat actionem 4,6,8.
an ea actio tantum competierit pro rebus fungibilibus, ibid.
& quid si constitutum sit per modum stipulationis 4,6,9.
& quid juris si in tali stipulatione sit vitium, ibid.
Consvetudo 1,2,12.
& an tollat Legem, ibid.
Contractuum divisiones 3,15,pr.
Conventionum divisio 2,14,2.
Culpa an sustineat nuptias non legitimas 1,10,13.
Criminalia judicia quando & quomodo finiantur 4,12,1.
Cretionis solennitas 2,19. in fin.
Culpa in contractibus præstanda 3,16,2. & 3,26,3.
Culpa lata & levissima, ibid.
Cura furiosorum & prodigorum 1,23,1.
Curator cur non detur testamento 1,23,1.
Curatorem an accipiant incerti, ibid.
Curiæ oblatio 1,10,12.

D.

DAmnatus restitutus an recipiat patriam potestatem 1,12.2.
Date quod sit 4,6,1. & 4,6,14.
Decuriones 1,10,14.
Defensores 1,20,4.
Defensor cur admittebatur sine mandato 4,11,5.
Defensor utitur exceptionibus propriis & ipsius Rei, 4,14,1.
Defendens eum mandato cur omnino satisdare teneatur 3,30,2. & 4,11,1.
Delegatio quid 3,30,2.
Delictorum distinctio 4.1. pr.
Delictum palam, an sit gravius 4,2,pr.
Deportatio an omnino subrogata in locum interdictionis aquæ & ignis 4,18,1.
Deportatio 1,16,3.
Dies certus vel incertus 2,14,6.
Divi fratres qui 1,2,5,3.
Divisionis beneficium an ab Hadriano 3,21,3.
Divisionis exceptio quando opponenda, ibid.
Divortii jus 1,10,7.
in eo cur sit opus septem testibus.
Dominii variæ distinctiones 4,6,1.
Dominus an sit possessionis & obligationis, 4,6,2.
Donarium quid 2,1,5.
Donationis genus 2,7,1.
Donatio qualis modus adquirendi, ibid.
Donare mortis causa an possit filiusfamilias, 2,12,1.
Donationis hujus cõparatio cum legatis 2,7,1
Dos an ex causa illegitimi conjugii fiat caduca 1,10,13.
Dotis dominus quis sit 2,8.1.

E.

EMancipatio & ejus modi 1,12,6.
Emancipentur an inviti 1,12,7.
Emancipatio an muter statum & an sit hodie capitis diminutio 1,16,4.
Emancipatus succedit jure prætorio 3,1,9.
si modo tempore mortis patris sit talis 3,1,10
Exceptionis genus 4,13.pr.
Exceptio juris jurandi 4,15,2.
Exceptio judicati 4,13,3.
Exceptiones privilegiatæ 4,13,6.
Exceptionum dilatoriarum distinctio 4,13,6.
cur militi post litem contestat. non opponantur, ibid.
Exceptiones quando opponendæ 4,13,6.
& an possint opponi post sententiam, ibid.
Exceptiones in rem & in personam 4,14,1.

& an hæ prosint fidejussori, ibid.
Exceptionis mistæ, ibid.
ad Exhibendum actio 2,1. & 21.
& de ea singularia, 2. 8,3.
Exules qui 1,12,2.

F.

in FActum actio dupliciter dicitur 4, 8,9.
Facere & dare quid significent 4,6,1. & 4,6,14.
Facta locari solita, 3,27,6.
Falcidiæ an locus in fideicommissis 2, 22,1.
Facti alieni promissio, 3, 20,4.
Familiæ appellatio 1, 7.
familiæ emptor 2,10,9.
Fictio L. Corneliæ & postliminii 1,12,5.
Fidejussor an accedat obligationi civili nudæ 4,6,9. & 3,21,1.
Fidejussor an possit intervenire in causis criminalibus, 3,21,1.
an pro dote restituenda, ibid.
Fidejussor, qui totum solvit, an habeat regressum contra collegam 3, 21, 3.
Fidejussor pro naturali obligatione 3,21,4.
Fidejussor in plus an prorsus non teneatur, ib.
Fides bona quid & quando requiratur, 2,6.
& quid in emptione, ibid.
Fides mala an noceat successori, universali & singulari 2,6,7.
Filii appellatione an veniat nepos 1,14,5.
Fiduciaria tutela, 1,1,9.
Fructuum distinctio, 2,1,28.
Fructus percipere, quid sit, ibid.
in Fructibus quod sit jus bonæ fidei possessoris, 2,1,27.
quod coloni, ibid.
quod fructuarii, 2,1,28.
& partus an sit in fructu, ibid.
Fructuarii servus cujus jussu adeat hæreditatem, 2,9,5.
Fratrum liberi soli quomodo succedant 3,2,4
Furia Lex 2,22,1.
Furtum non est rerum immobilium 2,6,3.
Furtum an fiat animo 4,1,1.
Furtum an sit possessionis, ibid.
an rerum hæreditariarum ibid.
Furti finis lucrum, 4,1,1.
Furtum jure naturali prohibitum, ib.
Furtum manifestum cur gravius punitum 4, 1,5.
& an requirat realem prehensionem, 4,1,3.
Furtum conceptum per lancem & licium 4, 1,4.
Furti dupli pœna unde 4,1,5.
Furti pœna capitalis, ibid.
Furti actio an patri detur in filium, & contra. 4,1,10.
Furti actio quomodo detur ratione ejus quod interest, & quid hic juris, 4,1,11.
Furtum an faciat ipse commodans 4,1,12.
Furti actio an detur depositario, re amissa per latam culpam, 4,1,14.
& quid si ex pacto præstet culpam levem, ibid.
Furti manifesti actio an perpetua, 4, 12, pr.
Furtum an sit gravius in re fidei alicujus commissa.

G.

GEntiles, 1,15,1.
Germanus frater 3,2,4.
Gestor negotiorum quam diligentiam præstet, 3,28,1.

H.

HÆreditas cujus personam repræsentet, 2,14,3.
Hæreditas quomodo dividatur inter plures hæredes, 2,14,15.
Hæres scriptus in re certa, ibid.
Horreum 2,1,32.
Hostilium rerum occupatio, 2,1,15.

I.

IMpp. etiam Christiani sibi divinos propè honores arrogaverunt, 1,8,3.
Implantatio, 2,1,24.
Impensæ necessariæ, utiles 2,1,23.
Inædificatio 2,1,22.

Imperium,1,25,2.
Infamia cur irrogetur damnatis ex quibusdam contractibus,4,16,2.
& an in delictis evitetur si constituto judicio ante sententiam pœna & pecunia reo offeratur,ibid.
Incerta quoad nos & quoad naturam 3,16,6.
Indebiti solutio qualis sit contractus 3, 28,5.
Indebiti condictio unde nascatur,ibid.
& quibus casibus cesset,3, 28,6.
Indebiti solutio an sit promutuum, 3,15,1.
Inficiatione cur lis crescat 3,28,6.
Ingenuus quis 1,4,1.
Injuria an fiat servis 4,4, 2.
Injuria facta servo communi,ibid.
Injuria facta uxori,vel liberis, ibid.
Injuriarum actio ad quid competat 4,4,3.
Injuria quomodo vindicetur ex jure civili,ib. & an eo jure fit aliqua actio ad palinodiam, ibid.
Injuriarũ actio ex Lege Cornelia qualis,4,4,3
Injuriarum actio ex Edicto an detur pro injuriis realibus, ibid.
Injuriarum actio quomodo finiatur,4,4,5. & an in sententia super hac actione lata possit servari fama,4,4,3.
Injuriarum actio an remissa sit, si ægrotus dixerit se remittere rancorem animi 4,4,5. & an tempus quo finiatur sit continuum an inutile,ibid.
Injuriarum actio ex Lege Cornelia, an sit annalis 4,4,5.
Injuria quomodo dicatur dissimulari, ib.
Injusta uxor 1,10,1.
Interdicta cur super causa possessionis 4,15.pr. forma & modus in iis procedendi, ibid. & an sint extraordinariæ actiones,ib.
Interdicta unde appellata 4,15,1.
Interdicta quo sensu duplicia 4,15.
Interdicti qui 12,2.
Interdictio aquæ & ignis 1,16,3.
Insulæ adquisitio 2,1,17.
Intestabiles qui 2,10,6.
Intestatus proprie quis 3,1. in pr.
Judicati solvendi cautionis clausula 4, 11. pr.
Judicii acceptione qualis contingat liberatio, 3,30,2.
Juramenti decisorii effectus 4,6, 11. ex eo competentis actionis,quæ sit natura, ibid. & cur supersit vetus actio,ibid.
Juratoria cautio à quo præstetur 4,11,2.
Jurisdictio prætoris quo sensu perpetua 4,6, 12.
Jurisprudentia media 3, 2,2.
Jurisprudentiæ natura 1,1,2. ejus definitio,ibid. præcepta 1,1,3.
Juris significata,1,1,4.
Juris privati divisio,ibid.
Juris studiosi 1,2,11.
In Jus vocatio an facta per raptionem 4,6,12.
Jus an commune brutis 1,2,1.
Juris naturalis variæ acceptiones 1,2,2.
Juris gentium species,ibid.
Juris civilis proprietates,ibid.
Jus civile merum & mixtum 1, 2,2.
Jussu domini quomodo cum servo contrahi dicatur 4,7,1.
Justitiæ definitio 1,1,1. divisio,ibid.

L.

Legati definitio 2,20,1.
Legatorum exæquatio 2,20,2,1.
Legatum fructuum 2,20,6. nominis 2,20,17. generis 2,20,18. optionis ibid.
Legatũ rei quæ non est in commercio 2,20,4.
Legatarius partiarius 2,23,4.
Legata re aucta vel minuta quid juris 2,20,15. & quid si mutata sit rei legatæ forma, ibid.
Legitima quo titulo relinquenda 2, 18, 6.
Legitima per subsequens matrimonium 2,10. 14. & an opus dotalibus instrumentis,ib.

Digitized

Legitimatio per adoptionem, ibid.
Lex regia 1,2,9.
Legis actiones 1,11,2. & 1,12,6.
an exerceantur apud magistratum municipalem, ibid.
& an apud delegatum, ibid.
Leges an mutandæ 1,2,14.
Leges quævis an justæ habendæ 1,2,2.
Legis essentiam an faciat scriptura 1, 2,4.
Libellus an possit mutari eodem judicio 4,6, 32.
Liberi an in potestate matris 1,9,1.
Liberi naturales 1,10,14.
Liberatio per interitum rei 2,20,14.
Liberi an sub conditione institui possint 2, 14,6.
Liberum, sing. numero pro filio 2,9, 3.
Libertus an adsignetur emancipato 3, 9.
Libertas quid 1,3,2.
Libertas justa 1,5,2.
Libertorum distinctio, & hujus origo & causa 1,5,3.
Litem suam facre quid, 4.5. in pr.
si id fecerint filii an teneatur pater de peculio 4, 5, 2.
Literarum obligatio nulla 3,22.
& qualis ea sit obligatio de qua d. t. tractatur, ib.
& an post biennium contra eam excipi possit, ibid.
Locationis merces an tantum in pecunia numerata, 3,25,2.
Lucrativæ duæ causæ an concurrant 2,20,4.

M.

MAgicis carminibus an possint occidi homines 4,18,3.
Magistratus tenetur actione subsidiari 1,24,3. & an hac ante tutores conveniantur, ib.
Mandati divisiones 2,27. pr.
Mandatum quoddam an sit duntaxat aliena gratia, ibid.
Mandati obligatio an contrahi possit, ubi non interest mea 3,27.
Mandati fines qui excessit, an habeat actionem negot. gestorum 3,27,4.
Mandatum an sit semper si merces non intervenerit, 3,27,7.
Mandatum quomodo finiatur 3,27,5.
Manumissio per vindictam 1,5,2.
Manumissio an fiat per alium, ib.
Mater non succedit impuberi cui non petiit tutorem, 3,3,5.
& quid si pupillus intra annum mortuus sit, ibid.
Matertera, unde 3,6,1.
Matrueles qui 3,6,2.
Miliarium aureum 1,25,8.
Mixtæ actiones 4,6,1.
quot modis dicantur 4,6,19.
Mobiles res quæ sint 3.20. in pr.
Mortis punctum an vitæ computetur 3,20,10.
Mulier an testis in testamento 2,10,6.
Mutui etymologia 3,15,pr.
divisio, ibid.

N.

NAtura an quædam sint justa vel injusta 1, 2,2.
Naturæ jus an mutabile, ib. & 1,2,14.
Nomina quam vim ad significandum habeant, 2,20,21.
Novatione cur tollentur obligationes etiam non verbis contractæ 3,30,2.
Novatio an per litis contestationem, ib.
Novare an possit Pupillus, ibid.
an servus, ib.
Novatio an hodie fiat ex conjecturis 3,30,2.
Noxalis actio an ex contractu servi 4, 8.pr.
Nullus an fiat actus, qui pervenit in casum è quo incipere non potest 2,20,12.
Nuberes nuptiæ 1,9,1.
Nuptiæ nefariæ, incestæ 1,10,2.
Nuptiæ fratrum & sororum 1,10,3.
consobrinorum 1,10,5.
comprivignorum 1,10,9.
cum fratris filia 1,10,4.
Nuptiæ servorum 1,10,1.

Nuptiæ à jure gentium 1,10,1.
Nuptiarum injuſtarum pœnæ 1, 10, 13.

O.

OBjectorum juris diſtinctio 1,2,15.
Obligationes pertinent ad ſecundum objectum 3,14.pr.
Obligatio in genere 2,14,2.
Obligatio naturalis,ibid.
Obligatio civilis nuda, ib.
Obligationis cauſa nuda,ib.
Obligatio an ſit actionis mater 4,6,1.
Obligationem tolli ipſo jure quid ſit 4, 6,26.
Obligatio an recte ipſo jure & per exceptionem tolli dicatur 3,30. in pr.
Obligatio inter dominum & ſervum 3,21,1.
Obligatione pura poſita ſtatim agitur 3,16,2.
Obligatione in diem poſita, ſtatim noſtra eſt actio,ibid.
Obligatio alteri per alterum non quæritur,regula cum exceptionibus 3,20,1.
& quid ſi quis ſibi & alteri ſtipuletur,ib.
Officium judicis & ejus imploratio 4, 6,1.
Officii judicis diſtinctio 4,17. in pr.
Opinio plus valet quam veritas 2,20,10.

P.

PAgani qui & unde dicti 2,11,1.
Paragraphie præſcriptio 2,6. ad rubr.
Parentum notum pro liberis 1,9,2. & 18, 2.
Patricidium unde dictum 4,18,4.
& ejus pœna,ib.
Patritiatus 1,12,4.
Patria poteſtas ex quo jure 1, 9, 2.
qualis ex Lege Romuli, ib.
& qualis eſſe debeat, ib.
& ejus in vendendo filio effectus,ib.
Patria poteſtate an liberet dignitas 1,12,4.
& an tollatur per monachiſmum 1,12,10.
an per matrimonium,ib.
Patrum præmia ob liberos 1,25,1.
Patrimonium 2,11.
Pauliana actio quib.caſib.competat & quando 6,6. & an ſit perſonalis an realis, ib.
Peculii actionis explicatio 4,6,10.
Peculium & ejus diſtinctio 2,9,2.
Pecunia an res incorporalis 2,2.
Perduellionis crimen 4,18,1.
Perſecutoria actio & in ſimplum an convertantur,4,6,20.
Perſona quid 1,3,1.
earum jus ibid.
& an ſervus perſona ibid.
Plus peti an dicatur pendente conditione 4,6, & cur cauſa cadat,ibid. (30.
Pecturæ dignitas 2,1,26.
Philoſophiæ partes 1,1,2.
Pignoribus captis coercere 1,24,3.
Pœna an minuendæ ob benemerita 1,2,9.
Pœnæ conventionalis quantitas 3,20,13.
Pœnalis ſtipulatio 3,16,7.
& an movet obligationẽ præcedentem, ĩb.
Pœnales actiones quæ ſint,4,6,16.
Polygamia 1,9,1.& 1,10.7.
Pontifices maximi olim Impp.
Poſſeſſio quatenus adquiratur per ſervũ 2,9,4
Poſſeſſionis continuatio 2,6,7.
Interruptæ ibid.
Poſſidendi modi 4,15,4.
Poſſeſſio in genere quomódo adquiratur & retineatur,ibid.
Poſſeſſionem an retineat dejectus 4,15,5.
Poſſeſſio alieno nomine,ibid.
Poſſeſſionis commodum 4,15,5,
Poſſeſſionem an duo ſibi poſſint adferre, ibid.
Poſſeſſorium & petitorium an poſſint cumulari,& quid interdictio retinendæ,ib.
Poſſeſſio vera eſt rerum mobilium 4,15,3.
Poſthumorum ſpecies 2,13,3.
eorum jus in rumpendo teſtamento, ĩb.
Poſthumus alienus quis 2,20,20.
& an poſſit legari, ibid.
Poſtliminium unde 1,12,5.

Poſtu-

Postulare cur possit qui est XVII. annorum 1, 6, 3.
Potestas 1, 25, 2.
Præjudiciales actiones 4, 6, 13. cur ita dicantur, ibid.
& an sint in rem, ibid.
Prædium unde dictum 2, 3. Rubr.
Prædia urbana 2, 33.
Italica 2, 6, 1.
provincialia 2, 1, 3.
Præscriptio unde dicta 2, 6. rubr.
Præscriptio an currat non valenti agere 4, 6, 5.
Præteritio cum causa 2, 18, 1.
Præteritionis paternæ effectus, ibid.
Præteritio emancipati an faciat testamentum nullum 2, 13, 6.
Princeps an solutus legibus 2, 17, 7.
Principum sententiæ an habeant vim legis 1, 2, 9.
Privilegia, ibid.
Prætor an jus faciat 1, 2, 10, & an ultra annum, ibid.
Prætoriæ actiones an & quæ annales 4, 12. pr.
Prætor quomodo emendet & confirmet jus civile 3, 10. princ.
Procurator ad judicia an possit esse minor 1, 6, 3.
Procurator generalis an possit alienare 2, 1, 31.
Procurator an & qualis Domino adquirat 2, 9, 6.
Prodigo quomodo interdicatur bonis 1, 23, 1.
Propriæ res stipulatoris an possit deduci in stipulationem 3, 20. pr.
Prudentum responsa 12, 11.
Publica judicia unde dicta 4, 18, pr.
Publica quæ 2, 1, 2.
Pubertas 1, 22, 1.
Pupillus quis & quotuplex 1, 13, 2.
Pupillus an adeat hæreditatem 1, 21, 1.
Pupillus an & quatenus obligetur, 3, 20.

Q.

QVasi contractuum natura 3, 28, pr.
Quasi maleficiorum essentia, 4, 5. pr. & circa eam rem medici, judicis & advocati differentia, ib.
Querela inofficiosi quale remedium 2, 18, 1. & si per eam rescissum sit testamentum, an legata debeantur, ibid.

R.

RAptorem etiam furti teneri 4, 2. pr. in eum cur mitior constituta actio quam furem, ibid.
Rapt. bon. actio an detur commodatario 4. 2, 2.
Rati cautionem an præstet procurator & tutor 4, 11. princ.
ex Re alicujus adquirere 2, 9, 5.
Receptitia actio qualis, 4, 6, 8.
Relatorum in uno dispositum, an & censeatur dispositum in altero 3, 26, 1.
Relegatio 1, 12, 2.
Remedium rescindens & rescissorium 4, 6, 5.
Replicationum natura 4. 14, pr.
Replicationis & triplicationis duplex significatio, ibid.
Retentioni locus quando sit 4, 6, 26.
Retentionis jus quid differat à jure compensandi 4, 6, 34, & 36.
Reus quis dicatur 3, 17, in pr.
Ripæ 2, 1, 2.

S.

SAcræres 2, 1, 5.
Sanctæ 2, 1, 7.
Scriptum & non scriptum jus 1, 2, 4.
Senatus an jus faciat 1, 2, 8.
Senatusconsultorum autoritas, ibid.
Senatusc. Sabinianum 3, 1, 14.
Sententia lata per dolum an sit ipso jure nulla, 4, 5. princ. an & quando sit nulla tamquam contra jus lata 4, 17. in pr.

Sententia an tollat obligationem 4,13,3.
Sententia an ſit titulus, vel modus adquirendi 4,17,5.
Sententiæ retractatio ex falſa cauſa 1,6,2.
Servianæ actionis natura 4,6,7.
Servitus altius tollendi 2,3,3. & 4,6,3.
Servitutum diviſio 2,3. Rubr.
Servitutes ruſticæ 2,3,1.
Servitutum tranſmutatio 2,3,2.
Servitus debet eſſe utilis prædio 2,3,4.
Servitus an requirat vicinitatem prædiorum, 2,3,5.
Servitus an conſtituatur per conventionem, ibid.
Servitutum jura ac petantur remediis poſſeſſoriis 4,6,2.
Servus habet caput 4,8,3.
Servitus perſonarum an contra naturam 1,3,2.
Servus cur ex conventione, manumiſſus non teneatur, ſed bene ex delicto 4, 8,3.
Ejus differentiæ & conſtituendi modi 1,3,4
modus per venditionem ſui ipſius, ibid.
& an poſſit præjudicare patri, ibid.
Servi pœnæ, 1,12,3.
Servi quomodo apud varias gentes tractati 1, 8,2. & 3.
Seſtertius quid 3,8,3.
Sobrino propior qui 3,6,3. & 4.
Societatis quomodo partes lucri & damni conſtituantur 3,26,1.
Societatis finiendæ modi 3,26,2.
Societati cur, non obſtante pacto, poſſit renuntiari, ibid.
Solutionis ſignificatio duplex 3,30,pr.
Solvente eo, qui acceſſit obligationi, an & quando liberetur principalis, ibid.
Solutio partis 3,30,1.
Spadones 1,11,9.
Sponſiones veteres 4,16,1.
Sportulæ 4,6,21.
Spurii unde dicti 1,10,13.
Stipulatio an ſit ſola verborum obligatio 3,16. pr.
Stipulatio unde dicta, ibid.
an ſit contractus, ibid.
Stipulatio fit verbis nuncupatis 3, 20, 4. & 3, 16,1.
& congruis, ibid.
Stipulatio vitiatur ob qualitatem rei 3,20.pr.
& quid ſi ſtipulator vitium ignoret, ibid.
& an ſaltem æſtimatio debeatur, ibid.
& quid ſi res non ſit in commercio ſaltem ſtipulatoris, ibid.
Stuprum quomodo committatur & quando 4,18,2.
Subſtitutio pupillaris an contineat vulgarem, 2,16,1.
& an excludat matrem, præſertim tacita, ib.
& an confirmetur nuda exiſtentia hæredis, 2,16,6.
Subſtitutio vulgaris an tollat ſuitatem 2,16,1.
Succeſſio in capita & ſtirpes, 3,1,6.
Succedatur quomodo filioſam ab inteſtato 2, 12,1.
Succeſſio fratrum liberorum cum ſoli ſunt 3, 2,4.
Succedant potiori jure parentes an fratres, 2, 18,2.
Succeſſio an ſit ultra decimum gradum 3,5,1.
Succeſſio in ſervitute natorum olim nulla fuit 3,7.pr.
& quid hodie, & an ſuccedant cum aliis, ib.
Suorum diſtinctio 3,2.pr.
Sui hæredes 2,19,2.
Suitatis effectus, ibid.
Suitas an tollatur per exhæredatum 2,16,5.

T.

TAbularii 1,11,3.
Tacens an habeatur pro conſentiente 1, 12,8.
Teli ſignificatio 4,18,3.
Tempus cœptum quando habeatur pro completo 1,23,1.
Tempus utile 3,10,6.

Tempus quod ſpectatur, ubi quæritur quis ſit proximus hæres ab inteſtato 3,1,7.
Veſtamenti etymologia & definitio 2,10,1.
an ſit juris gentium, ibid.
an juris publici, ibid.
Teſtamenti ſpecies 2,10,2.
calatum in procincto, per æs & libram, ib.
Teſtamentum cur requirat ſeptem teſtes 2,10,3.
Teſtandi unus contextus 2,10,4.
Teſtamenti factio an admittat contractum 2,10,4.
Teſtamentariæ diſpoſitioni an poſſit teſtimonium perhibere mulier 2,10,6.
an legatarius 2,10,10.
an filius emancipatus 2,10,8.
Teſtamenti militaris privilegia 2,11,6.
Teſtari an poſſit filiusfam. 2,12.
& an mutus, ſurdus, ibid.
Teſtamentum nullum aut irritum an aliquo caſu reſtituatur 2,17,5.
Teſtamenti ruptio per poſterius 2,17,4.
an hoc oporteat eſſe perfectum 2,17,6.
Teſtamentum an revocetur per nudam voluntatem 2,17,6.
Teſtamentum non factum juxta formam N. 115. cap. 3. an ſit ipſo jure nullum 2,18,1.
Teſtamentum an rumpatur per minimam capitis diminutionem 2,11,6.
Theſauri inventio 2,1,19.
Theſauri jus pertinet ad regalia ib.
Tignum ædibus junctum 2,1,22.
Tigni juncti actio, ib.
Traditio ficta 2,1,32.
Triboniani lapſus in §. item vetuſtus, de hæred. ab int. Ejuſdem alii lapſus notati 1,2,8. & 1,2,13. & 1,10,1. & 1,22,1. & 1,25,5. & 1,25. 10. ejuſdem inſubtilis ratio & argumentatio 1,6,4.
Tritavus unde 3,6,4.
Tutela munus publicum 1,25,1.
Tutela teſtamentaria duplex 1,1,3.3.
à quo & quibus ea dicitur, & conſtituatur, ibid.
an poſſit dari ſervus tutor 1,14,1.
Tutor an detur rebus 1,14,4.
Tutelæ datio an jurisdictionis 1,20,3.
& an poſſit mandari, ib.
Tutela fœminarum 1,22,1.
Tutelæ finiendi modi 1,22,2.
Tutela legitima, an in ea ſit ſucceſſio 1,16,7.
Tutelæ actio quando naſcatur 1,20,5.
Tutela legitima an in furioſum impuberem 1,23,2.
Tutelæ excuſationem an præbeat magiſtratus 1,25,2. an alia dignitas, ibid.
an excuſat ætas 1,25,5.
an excuſare ſe poſſit abſens 1,25,8.
an tutor legitimus, ibid.
Tutorem habenti an detur tutor 1,2,3,3.
Tutores dandi jus qui habeant 1,24,4.
Tutor remotus ut ſuſpectus an fiat infamis 1,26,6.
aliæ ejus pœnæ, ibid.
an cognitionis jus de ſuſpecto tutore mandari poſſit 1,26,2.

V.

VEnditione perfecta periculum eſt emptoris 3,24,5.
rei ſacræ venditio an valeat 3,24,5.
Vindicare vindiciæ 4,6,15.
Violentiæ ſpecies 4,2. pr.
Vis privata & publica 4,18,5.
Voconia Lex 2,22,1. & 2,2,3,1.
Uſusfructus cauſalis 2,4,1.
Uſusfructus quomodo amittatur non utendo 2,4,5.
Uſusfructus ceſſio, ibid.
Uſusfructus cur peremptus minima capitis diminutione ibid.
Uſusfructus quaſi, an ſit in veſtibus 2,4.4.
Uſusfr. an & quomodo transferatur in alium 2,5,1.

Usucapio pro hærede 2,6,7.
Usucapi quæ non possit res pignorata subrepta à debitore,4,1,8.
Utilis actio quot modis dicatur, & ejus species 4,3,9.
Uxoriæ rei actionis natura 4,6,25.
& quomodo differat ab actione ex stipulatu,ibid.
& an simul dotem & legatum petere possit, ibid.
& quando actio rei uxoriæ nascatur,ibid.

INDEX

LEGUM, QVIBUS HOC OPERE LUX ALIQVA ILLATA EST.

EX DIGESTIS.

Ius 6. de justit. & jur. 1.2.2.
L. non ambigitur 9. D. de legib. 1.2.8.
L. vulgo 23. de stat. hom. 1.10.13.
L. adoptiones 43. cum l. seq. de adoptionibus p.116.
L. sciendum in pr. Qui satisd. cog. 4.11.2.
L. nisi 22. de pact. 4.14.1.
L. si unus 27. §. pactus de pact. 4.14. *pr.*
L. 6. §. 2. de his qui not. infr. 4.16.2.
L. licet 42. §1. de procur. 4.4.3.
L. arbitrio 18. §. ult. de dolo 2.20.14.
L. sed etsi 28. §. ult. de judic. 3.16.6.
L. filiusfam. 15. in pr. eod. 4.5.2.
L. Item si 15. de rei vindicat. 4.6.15.
L. sed & si §. si petenti de public. act. 4,6.11.
L si ager 25. Quib. mod. usufr. amit. 2.1.18.
L. un. in fin. Quand. dies usufr. leg. ced. 4.6.30
L. si fructuarius 13. eod. 2.1.28.
L. 4. de servit. 2.3.5.
L. huic 15. ad L. Aquil. 2.20.14.
L. sed si possessori 10. §. 1. de jure jur. 4.6.1.
L. si duo 13. §. 1. 3. & 4. eod. tit. Ibid. & 46.11.
L. ult. de instit. act. 4,7.2.
L. Quod Nerva 32. depositi 3.15.2.
L. si vero 12. §. ult. Mandati 3.27.5.
L. Papinianus 28. Mandati 3.30.*pr.*
L. 3. de ritu nupt 1.10.1.
L. matrimonii 51. eod. 1.10.2. *& 6.*
L. quin etiam 55. §. 1. de ritu nupt. 1.10.2. *&* 1.10.6.
L. 6. §. 15. de suspect. tutorib. 1.26,6.
L. Item quod 17. §. ult. de hæred. instit. 2.14.5.
L. cum quidam 30. §. suum 6. de adq. hæred. 3.16.6.
L. miles 22. cum l. seqq. de milit. test. 2.11.6.
L. 1. §. 15. de tut. & rat. distr. 1.24.3.
L. bello 18. de excus. tut. 1.25.1.
L. 1. de legatis primo 2.20.3.
L. si creditori 28. eod. 2.12.12.
L si sic. 75. de legat. 1.20.21.
L. Mela 14. de adim. legat. 2.3.2.
L. si quis 14. de reb. dub. 2.10.10.
L. si duobus 12. §. 1. de bon. poss. cont. tabl. 2.17.6.
L. 9. de adsignat. libert. 3,9.1.
L. 5. unde legitim. 32. *pr.*
L. 1. §. 9. & 10. cum l. seq. de suis & legitimis, ibid.
L. 1. de usufruct. legat. 2.4.1.
L. in fraudem 25. Qui & à quibus 1.6.2.
L. 30. §. 3. de adq. rer. dom. 2.1.18.
L. penult. eod. 2.1.17.
L. 12. 1. de adq. possess. 4.15.3.
L. 1. §. ult. de libero hom. exhib. 1.10.13
L. in omnibus 13. de diverf. temp. præscr. 2.6.5.
L. 6. de doli except. 3.30. *in pr.*

L. 1. in

Digitized by Google

L. 1. *in pr. de obl. & act.* 4.6.1. *&* 3.14.2.
L. obligamur 52. *eod.* 3.14.2.
L. Stichum 95. *§. naturales de solutionibus* 4, 14. *pr.*
L. cum quarebatur 13. *v. proinde Judic. solvi* 4.11. *pr.*
L. inter omnes 4.6.*§. pen. defuit* 4,1,6.
L. 2.*§.* 22. *vi bon. rapt.* 4,2,2.
L. si apes 26. *de furti* 2,1,28.
L. si uxor 13.*§.* 1. *de adulter* 1,10,1.
L. stuprum 34. *eod. tit.* 4,18,2.
L. 1. *in pr. vi bon. rapt.* 42. *pr.*
L. si quis 52.*§ ult. de furtis, ibid.*
L. Item 15.*§ si quis* 15 *de injur.* 4,4. *pr:*
L. 5.*§ ult. de var. & extr. cognit.* 1,16,3.
L. inter 101. *de verb. sign.* 4,18,2.

EX CODICE.

L. 2. *&* 3. *C. de Legibus* 1,2,9.
L. discretis 10. *C. Qui test. fac. poss.* 2,12,3.
L. Quæstio 23, *C. de legatis* 2,14,5.
L. 9. *C. de hæredib. instit.* 2,14,6
L. ult. in pr. 6. *comm. de legatis* 2,20,18
L. ult. C. de pat. pot. 1,9,2.
Auth. male fidei C. de longi tem. presc. 2,6,3.
N. 115. *cap.* 3. 28. 1.
L. 4. *C. Theod. de legit. hæred. emendata* 3.1.15.

FINIS.

AD LIBRI PRIMI

INSTITVTIONVM

Titulum Primum,

De Iuſtitia & Iure.

TEXTVS.

Juſtitia eſt conſtans & perpetua voluntas, jus ſuum cuique tribuendi.

COMMENTARIUS.

1 *Iuſtitia quomodo voluntas.*
2 *An conſtans & perpetua.*
3 *De ſpeciebus juſtitiæ.*
4 *Pœna quæ proportione irroganda.*
5 *Alia diviſio juſtitiæ.*

PRima quæſtio eſt de genere. Virtutis proprium genus eſt habitus, nullus autem habitus eſt voluntas; ſed poteſt habitus in illa parte animi, quæ voluntas dicitur, eſſe tanquam in ſubjecto. Et Ariſtoteles quidem omnes virtutes morales, inter quas eſt juſtitia, collocat in parte animæ appetente: 1 ſed fuerunt, qui juſtitiæ ſubjectum ſtatuerunt † voluntatem, ut videre licet, (neque enim iſta plenius exſequi noſtrarum eſt partium) apud Fr. Piccolomin. de Philoſ. mor. grad. 4. cap. 12. & ſeqq. ſecundum quos fuerit iſtud genus voluntas metonymicum, Ariſtot. 5. Ethic. 1. definit juſtitiam ἕξιν, ἀφ' ἧς πρακτικοὶ τῶν δικαίων λέγονται, καὶ ἀφ' ἧς δίκαια πράττουσι, καὶ βούλονται τὰ δίκαια, id eſt, habitũ, ex quo homines fiunt activi rerum juſtarum, ſeu eorum quæ juſta ſunt, & à quo juſta agunt & volunt. Habitus nimirum voluntatem facit promptam & expeditam ad agendum: quod fortaſſis autores huius definitionis hoc genere ſubindicare voluiſſe videntur.

Altera diſputatio eſt, de differentia, & de verbis, 2 *conſtans* † *& perpetua*, quæ multi putant non congruere juſtitiæ humanæ. Nota diſtinctio vulgata, inter abſtractum & concretum: vel, quod eodem redit, inter eſſentiam juſtitiæ, & exiſtentiam qua eſt & conſideratur in ſubjecto: idque jam olim voluit Chriſt. Port. dum ait, juſtitiam eſſe corruptibilem & mutabilem, non ratione ſuæ eſſentialitatis, ſed ratione pravi continentis, id eſt, hominis. Aut intelligamus conſtantiam & perpetuitatem, non ſimpliciter, ſed qualis in hominem cadere poteſt, ut Angelus & Faber hoc explicant. Plane non aliter definiri debuit juſtitia, quæ virtus eſt & habitus: & omnis habitus eſt qualitas ægre mobilis à ſubjecto: nec habitus dici poſſet, niſi ex quo conſtanter ageretur: quomodo diſerte *Ariſtot. 2. Ethic. 3.* ibi demum eſſe ait habitum virtutis, ſi quis agat βεβαίως καὶ ἀμετακινήτως, id eſt, conſtanter ſive firme & immutabiliter; & idem *lib. 3. c. 7.* de habitu vitii, initio ait, in poteſtate cuiusvis eſſe

eſſe, male agere vel non; ſed contracto vitio non poſſe non male agere eum, qui vitioſum habitum ſibi comparavit. Et perſpicue igitur errat Accurſ. qui putat, iſta verba, *conſtans & perpetua*, in definitione juſtitiæ, ſi accipiatur de humana, ferri non poſſe; quod pravo judicio ſecutus eſt Hotom. hic, imo adhuc gravius errat, putans definiri Deam, & nimirum Juſtitiam Jovis filiam, quam Romani una cum aliis Diis coluerunt; neque enim Dea poteſt definiri voluntas, & tractatio diſciplinarum practicarum, qualis eſt Jurisprudentia, debet initium ſumere à fine; atquin divina juſtitia non eſt finis hujus diſciplinæ. Et fruſtra affertur, quod in *l. 1. de Juſt. & jur.* Juriſconſulti dicuntur ſacerdotes juſtitiæ. Nec enim utique ICti Deæ illius veri ſacerdotes & flamines fuerunt: & ipſe ICtus ſe explicat, dum ſubjicit; juſtitiam colimus, & æqui bonique notitiam profitemur; & per metaphoram, qui aliquid religioſe quaſi ſuſcipiunt & tractant, & impenſe ei operam dant, eius ſacerdotes dicuntur, cum præſertim alias virtus, & inprimis præſtantiſſima virtutum juſtitia res ſacra & ſancta habeatur.

Jus ſuum cuique] Scil. quod cuique debetur; delictis autem etiam pœna debetur. Plato eodem ſenſu τὸ ἴδιον ἑκάστῳ ἀποδιδόναι. Ita *Cic. 2. de Invent. & 3. ad Heren. poſt prine.* juſtitiam aitæſſe habitum vel æquitatem, quæ cuique jus ſuum, & ſuam dignitatem (nimirum id quo dignus eſt) tribuat; & ad illum locum *Victorinus Rhetor. ſtatim poſt prine. pag* 2. Juſtitia, inquit, eſt habitus animi ita informatus, ut omnibus meritis tribuat dignitatem. Cæterum in vulgatis eſt, *tribuens*, quomodo apud Cicer. jam dd. locis appellatur habitus & æquitas tribuens; ſed ſane accommodatius eſt, *tribuendi*, ſive voluntatem ſive habitum generis loco conſtituamus.

Quoniam prima hic fundamenta & principia tractantur, quorum recta cognitio ad multa utilis
3 eſt, age pluribus hic agamus de juſtitia & eius† ſpeciebus Ariſtotel. 5. Ethic. tribuit eam in univerſalem & particularem; & ſolet & iſtud hoc loco tractari, an juſtitia univerſalis an particularis hic definita ſit. Juſtitiam univerſalem quidam eſſe putant, perfectionem & abſolutionem omnium partium animæ, & complexionem quandam omnium virtutum in animum hominis inductarum. Alii hactenus diſtare ſaltem juſtitiam univerſalem putant à Virtute in genere ſumta, quod hæc in ipſo habente illa in relatione ad alium in converſatione civili conſideretur; idque convenit ſententiæ & verbis Ariſtotelis 5. *Eth. 3. in fin.* τέλος γὰρ ἐστὶν ἡ τοιαύτη δικαιοσύνη, οὐ τοιαύτη ἕξις ἀπλῶς ἀρετῆ. Id ex contrariis injuſtitia eſt apertius; & univerſalem *d. lib. 5. c. 2.* Ariſt. vocat. περὶ ὅλον particularem, μέρος; & illo genere injuſtitiæ injuſtum, πᾶν τὸ, hoc, ἄδικον & ἄνομον. Conſtat autem non tantum per πανοῦργον peccari in Leges ſed etiam aliis modis; & quam late etiam ſe porrigit earum interpretatio, & conſequenter etiam officium JCti; & proinde non particularis, ſed univerſalis juſtitia hic definita erit, quæ ſecundum omnes LL. vivendum eſſe docet, hæc enim erit finis ICti & Jurisprudentiæ, (ſicut & judicis & Legislatoris) de quo fine hoc tit. tractari haud dubie exiſtimandum eſt; quod ipſum convenit ſententiæ. *Juſtin. in auth. ut omn. obed. judic. N. 69. in prin.* Feſellit eos, qui aliter ſenſerunt, quod totum pene jus noſtrum viderunt occupatum in materia judiciorum, & actionibus, quæ ex conventionibus vel ex delictis inſtituuntur, quorũ omnium emẽdatio pertinet ad juſtitiam particularem, & ejus alterum ſpeciem, quæ dicitur commutativa, ut diſerte Ariſt. 5. *Eth.* 5 ubi unam ſpeciem ſive partem μέρος juſtitiæ particularis conſtituit τὸ ἐν τοῖς συναλλάγμασι διορθωτικόν; & ſtatim συναλλάγματα ita diſtinguit, ut alia faciat συνάλλαξις voluntaria; alia ἀνάλλαξις involuntaria, nimirum ratione patientis; & hac ſcil. oppoſitione, quod contractus mutuo conſenſu fiunt, ſed delicta nullum ejus cui injuria infertur, habent conſenſum; atque ita proprio ſignificatu (aliter enim ICti & in contractibus tantum hoc verbum uſurpant) Ariſtot. utitur verbo συναλλάγματος ut etiam delicta comprehẽdat. Vbi
4 obiter error vulgatiſſimus notãdus eſt, quo præmia & † pœnas, tamquam autore Philoſopho, ex juſtitia diſtributiva dari & irrogari ſcribunt. Quod ſi enim συναλλάγματα diriguntur juſtitia commutativa, & in his etiam ſunt delicta, neceſſario conſequitur, pœnas irrogari ex juſtitia commutativa. Et hoc ipſum quoq; convenit Legibus veræ juſtitiæ, ut ſine conſideratione perſonarũ pœnę quoq; delictis irrogentur; quamvis ſane ut ex omnibus delictis, quibuſcunq; perſonis eadem ſpecie pœna præciſe inferatur, non ferat ratio; & videmus jure noſtro aliter liberos, & in dignitatibus poſitos, aliter ſervos & humiliores coerceri, & Bodin. 6. de repub, præter proportionem Arithmeticam & Geometricam, introducit tertiam ex utriusq; rationibus temperatam ad quam ſint irrogandæ pœnæ, quam vocat harmonicam; & omnino deſiderat admittitque iſta res, multas cautiones & diſtinctiones, de quibus in præſenti pluribus agere inſtituti noſtri & operis hujus ratio non patitur.

Alius hic circa juſtitiam univerſalem & particularem

latem occurrit ſcrupulus. Ariſtoteles d. cap. 5. in fin. ſub delicta quæ corriguntur & emendantur per juſtitiam commutativam adeoque particularem, refert adulterium, homicidium, injuriam realem & verbalem. Sed idem cap. 4. eiuſdem libri, eum tantum qui quæſtus cauſa adulterium committit, peccare ait contra iuſtitiam particularem, ſed eum qui id facit libidinis cauſa, peccare in juſtitiam univerſalem. Et an igitur quod d. c. 5. tradit de adulterio, homicidio, iniuria, ita reſtringendum erit, ut tantum procedat, ubi quis quæſtus & lucri cauſa peccat? Hoc quidem perquam fuerit durum, quin & abſurdum, nec conveniens rationi. Et imo qui ut libidinem fœminæ expleat, quaſi pro opera mercedem accipit, nihil hactenus iniuſte agere videtur, ſicut nec meretrix, quæ pro mercede alterius libidini patet; ſed profecto, qui invito aut ignorante marito uxorem eius contrectat, quam ſcil. ſcit eſſe alienam, utcunque libidinis cauſa hoc faciat, utique revera eſt iniuſtus, & alteri iniuriam facit, dum amplius hoc modo ſanctiſſimum vinculum matrimonii quaſi diſrumpit, familiæ mariti ſuppoſititium & falſum partum intrudit, amorem coniugalem marito debitum in ſe derivat (ob quam maxime cauſam graviſſime in adulteros animadverti ſcriptum eſt apud Xenoph. in Hierone) vel maxime in juſtitiam in ſpecie dictam peccat. Ex quo fortaſſis fuerunt, qui totam illam diſtinctionem juſtitiæ Ariſtotelicam improbaverunt; de quo amplius cogitandum. Addenda au-

5 tem hic & illa juſtitiæ diſtinctio,† quodalia ſit ſimpliciter & in ſe conſiderata, alia ad rationē Reip. cuiuſvis, quæ etiam recte ſuo ſenſu dicitur particularis. Nam cum, ut tractat Ariſt. 3. Polit. 3. non ſit eadem viri boni & civis boni virtus, & civis bonus ad cuiuſq; reip. ſtatum æſtimetur, (ſiquidem Reſpubl. fere omnes ſunt hactenus imperfectæ) & ut tit. ſeq. traditum ſit quiddam juſtum poſitivum & legitimum, proprium cuique reip. oportet etiam ſecundum Leges cuiuſq; Reip. juſtitiam conſiderari, ut ille nimirum juſtus cenſeatur, qui ſecundum LL civitatis juſtus eſt, quam *Ariſt. 5. Polit. 9.* vocat δικαιοσύνην πρὸς τὴν πολιτείαν.

TEXTVS.

2. Jurisprudentia eſt rerum divinarum atque humanarum notitia, juſti atque injuſti ſcientia.

COMMENTARIVS.

1 *Partes Philoſophiæ.*

2 *Legum utilitas & neceſſitas.*

3 *Iuriſprudentia natura & cauſa.*

4 *An ſit ſcientia.*

5 *Quomodo rerum divinarum.*

HIc tyronum gratia, de natura Iuriſprudentiæ aliquid dicendum & altius repetendum eſt. Zenon primus, ut in eius vita ſcribit Laertius in

1 tres† partes diſtinxit Philoſophiam, Phyſicam, Ethicam & Logicam: quod ita Cicero 1. d. orat. & alibi expreſſit, diſtingui Philoſophiam, in naturæ obſcuritatem, diſſerendi ſubtilitatem, vitam & mores. Vulgatior & affectu eadem diſtinctio eſt, quam Ariſtoteli tribuit Laertius, in partem contemplantem & agentem, aut potius operantem. Habitus enim intellectuales 6. Ethi. diſtinguit Ariſtoteles ab obiecto: & nimirum res vel ſunt ita comparatæ ut aliter ſe habere non poſſint, & quarum nuda & ſola eſt cognitio, in qua animus ſubſiſtit & acquieſcit, nec progreditur ulterius: circa hæc verſatur habitus, qui generalius dicitur ſciētia, ceteroquin tres habitus circa iſta occupatos d. lib. 6. conſtituit Ariſtoteles, ſcientiam, ſapientiam & intellectum. Aliæ res ſunt quas Ariſtoteles vocat τὰ ἐνδεχόμενα, contingentes, quæ aliter & aliter ſe habere poſſunt, quarū ſunt duo genera, τὰ ποιητὰ & τὰ πρακτά. Circa illa qui verſatur habitus, vocatur prudentia, quæ cadunt ſub conſultationem; circa hæc, Ars illius finis πρᾶξις actio, huius, effectio & ποίησις eſt, quarum accuratas differentias explicat *Piccolomin. grad. 5. Phil. mor. cap. 52.* Noſtra hic materia eſt. Prudentia quæ eſt circa τὰ πρακτά: de quibus tractat ea Philoſophię pars, quæ dicitur practica, & ex rectiori ſententia diſtinguitur in communem & propriam. Illa eſt quæ in genere & quaſi in abſtracto recte vivendi & agendi præcepta docet. Hæc quæ præcepta illa ad ſocietatem & converſationem humanam adcomodat, & eſt vel politica vel œconomica, aut ſi quis malit eam uno nomine appellare politicā, quoniam omnis familia ſocietatis civilis pars eſt, politica multas partes habet. Et Ariſt. in politicis, tres in omni repub neceſſarias facit, ſenatum, magiſtratus & judices, poſſunt iſta in unius & maxime monarchæ perſona cōcurrere: ſed utilitas reip. ſuadet ea in plures tribui perſonas. Res ad duo ſumma capita reducitur ſiquidem politica prudētia reſpicit vel principaliter adminiſtrationē reip. & converſationē ſtatus vel privatim civium inter ſe æqualitatem & converſationem. Utrumque dirigitur judicio & prudentia hominis el immediate, vel mediate.

Illud dico, cum qui præeſt libero arbitrio ſuo

omnia gubernat, imperat, consultat, & judicat: hoc cum ex præscripto aliquo, quod præscriptum sunt LEGES: unde eleganter deducitur distinctio juris in publicum & privatum, de qua post dicemus: nam & quæ publicam administrationem spectant, legibus certis dirigi & moderari possunt; quamvis non pauca sunt, & hæc in consultatione posita, quæ prudentiæ senatus sunt relinquenda. Ne nimis evagemur, legum ferendarum necessi-
2 tas & † utilitas ea est, ut sit jus certum in republ. quoniam LL. cum omnibus semper eodem modo loquuntur; ceteroquin, quæ est judiciorum & opinionum diversitas, pro varietate hominum administrantium in republica jus semper variaret. Tum ea est hominum sæpe imperitia, sæpe etiam malitia, ut rectum & verum in quaqua re perspicere nequeant, aut si perspiciant, gratia, odio, pretio, à recto deflectant & corrumpi se patiantur. Et itaque secundum Leges in republ. omnia administranda, & præsertim judicia instituenda, & jus dicendum est. Hoc faciunt magistratus & judices. Nec dum apparet IC. aut jurisprudentia. Licet n. IC. possit vel maxime esse bonus Legislator, bonus magistratus, bonus judex, attamen istorum omnium partes & munia à ICti officio in specie quem quærimus, dicto, distincta sunt. *Et Plat. li. 3. d. re-*
3 *publ.* scribit, quod necessitas † introduxerit jurisprudentiam. Necessitati illi causam præstat conditio Legislatoris & ipsarum Legum. Legislator nimirum ut homo, omnes casus quandocunque eventuros prospicere non potest nec decidere, & quo minus possit, facit varietas casuum & circumstantiarum, quæ in singularibus occurrunt & jus variant ipsum; Leges proinde debent esse & sunt, fere breves & generales, & ob id non raro subobscuræ, & omnino imperfectæ. Et hæc nimirum res facit necessariam Jurisprudentiam, qua opus non esset, si leges & satis essent perspicuæ, & omnes omnino casus & causas definirent. Idque ostendit Pomponius *in l. 2. §. hiu leg. §. d O. I.* ubi ait, quod LL. 12. tabb. latis (quæ vel maxime breves & obscuræ erant) necessaria esse ceperit disputatio fori, per quam interpretando & supplendo ICti novum quasi jus condiderunt. Ex quo liquet, quam angustis finibus fit concluſa Jurisprudentia nostra, cuius cognitionem facilem esse non uno in loco, & præcipue, 1. de orat. nam pro Murena causæ suæ serviens, ICtis est iniquior) Cicero scribit: sed nimirum ICti & inventione variarum formularum, cautionum, modorum agendi, & quæstionum, hoc egerunt, ut fimbrias suas dilatarent, & studium istud amplius, & eius cognitionem redderent impeditiorem, id quod ab hinc aliquot seculis egregie veteres Interpp. magno Jurisprudentiæ malo præstiterunt. Apparet ex his, hanc disciplinam, facultatem sive habitum esse practicum, & ad Prudentiam pertinere, cum sine controversia sit pars politices, ut me eorum pudeat pigeatque, qui operose tractant,
4 an † sit potius scientia. Equidem scientiæ verbum latissime patet, & dubio procul artes quoque mechanicas comprehendit, & laxiori significatu hic quoque usurpatur: & alibi civilis sapientia indigitatur. Nam & plerique eorum, quos vetustas Sapientes nuncupavit, speculationi rerum cœlestium aut naturalium operam non dederunt: & Socrates oraculo Apollinis sapientissimus judicatus, ea tantum quæ ad vitam & mores pertinent, Xenophonte teste, tractavit, & Philosophiæ, quæ amorem sapientiæ significat, utique pars est politica & quæ practica dicitur. Sed enim dum philosophice habitus mentis distinguimus, & verbis magis proprie & stricte utimur, jam non prudens, sed stolidus est, qui Jurisprudentiam contendit esse scientiam & ipso nomine Jurisprudentiæ confutatur: quoniam, ut dixi accurate loquendo, scientia & prudentia sunt species disparatæ. Hæc ad intelligendam naturam Jurisprudentiæ. Jam textus nostri verba explicemus.

Divinarum & humanarum] Ita Philosophiam definit Cicero, nec immerito, nam quæ tractat Metaphysica & Mathematica, non injuria res divinæ appellari possunt. At quomodo rerum divina-
5 rum notitiam profitetur Jurisprudentia, † à qua rerum etiam humanarum cognitione frustra expectes? Cum ista amplitudine parum conveniunt, quæ scribit Cicero 1. d. oratore, nullius artis faciliorem esse cognitionem, omnia posita esse ante oculos, collocata in usu quotidiano, in congressione hominum atque in foro, &c. Nec convenit definitio ICti eod. lib. 1. Jurisconsultum esse, qui legum & consuetudinis ejus, qua privati in civitate uterentur, & ad respondendum, & ad agendum, & ad cavendum peritus esset. An dicemus, ICtum, à quo est hæc definitio *in l. 10. h. t.* tam magnifico elogio artem suã commendare, & Lectori fucum facere voluisse? fatendum plane est, paulo id pinguius dictum, & tamen Cicero d. loco, angustius descripsit officium & scientiam ICti. Docemur in §. seq. disciplinam hanc versari etiam circa jus publicum, quod Ulpianus *in l. 1. h. t.* etiam in sacris & sacerdotibus consistere ait, Et ad ICtum pertinet tractatio juris, quod in civitate est, universi,

cuius

Digitized by Google

cujus pars est de rebus sacris, de quibus Decemviros non pauca disposuisse docent isti versus Ausonii.

Jus triplex, tabula quod ter sanxere quaterna,
Sacrum, Privatum, populi commune quod usquam est.

Et notat Hottom. hic tres species juris sacri Pontificum, Augurale & feciale. Sicut itaque jus omnibus partibus absolutum hæc quoque jura comprehendit, ita & Iurisprudentia omnibus partibus absoluta scientiam universi illius juris complectitur, & consequenter etiam scientiam rerum divinarum. Tales ICti olim fuerunt, qui iidem Pontifices, Crassus, Coruncanus, Scipio, ad quos, ut est apud *Cicer. 3. de orat.* de omnibus divinis & humanis rebus referebatur, ex quo loco vel maxime hæc definitio illustratur, & utrarumque harum rerum cognitionem fuisse coniunctam, testis etiam est Pomponius *in l. 2. §. deinde 6. inf. de origin. Jur.* ubi ait: Interpretandi juris scientiam & actiones, apud Collegium Pontificum fuisse. Addit *Scip. Gent. in origin.* in verbo *ad fines* ad ICtos veteres super omni officio relatum fuisse, quo refert tria illa præcepta iuris, quæ mox sequuntur. Sed cum in præcedentibus dixerimus, Jurisprudentiam esse partem philosophiæ practicæ, & Politices, explicandum erit, an & quomodo jus sacrum, & quod ad religionem & cultum Deorum spectat, pertineat ad politicam. Scilicet quomodo, rite & recte coli debeat Deus, non nisi ipse Deus docere potest, & verissimum est quod scribit *Lactant. 1. institut. divin. 1.* arcanum summi Dei, ingenio non posse comprehendi, & fieri non potuit, ut homini per seipsum ratio divina innotesceret, unde fœdissimi & horrendi errores gentium, quæ Deum Doctorem non habuerunt, unde etiam, ut puto, maximi quique rerum publicarum suarum viri & principes, Minos, Lycurgus, Numa, &c. earum Legum præcipue Deos autores fecerunt, quibus de cultu Deorum sanxerant, & oracula gentium ipsa edidisse, quomodo se ab hominibus coli vellent, accepimus. Et fatendum itaque est, curam, administrationemque politicam Reipubl. diversam esse à cultu sacrorum & Dei, & rationem colendi Deum ad Jurisprudentiam quæ pars est Politicæ, non pertinere. Atquin Iurisprudentiam vel scientiam ita accipere, ut utriusque Iuris divini & humani scientiam contineat, nihil prohibet. An unus idemque administrare rempublicam, & sacra possit, aliqua quæstio est, apud Romanos ista concurrere potuisse, & v. c. Consules, augures & Pontifices vel Flamines esse potuisse constat & apud Epitom. Liu. libr. 19. Posthumius Flamen Martialis consul creatur. Constat & apud alios populos, eundem summum Pontificem & principem reip. fuisse, apud Virg. lib. 3.

——*Rex idem hominum, Phœbique sacerdos.*

Et initio urbis Romanæ Regi hoc datum scribit *Dion. Hal. libr. 7.* ἱερᾶς δὲ καὶ ὁσίας τιμὰς ἔχειν καὶ πάντα τὰ ἐκείνοις νομιζόμενα θεραπεύειν τὰς παρὰ τοῖς Ἕλλησιν ἱερεῖς unde post ejectis Regibus, creatus Rex sacrificulus, qui eadem sacra obiret, & apud Judæos Asamonidæ, qui à Juda Machabæo descenderunt, principatum reipubl. cum summo Pontificatu coniunxerunt, & tamen id Lege Dei vetitum, ne Rex Pontificis munus obiret: Sed non libet, nec licet plurib. hæc exsequi: ut nec istud, quodnam & quale jus in rebus sacris Politicus magistratus habeat. Plane Legislatores olim plerarumque gentium etiam quæ ad Dei cultum pertinent, disposuisse constat. Hæc paucis dicenda fuerunt, ut intelligeremus, quomodo Jurisprudentia esset divinarum rerum scientia, & quomodo ad eam cognitio etiam Juris sacri pertineret.

Est & alia explicatio, quomodo res divinæ sint objectum Jurisprudentiæ, simul & res humanæ, utique enim nec harum cognitionem quisquam à Jurisprudentia exspectet. Scilicet in quaque disciplina est obiectum, & certus modus obiectum considerandi. Obiectum sæpe pluribus disciplinis commune est, sed restringitur, ut sit proprium per modum considerandi. Et itaque Jurisprudentiæ etiam angustus sumptæ pro Juris civilis prudentia, obiectum sunt res omnes, non qua cognoscendæ, sed, qua, ut breviter, sed verissime hoc loco ait Wesenbecius, quatenus de iure earum in foro Romano quæritur aut ad hoc Jus principia & causæ earum pertinent, nam & de rebus sacris & divinis hoc sensu edicta proposuit prætor *l. 1. in princ. de interdict. t. 1. Ne quid in loco sacro. t. 1. de mortuo infer. & in leg. 1. de rer. divis. in princ. I. eod.* divisio rerum in res humani & divini Juris proponitur, & an & quæ res alienationi & occupationi subiectæ sint, & multa alia circa eas, quæ tractari possunt, ad Jurisconsultum pertinet. Et hunc modum considerandi fortasse Ulpianus & Iustin. ostendere voluerunt, verbis postremis definitionis, *insti & iniusti scientia*, ut scilicet significarent, hactenus ista obiectum esse Iurisprudentiæ, quatenus circa ea jus & justitia administrari potest, & sunt illa

verba omnino neceſſaria, ad reſtringendam generalitatem verborum priorum, & inſinuandam Iurisprudentiæ naturam, nec abludunt à deſcriptione Iuriſconſulti *in l. 1. de iuſt. & iur.* qua ius, id eſt, Iurisprudentia dicitur ars æqui & boni, hoc enim officium eſt ICti, & in hoc prudentia ejus conſiſtit, ut quid in quaque re æquum & iniquum, juſtum & iniuſtum, diſcernere & de eo reſpondere poſſit. Idque Accurſio ſuboluit, qui ob id videtur voluiſſe, ut alterutrum verbum, *Notitia*, aut *ſcientia* ablativo caſu dictum acciperetur, ſed idem eſt ſenſu, licet utrumque ſit nominativi caſus. Oſtendit autem verbum, *Notitia*, quo ſenſus Iurisprudentia ſcientia dicatur, quod paulo ſuperius explicavimus.

TEXTVS.

5. Juris præcepta ſunt hæc. Honeſte vivere, alterum non lædere, jus ſuum cuique tribuere.

COMMENTARIVS.

PRæcedens §. de methodo docendi perſpicuus eſt, nec noſtram induſtriam deſiderat. De tribus iſtis præceptis aliquid dicamus.

Cum iuxta prædicta & iuxta §. ſequent. Iurisprudentia verſetur etiã circa ius publicum, quod in ſacris quoque conſiſtit, poſſit etiam locus eſſe quarto præcepto, de pietate erga Deum: non admodum hic laborandum cenſeo, an ſint plura an pauciora, & quomodo iſta tria præcepta applicanda aut explicanda, aut diſtinguenda, videat qui volet, *Donell. 2. comment 1 Duar ad h. t. Digeſt. O. l. Conn. 1. comm. 2. numero 10. Vacun. 1. declarat. 30. Robert. 3. ſent. 12. Vult. VVeſembecium, & alios hic. Mercer. 2. opin. 2.*

Poſſint ita explicari, ut moneant quo Legiſlator quiſque reſpicere debeat, ut videlicet quam minimum ab his normis diſcedat, quod tamen ob hominum vitia vix aſſequi licet, & quia perfectæ reſpublicæ conſtitui non poſſunt, fit, ut quædam tranſgreſſiones & nævi tolerentur.

Communiſſime nec male ad privatos referuntur, ut quiſque intelligat quid ſui officii ſit, & ut ſciat, à quibuſdam licet permiſſis, aut non prohibitis, abſtinendum, & honeſte vivendum eſſe, iuxta illud vulgatum, non omne quod licet, honeſtum eſſe, juſtum eſſe ſecundum legem, neq; enim juris eſſe ſecundum legem, neque enim juris poſitivi, ſed magis naturalis hæc præcepta hic intelligo, cuius, ut modo dixi, normam & præſcriptum non ſemper præciſe obſervare Legiſlator poteſt. Accurſius prius præceptum refert ad hominem in ſe, reliqua duo ad hominem cum aliis verſantem, quos tum non lædere, tum etiam adiuvare debeat. Nec longe hinc abit Vult. hic, quod prius pertineat ad hominem qua homo, reliqua ad hominẽ qua civis. Cui explicationi ignorãtia huius rei causã dedit, quod prior illa conſideratio hominis, qua homo, & privatim & ſeorſim conſiderati, ſicut à politico, ita & ab Iuriſconſulto aliena eſt. Et quod juris præcepta & Leges, non niſi ad hominem in ſocietate viventem pertinent, idque ut docet diſputatio *Ariſt. 1. polit. 2.* hominem eſſe φύσει πολιτικὸν ζῶον, & hominem ſeorſim viventem, aut meliorem homine, aut deteriorem eſſe. Siquidem hic ingenioſo eſſe licet, dicam tres eſſe partes animæ, quæ ut recte vel male ſe habent, ita malæ aut bonæ actiones inde proficiſcantur. Irrationalis pars animæ, ſed quæ (ut 1. Eth ult. tractat. Ariſt.) rationis imperio ſubjici debet & poteſt, duas rurſus habet partes ſive facultates, ὀρεκτικὸν & φυτικὸν, *quod Tertullian. in libro de anima* reddidit, indignativum & concupiſcentivum. Partes rationalis animæ & mentis practicæ facultas eſt, voluntas. Iſta ſi male diſpoſita ſint, τὸ βουλητικὸν facit, ut inhoneſte vivatur, τὸ μισεῖν, ut alter lædatur, voluntas vitiata, ut ne cuique ſuum tribuatur. Sin iſta recte ſe habent, fit contra ut his tribus præceptis pareatur, honeſte vivatur, nemo lædatur, & ſuum cuique tribuatur. Illud apparet, ſuum cuique tribuere, hic ſtrictius ſumi, quam in definitione juſtitiæ, juxta quam iſtud unicum præceptum duo reliqua, & totum juſtitiæ officiũ complectitur. Poſſit etiam quis exiſtimare, jus ſuũ cuiq; tribuere, in hac diviſione præceptorum ad magiſtratum jus dicentem civibus in ſpecie pertinere, ſed de hoc nimis multa, hoc ſaltem addidero, confirmari hac præceptorum diſtinctione opinionem ſupra relatam, quod in pr. h. t. definiatur juſtitia univerſalis.

TEXTVS.

4. Huius juris duæ ſunt poſitiones publicum & privatum. Publicum jus eſt, quod ad ſtatum rei Romanæ ſpectat. Privatum, quod ad ſingularum utilitatem pertinet. Dicendum eſt igitur de iure privato, quod tripertitum eſt: collectum eſt enim ex naturalibus præceptis, aut gentium, aut civilibus.

COM-

COMMENTARIVS.

1 *Ambigua uſurpatio verbi iuris.*
2 *Cur tantum hic de iure privato.*
3 *De diviſione iuris privati.*
4 *An etiam ius publicum tripertitum.*

DE jure & ejus diſtinctionibus accurate agemus tit. ſeq. iſtud hic annotare operæ precium eſt, quod Ulpian. in l. 1. h. t. ex qua hic locus deſcri-
1 ptus eſt, parum accurate, & ambigue † utitur verbo *IVRIS*. Cum in pr. d. l. 1. definit Jus artem æqui & boni, utique intelligit Jurisprudentiam, ſive habitum in homine, ſive ipſam diſciplinam. At cum jus naturale definit, cum privatum jus ex triplici jure collectum ait, intelligit jus in ſpecie & proprie dictum. ſicut tit. ſeq. pro præcepto & ſanctione. Idem vitium committitur hoc §. Huius ſtudii, ait, duæ ſunt poſitiones, planiſſime ſtudium accipit eo modo quo ius definivit artem æqui & boni. At utique hoc ſtudium non poteſt diſtingui in publicum & privatum, ſed ipſum jus Romanum, quod utique à ſtudio juris diverſiſſimum eſt. Dicemus aliâ hanc eſſe ſententiam huius loci, quod ſtudium iurisprudentiæ ſit poſitũ in duobus, vel potius in cognitione duplicis juris, publici & privati: aut an verbo, *poſitionis* eo reſpexit Ulpianus, quod Leges poſitæ ſunt tum ſuper eo quod ad ſtatum rei Romanæ ſpectat, tum quod ad ſingulorum utilitatem. Ita enim jus publicum & privatum hic deſcribitur, & nimirum ab objecto, nam Ulpian. d. loco, publicũ jus ait conſiſtere in ſacris & magiſtratibus. Ceteroquin certum eſt, quod vulgo hic notatur, poſt Accurſ. jus publicum per conſequentiam ad privatorum utilitatem pertinere, & vice verſa.

Ad ſtatum rei Romanæ,] Apparet hinc, jus hic non in genere ſumtum, ſed Romanum dividi & definiri, quod ſi tollas verbum *Romanæ*, non erit tamen jus in genere ſumtum, ſed jus civile: & enim hæc diviſio omni jure civile cuiusque Reipub convenit, ſed cum de Juriſprudentia Romana tractaret Ulpianus, ad jus quoque Rom. diviſionem hanc applicavit.

Dicendum eſt igitur,] Credibile eſt Ulpianum etiam de jure publico egiſſe, ſed Juſtin. ait, dicendum
2 eſſe de jure † privato, nam illud quod olim in ſacris occupatum erat, publicum jus jam exploſum & damnatum: & apud Chriſtianos ſacrorum tractatio & explicatio ad ICtum non pertinet; Veteres quoque reipubl. ſtatus plane mutatus erat, & Iuſtiniano præcepta & Elementa Iuris ex libris veterum ICtorum tradere propoſitum fuit, & omnino tractatio iuris publici diffuſior & intricatior eſt, quam ut tyronibus proponi debeat, & ea ad aulas principum & conſiliarios præcipue ſpectat, nec ſine cauſa Iuſtin. eam in tres poſteriores libros Codicis coniecit, qua in re pleriq; hodie præpoſtere magno conatum agnas nugas agunt, qui cum vix à limine ſalutarunt Iurisprudentiam, protinus ad tractanda maieſtatis & alia Imperii jura & conſtitutiones, impudenter prorumpunt.

3 *Quod † tripertitum eſt: Collectum,*] Et hoc quoque parum ſubtiliter. Et communiter Interpp. Hottom. Weſemb & alii agnoſcunt Improprie locutũ
4 Ulpian. & Iuſtin. dum ita dixit jus eſſe † tripertitum. pro eo quod fontes & principia juris civilis innuere voluerit, ex quibus jus Romanum ſit compoſitum & conſtitutum. Ceteroquin abſurdum eſſe putant, ut jus civile tamquam genus conſtituatur, cuius ſpecies ſunt jus naturale, gentium & civile, quæ utique longe latius pateant, quam jus Romanum. Equidem non negaverim hanc fortaſſe quam illi dicunt, mentem fuiſſe Ulpiani & Iuſtiniani, ſed hoc affirmo, jus Civile recte in naturale & gentium & poſitivum dividi poſſe: dum accipitur non pro eo quod civilis Legislator à ſe conſtituit, ſed pro eo, quo civitas utitur: prorſus ut Caius *in l. omnis 9. D. h. t.* ſcribit, omnes populos partim communi, partim proprio jure uti, commune enim jus eſt naturale vel gentium, & eo plane ſenſu *Ariſtot. lib. 5. Ethic. capit. 10.* Ius πολιτικὸν civile dividit in φυσικὸν καὶ νομικὸν, naturale & legitimum, videlicet dum civile intelligit illud jus quo civitas utitur. Ius enim naturæ, ſive gentium eſt ius commune ex quo omnes gentes hauriunt, & ad ſuam rempubl. transferũt, licet non uno modo, nec omnino pure eo utantur, & eo pertinet quod eſt in *Liure t. h. t.* ius civile eſſe, quod nec in totum à iure gentium recedit, nec per omnia ei ſervit, ſed plura hac de re tit. ſeq. Illud hic quæritur, cur Ulpian. & Iuſtinian. de privato tantum hoc jure dicant, ex triplici id fonte eſſe collectum, & an ob id hoc de publico jure negetur. Equidem ſi Ulpianus & Iuſtinianus de iure tantum privato agere voluerunt, nihil neceſſum habuerunt idem de publico tractare, ſed & certum eſt ius publicum ex jure naturali, quo ſenſu id Ulpian. & Iuſtinian. acceperunt, non eſſe collectum, ceteroquin cultum Deorum, & imperia magiſtratuum iuris gentium eſſe nemo negaverit, & quidõ primævi, cum ipſa ratio Deum, eumq; colendum eſſe dictet, ut Apoſtol. 1. *ad Rom.* teſtatur, & iuvat *l. 2. D. h. t.* & civitatem à natura eſſe Ariſtot. ſcribit. 1. *polit.* 2. qua ſcilicet homines naturæ quodam inſtinctu ad

ctu ad civilem & mutuam converſationem ducuntur. Porro Romanos ſacra ab aliis gentibus, itemque ea quæ ad magiſtratus, & alia publica jura pertinent, & præcipue ab Italiæ populis accepiſſe conſtat.

AD TITVLVM II.

LIBRI PRIMI INſtitutionum,

DE IVRE NATVRALI, Gentium & Civili.

TEXTVS.

1. Jus naturale eſt, quod natura omnia animalia docuit. Nam jus iſtud non humani generis proprium eſt, ſed omnium animalium, quæ in cœlo, quæ in terra, quæ in mari naſcuntur. Hinc deſcendit maris atque fœminæ coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio. Videmus enim cetera quoque animalia iſtius juris peritia cenſeri.

COMMENTARIUS.

1 *Jus quomodo commune brutis.*
2 *Quomodo bruta juris perita.*

IVS naturale.] Jus eſt quaſi juſſum quoddam, & hoc vel rationis vel naturæ, ex quo quidam hanc 1 ſententiam defendunt, quod jus etiam ſit † commune brutis. Alii hoc modo; ſicut in voce duo ſunt, materia & forma, ſonus & articulatio, ita juris naturalis materiam eſſe, affectiones & inſtinctus naturales, quos etiam in brutis videmus; quibus ſi accedat forma, &, ſi dirigantur ratione, fieri jus naturæ, quod humani generis proprium eſt. Plane ſi juris communionem habent bruta, neceſſario quoque ſequitur, quod jure vel iniuria agere dicantur, quod poſtremum negat ipſe *Inſtin. in §. 1. in f ſi quadrup. paup.* poſt ICtum *in l. 1. §. 1. ff. eod.* & ſi Ariſtoteli credimus, 5. *Ethic.* 10. Jus tantum eſt inter eos, qui ſocietate vitæ certa ratione inter ſe ſunt coniuncti; nec quiſquam puto Philoſophorum ius tribuit brutis, puto nec alios ICtos; nam & Caius omne ius ad homines refert *l. 9. h. t. & in l. 5.* propulſatio violentiæ adſcribitur Iuri gentium, quæ tamen omnino etiam eſt in brutis, ut res ipſa docet, & eleganter *Cicer. 1. offic.* ubi ait omni animantium genere hoc eſſe à natura tributum, ut ſe ſuaque tueatur. Simpliciſſima Interpp. veterum ſententia eſt, Vlpianum paulo abuſum eſſe verbo *IVRIS*, & quod intellexerit motiones, & inſtinctus appetitus. & ut Iohan. Fab. loquitur, Ius, quod animalibus competit ex ſui ſenſualitate, quod ſane improprie Ius dicitur. Prorſus ut Cicero dicit, & late Plutarchus comprobat in libello, πότερα τῶν ζώων φρονιμώτερα in brutis ſunt ſimulacra & παραδείγματα rationis & virtutis; ita etiam in iis ſunt ſimulacra Iuris. Elegantiſſime Plato ait, quod natura rem unamquamque quam perfectiſſimam facere & producere voluerit; & quod in plantis expreſſit ſimulacra ſenſus, in brutis, ſimulacra rationis, in hominibus, ſimulacra divinæ mentis. Et hoc innuere voluit Plutarchus in libello quem inſcripſit τὸ ἄλογα λόγῳ χρῆσθαι. In quo alias contradictio videatur in obiecto, quod irrationalia utantur ratione. Et iſta explicatio eleganter confirmatur ex *l. 1. §. ſi arietes 11. ff. ſi quadrup. paup. fec. dic.* ubi ſi arietes inter ſe commiſerint, & alter perierit, ſi quæratur, an hoc nomine actio competat, diſtinguit ICtus, an ille perierit, qui provocatus, an qui adgreſſus erat; nulla alia ratione, quam quod hic iniuriam feciſſe hoc ſenſu intelligitur, & intuliſſe vim, quam alter aries quaſi jure naturali ita accepto, intelligitur propulſaſſe.

Quæ in cœlo, quæ in terra] Impropria locutio eſt, & in ſpecie quadrupedibus hoc tribuitur quod in terra naſcuntur; Ceteroquin volatilia etiam terreſtria animalia ſunt. Et ridiculi hic veteres Interpp. dum tractant, an qui ex territorio bannitus eſt, videatur eſſe in territorio, ſi in arbore deprehendatur.

Maris atque fœminæ coniunctio.] An matrimonium ſit iuris naturalis, nec ne, & an iure naturali omnis coitus pariter licitus, dicemus *inf. tit. de nupt.* Ineptiunt autem veteres Baldus & alii, qui educationem obiiciunt eſſe Iuris civilis, quoniam deſuper diſponat Ius civile, non enim hinc æſtimatur ius civile, ceteroquin omnia pene eſſent Iuris civilis, de quo mox dicemus.

Iſtius Iuris peritia cenſeri.] Theophil. ita reddidit, ἐμπειρίαν τὰ λοιπὰ ζῶα ὁμοίως τούτου τοῦ νόμου ἔ-
2 νεγγεγραμμένου, id eſt, adſcribi iis, † qui hanc Legem &

gem & hoc jus venerantur & observant. Ex quo apparet Metaphoram esse ab iis qui olim apud Romanos solemni lustro nomen suum professi inter cives adscribebantur; quod scilicet bruta quodammodo censeantur inter ea, quæ utuntur jure naturali, & ita Baro hic à censione tributa solventium Metaphoram ductam scribit, ita quoque Balduin. & Mynsi. Simplicius tamen est, si quod Cujac. mavult, legamus, *perita*, quod bruta istius juris perita censeantur vel habeantur. Alias explicationes & omnino de hoc jure naturali, vid. apud *Budæum in annotat. ad l. 1. h.t. Ferrand. 1 explicat. 3. Govean. 1. var. 19. Lopez. 1. animad. 2.* & præter ceteros Hottom. hic; cuius tamen istud ineptum, quod admisso jure isto naturali in brutis, etiam edere & bibere, aut dormire, sint futura Juris naturalis; neque enim in his ullum simulachrum juris & rationis. Illa objectio majoris est momenti, quod ita futurum sit, ut nobis & brutis sit jus commune, & consequenter communio aliqua cum brutis, quam infert communio juris, unde *Cicero 1. de natur. Deorum.* negat nobis quidquam esse posse juris cum Diis, quoniam nulla nobis cum iis sit communio; *& libri 3. de finibus.* homini nihil esse juris cum bestiis, quippe quæ hominum causa, ut iis utantur, natæ sunt. Sed jam respondsum est, juris nomine nos abuti, cum id brutis tribuimus. Et tamen Plutarchus citato libro, τὸν ἐπὶ τοῦ Ζηνὸς φόβον μετρίως, statuit, nobis esse δίκαιόν τινα κοινωνίαν πρὸς τὰ ζῶα, in quam rem illustria quædam & singularia exempla adfert; neq; enim quod hic dicitur, de omnibus æqualiter bestiis accipiendum est, neque quod uti licet bestiis, inde aliquam communionis rationem cum iis esse negatur. Plane sacræ paginæ docent, quod justum quoque tangat miseratio jumentorum, & apud Prophetam Jonam, hanc quoque reddit Deus ipse rationem, quare misertus sit civitatis Ninivæ, quia in ea sint multi infantes, & multæ bestiæ.

TEXTVS.

2. Ius autem civile à jure gentium distinguitur, quod omnes populi, qui legibus & morib. reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure utuntur; nam quod quisque populus ipse sibi constituit, id ipsius proprium ius civitatis est, vocaturque ius civile, quasi ius proprium ipsius civitatis; quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes peræque custoditur, vocaturque ius gentium, quasi quo jure omnes gentes utantur.

COMMENTARIUS.

1 *An sit ius naturale, & quadam, natura iusta & recta.*
2 *Quid sit ius natura, & an mutabile.*
3 *Ius gentium plures habet species.*
4 *Nota iuris Positivi quibus differt à naturali.*
5 *An quævis sanctiones legitimæ & iustæ habendæ.*
6 *Ius civile merum & mixtum.*
7 *Explicatio l. 6. h.t.*
8 *Quirinus, Quirites.*

Hic pes figendus est, & evoluendæ variæ ambiguitates, quæ non tantum tyrones juris, sed etiam exercitatiores in errorem sæpe inducunt, nam & ius naturale & ius gentium, & jus civile nō uno modo accipiuntur; sed nec omnia ista jura species infimæ sunt, sed quæ in varias species deducuntur. Imprimis cōstituendum est, an sit aliquod ius naturale; qua appellatione jam strictius utimur, pro jure quod naturalis ratio inter omnes homines constituit, quod hic & alibi ius gentiū, alibi jus naturale dicitur, ut in §. *singulorum infra de rer. divis. l. 1. de acquir. rer. dom. & in §. pen. inf. h.t.* (neq; enim jus cum bestiis commune satis commode dicitur, divina providentia constitutum,) & alibi, & apud Cicer aliosque autores frequentissime, & ut paulo ante diximus, hoc sensu accipit haud dubie *Aristotel.* Jus naturale 5. *Ethic.* 10. Fuerunt, qui existimarent nullum jus esse † naturale & quid rectum aut honestum sit, sola opinione & dispositione hominum constare; quam opinionem tribuit Archelao Laertius libr. 2. τὸ δίκαιον εἶναι μὴ τὸ δικαίως ἐκ φύσεως, ἀλλὰ νόμῳ, Justum & turpe esse non natura, sed Lege; & in Aristippo inter dogmata Cyrenaicorum hoc quoque refert, μηδὲν εἶναι φύσει δίκαιον, ἢ καλὸν, ἢ αἰσχρὸν ἀλλὰ νόμῳ καὶ ἔθει, nihil esse natura justum, honestum aut turpe, sed Lege & more, sive consuetudine. Causam cur ita existimarent, hanc præcipue habuerunt, quod apud diversas gentes super variis rebus diversa, imo non raro contraria instituta, & quidem super iis, quæ jus naturæ aut gentium concernere videntur, deprehenderunt, verbi causa, ipsa ratio dictat, ut à delictis, furto, (quod ipse JCtus ait, jure naturali prohibitum esse *l. probrum 42. de V. S.* adulterio, &c. abstineatur; & quasdam tamen

gentes admisisse furta, dicemus *infr. libr. 4. tit. 1. §. 1.* Et cum pœnas proportionatas & æquales delictis esse oporteat, & ex ipsa pœnæ qualitate, quid Legislator de delicto senserit, deprehendatur, diversissimas pœnas his delictis irrogatas esse invenimus, quod suis locis ostendemus. Jure gentium incestum committi dicitur inter eos qui sunt in linea recta *l. ultim. de ritu nupt. & Socrat. apud Xenoph. 4.* ἀπομνημ. Juris naturæ esse, τὸ μήτε μητρὶς πατὴρ μίγνυσθαι, μήτε παῖδας γονεῦσι. Ne invicem liberi & parentes misceantur. At Ovid.

——Gentes tamen esse feruntur.
In quibus & nato genitrix & nata parenti
Jungitur——

Et hoc licitum fuisse apud Persas refert *Annob. lib. 8. Octav. in Minut.* & pluribus gentibus idem factitarum referunt *Hottom. tract. de nupt. cap. 5. Alber. Gentil. 5. de nupt. cap. 7.* Dicemus plura *inf. de nupt.* Sed enim ista opinio à sanioribus Philosophis & ipsa ratione humana communi dictante jussa, vetita, ex se honesta & turpia, ut maxime nulla sanctio specialis disponat: neque corrupti mores gentium præjudicium veritati facere possunt; & eleg. *Socrates apud Xenoph. 4.* ὑπόμνημ. ait, non propterea id non esse Juris naturæ, quod quidam contra faciant, nam & multos peccare contra LI. civiles, sed utrosque pœnas suas manere, utcunque fateri cogamur, ob circumfusas humano ingenio tenebras, quid accurate iustum, quid iniustum revera sit, aliquando in obscuro latere; In eamque rem Apostoli cap. 2. ad Roman. testimonium exceptione omni maius est; & statuimus. itaque esse aliquod jus naturale sive gentium, (hic enim vocib. jam promiscue utimur.) Descriptio istius juris jam quærenda est, quam hic Justin. tradit,

2 quod naturalis † ratio inter omnes homines constituit; & in *§ pen. infr. h. t.* jura naturalia (hominum scilic. divina providentia constituta, ubique & semper immutabilia esse, quod tamen non ita præcise accipiendum est, nec universaliter: nam & in jure naturæ sunt gradus decretorum & præceptorum, & mutationi aliquali locus est, (cujus rei causas proponemus *ad d. §. pen.*) & *Aristot. d. lib. 5. cap. 10.* agnoscit non ita se habere jus naturale, sicut alia naturalia & eorum qualitates, veluti, quod ut ait, ignis ubique urit & omnino eleganter ait, ἐνίοις μὲν οὐ φύσει (alias φυσικὸν) κινητὸν, ἐνίοις δὲ καὶ φύσει, τὸ μὲν δίκαιον φύσει, τὸ δὲ οὐ φύσει. Quibus verbis scilicet significat, utrunque enam quod justum natura dicitur, aliqua fit mutabile, (de quo *ad dict. §. pen.*) tamen non ob id tolli distinctionem juris naturalis & positivi.

Porro cum hac descriptione juris gentium sive naturæ, quam ex hoc §. & *§. pen. h. t.* proposuimus, parum, aut non satis convenit quod mox in §. jus autem *5. h. t.* scribit Justin. ius gentium esse, quod gentes usu & humanis necessitatibus exigentibus sibi constituerunt; & ad istud ius refert, commercia, bella, servitutes, quæ profecto à naturali constituta esse ratione, sine cavillatione vix dici potest, minime autem omnium divina providentia ea constituta esse quisquam affirmaverit. Hac de causa omnino fatendum est, non recte sine

3 distinctione, tam diversa de jure gentium † prædicari, v. g. hæc quæ jam diximus *d. ex d. §. 5. h. t. 3.* & quæ referuntur in *l. 2. & 3. de iust. & iur.* pietas erga Deum, patriam & parentes, & defensio corporis sui contra vim injustam; Et hinc Interpretes veteres ius gentium duplex statuerunt, & diviserunt in primarium & secundarium. Et judicio carent, qui hanc distinctionem tam evidenti ratione subnixam non ferunt; neque vero jura ista & species duæ tempore tantum distinguuntur, ut falso illi putant: Sed alterum fluit ab ipsa pura ratione humana, cuiusmodi sunt quæ traduntur *in d. l. 2. & 3. de iust. & iur.* ad quæ etiam tria illa præcepta, de quib. supra egimus, non inepte referri possunt; alterum autem habet ratiocinationem, & ex causa & hypothesi aliqua iustum est, ad quod pertinent ea quæ in §. 5. referuntur. Et maxime servitutes & dominia in eos qui bello capiuntur, aut ex ancillis nascuntur; (de quibus tit. seq) quas referri ad idem specie ius ex quo sunt prædicta, nimis quam fuerit absurdum. Apparet ex duabus speciebus servitutis, quos constituit *Aristot. Polit. 3. & 4.* ubi nimirum alios esse ait servos φύσει natura (de quibus ait. seq.) alios servos νόμῳ *d. cap. 4. in pr.* ὁ γὰρ νόμος, inquit, ὁμολογία τις ἐστὶ. Lex est quædam consensio; quod scil. gentes usu communi quasi ita disposuisse videntur, ut bello capti essent capientium; adeo ex sententia Arist. servitus ista magis ad jus legitimum videatur referendum & quodammodo positivum, (oppositive videlicet ad jus naturale,) tantum abest, ut unam speciem cum jure naturali constituat. Sed enim utique referenda est servitus ista ad ius gentium, per ea quæ pluribus tractabimus tit. seq. Et fit ex his probabilis eorum opinio, qui ampliusius gentium secundarium subdistinguunt;

guunt; nam cum cœtus & societates hominum initio statim constitutæ sint, necessaria consequentia simul commercia & dominiorum distinctiones fuerunt introductæ; atquin bella post malitia humana & libido habendi, & consequenter quoque jura bellorum introduxit. Sed reprimo me ne evager nimis; addo tamen duo, pro cautione in tractatione observanda. Et 1. quod jus naturale quatenus oppositum est positivo, ambitu & appellatione omne omnino jus, quod non est civile & positivum, comprehendit; ex quo fit, ut non raro juri naturali tribuantur, quæ pertinent ad jus gentium secundarium, ut in §. *singulorum l. de ver. divis. l. 1. de adq. rer. domin.* Deinde, quod quædam dicuntur juris naturæ magis propriè, quæ ni mirum sunt quasi decreta quædam rationis, ut in *l. 2. & 3. de just. & jur.* quædam ita dicuntur, non quod ita decreverit ipsa naturalis ratio, sed quia consideratis humani generis initiis aliquid ita obtinebat; quomodo liberos omnes esse homines, dicitur juris naturalis, & ei contrarias servitutes §. 5. *h. t.* quoniam cum ab initio nulla bella essent, omnes liberi erant. Ita recte Jo. Faber *in §. Ius autem gent. n.* 13. de jure, inquit, naturæ, omnes nascebantur liberi, non quod jus naturale hoc disponeret, sed quia illo jure non erat servitus.

Quod quisque populus sibi constituit.] Hoc est jus civile, imo rectius positivum, quod *Arist. 5. Eth. 2. & 10.* vocat νομικὸν & à politico distinguit; nam ut supra diximus, jus civile acceptum pro eo, quo in universum civitas utitur, etiam comprehendit jus naturæ & gentium, quatenus in civitatem aliquam receptum est, & populus eo utitur. In specie 4 autem & hoc §. jus civile dicitur † à causa efficiente, quod non communis & omnium gentium & naturalis ratio constituit, sed ratio v.c. unius alicujus hominis, vel imperantis, vel à republ. aliqua jus ferendi Leges accipientis.

Et apparet intelligi populum, vel civitatem, quæ non sit subjecta imperio alterius, ceteroquin jus sanciendi Legis non habebit, nisi quo ad quædam particulatim civitatem concernentia, citra præjudicium Legis superiorib. cujus alias consensu opus erit; & ea Dd. vocant statuta, & de iis tractant in *l. omnes 9. de just. & jur.* Sane olim licet Romani tota Italia dominarentur, tamen pleræque civitates fœderatæ, quin & municipia quædam suis LL. utebantur, quibus adeo etiam potestas fuit condendi juris. Porro est illa quam diximus nota & distinctio certa utriusque huius juris. Huic consequens est alia quam docet *Aristot. 5. Ethic. 10.* quod jus naturale (hoc maxime hic accipimus & intelligimus de primævo, licet & proportionaliter in secundario obtineat) est ex se justum, quippe profluens à simplici, & fere incorrupta ratione, non autem quia huic vel illi principi, populo aut Legislatori ita videatur: & ob id quia justum est ab omnibus observandum est. Ex quo porro fluit, tũ quod istud jus semper justũ est & fuit, & ubique justum est. Huic oppositum est, jus positivum hoc enim non ex se justum est, sed ideo, quia à civili Legislatore præceptum est, justum tum demum esse incipit, & observandum est, cum ante posset non observari, ut d. loco docet Aristot. & hoc jus vocat τὰ κατὰ νόμον, quod LL. civitatis sanctum est: & *5. Eth. 2.* hoc sensu justa ait esse τὰ ὑφ' ὁρισμένα ὑπὸ τῆς νομοθετικῆς quæ Legislator civilis sanxit. Et apud Xenoph. 4. Ἀπομνημ. Socrates φησὶ γὰρ, τὸ νόμιμον δίκαιον εἶναι, intelligit autem, quod Legibus civitatis præceptum est. Ergo ne 5 dixerit aliquis, quælibet improbe sanctiones † tyrannorum aut plebis in Democratiis corruptis, justæ erunt? Locus hic est communis de observatione LL. in quem jam non digredior. Hoc saltem dico, Leges latas in dubio esse observandas nec de iis earumque ratione temere disputandum, sed iis parendum, ut *d. lib. 4.* differit Socrates; & Politicorum placitum est, Leges, utcunque non omnino bene positæ sint, observandas, & præstare, ut LL. positæ conserventur, quam ut ex prætextu alicuius iniquitatis facile mutentur, ut eleganter differit Cleon. apud *Thucyd. lib. 3.* & apud eundem Alcibiades *lib. 6.* & quædam huc pertinentia scribit *Lipsius 4. Polit. 9.* modo ne directo LL. offendant rationem juris naturæ, quæ jam non LL. sed corruptelæ vocandæ sunt. Satis est, aliqua eas defendi posse, &, quod caput est, collineare ad concordiam & commodum subditorum, quem finem omne imperium propositum habere debet, ut pluribus tractat *Plato 1. de repub.* contra Thrasymachum, qui ex utilitate ipsius imperantis æstimabat imperium, & hinc etiam justum definiebat, τὸ κρεῖττον (scil. potentiore & qui in Repub. plus potest) ξυμφέρον. Et quoniam igitur hoc justum non ex se tale est, sit inde, ut nec ubique apud omnes, neq; semper justum sit: Nam & variæ Respubl. diversis LL. civilibus utuntur: & in una eademque Republica, quod hodie justum erat, Lege abrogata, cras injustum esse potest: Leges enim civiles mutabiles esse constat, & docet §. *pen. infr. h. t.* & huc pertinet quod elegan-

ganter ait *Arist. 5. Eth. 10.* jus civile simile esse mæandris, quæ variant, nec ubique sunt eædem. Istud autem jus civile de quo hactenus diximus, & quod positivum vocamus, recte dicitur ab
6 Hottom. *in §. ult. tit. præced.* jus civile † merum, quod ingeniis hominum excogitatum est, cujusmodi variæ LL. apud Romanos, veluti L. XII. Tabb. qua parte solos filiosfam. admittebat ad hereditatem patris, & in aliis multis capitibus; Item Leges, Papia, Poppea, Favia, Voconia, Caninia, Falcidia, aliæ. Jus aliud civile potest dici mixtura, cum aliquid ex jure gentium sumtum in civitatem recipitur, quomodo supra diximus, omne jus quo civitas utitur, jus dici posse civile, etiamsi nihil addat Legislator civilis; quo sensu obligationes ex contractibus juris gentium jure civili approbatis, dicuntur civiles, sed magis recte jus mixtum dicitur, ubi juri gentium aliquid additur per Legem civilem; quo sensu matrimonia, testamenta, successiones, actiones, alia, juris civilis esse dicuntur, quibus scilicet forma quædam propria addita est, & amplius ita constitutum est, ut inter cives tantum earum rerum sit communio. Huc refero
7 omnino & hinc explico, quod † scriptum est in *l. ius 6. de iust. & iur.* cum aliquid additur vel detrahitur juri gentium, jus proprium civile effici, quod nimirum de jure civili non mere sed mixto accipiendum est, ceteroquin omnia pene juris civilis & positivi dicenda essent. Vix autem fero, quod Hottom. vult, ut jus quod Romani à Græcis acceptum in LL. 12. Tabb. retulerunt, dicatur jus Athenienfium vel Spartanorum; hoc enim tantum accidens fuit quod eo jure populi illi usi sunt, neque ulla necessitate impulsi Romani, sed ex libero arbitrio, nec quia id Græcis placuerat, sed quia ipsi hoc probarunt, eo jure usi sunt, itaque recte dicitur merum Jus Romanum. Hæc sunt instar principiorum, quorum ignoratione, quoniam multos errare deprehendi, paulo altius ea repetere, & latius hic proponere volui.

Et ex his intelligimus, quomodo verum & accipiendum sit, quod in textu sequitur, populum Romanum, partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure uti; de quo singulis locis annotabimus. Illud leve est, quod post alios monet Mynf. in verbis, *omnes populi qui &c.* verbum relativum *Qui* non restringere sed declarare; quamvis fortasse sint quidam barbariores populi; qui non certis LL. aut moribus regantur & vivant, sed magis ex cujusque animi libidine. Porro cum jus civile in specie & positivum ita dicatur, quia quisque populus id sibi constituit, ut est in §. *ius autem*, & jam satis explicatum, consequitur hinc quod est in §. *sed ius quidem h. t.* ex ipsa Repub. in qua jus tale constitutum est, jus civile recte denominari: ut dicatur jus Romanum, Spartanum, Athenienfe, quomodo recte appellari ait Justin. Leges Draconis vel Solonis: quibus verbis innuit, in denominatione potiorem habendam rationem Reip. & civitatis, quæ Legibus utitur, quam autoris Legum; idque præcipue obtinet in istis terminis & in Democratia, qualis fuit Athenienfium, quibus Draco & Solon non propria autoritate, sed ipsius populi Leges tulerunt, ubi inepte labitur Theoph. qui Draconem facit Legislatorem Spartanum de LL. Solonis & Draconis *v. Plaut. in Solone & Gellium.* Et adeo quam plurima LL. in Repub. Rom. Juliæ, Poppeæ, Corneliæ, innumeræ aliæ, licet ab autore nomen acceperint, tamen recte dicentur jus Romanum: maxime cum illi autores tantum eas rogaverint, populus sanxerit. Illud nimis vulgatum est, quod Romani dicantur à Romulo, Qui-
8 rites † à Quirino; Romulus idem est qui Quirinus, Virg. 1. Æneid.

——Remo cum fratre Quirinus
Jus & jura dabunt.

Rationem nominis, & cur Quirinus dictus fuerit, reddunt *Festus, Varro 4. de Lingua Latina. Ovid 2. Fastorum. & Plut. in Rom.* ubi scribit, placuisse, pace facta inter Sabinos & Romanos, ut Romani etiam Quirites à Tatii Sabinorum Regis patria vocarentur; quod etiam refert *Dionys. Halic. lib. 2.* Illud enim nugatorium, quod apud eundem Plut. refertur, Romulum post mortem apparuisse Proculo, dixisse se Quirinum dici, pro Deo colendum. Non minus vulgatum, quod Juris appellatione simpliciter prolata κατ' ἐξοχὴν intelligatur jus Romanum vel ob æquitatem istius juris, & præstantiam, quam apud *Cicer. 1. de orat.* Crassis prædicat; vel potius ob amplitudinem Imperii, cui subjecti isto jure usi sunt postmodum: nam olim jus Romanum licet late fuso jam imperio, tamen pene intra muros Urbis Romæ conclusum fuit, præterquam, quod coloniæ & municipia quædam eo jure utebantur, de quo tractant Onufrius & Sigon. de antiquo jure Italiæ. Obiter nota, hic Romanos opponi Græcis, à Justiniano, cujus tamen tempo-

tempore Respubl. penitus Græca erat. sed ratio habita fuit veteris Reipub. & originis ; aut forte hæc ex veteri JCto descripta sunt. De Homero per excellentiam Poeta dicto, est locus apud *Cicer. in Top.*. *Senec. 8. Epist. 1.* Sequitur:

TEXTVS.

3. Ius autem gentium omni humano generi communi est : nam usu exigente & humanis necessitatibus , gentes humanæ quædam iura sibi constituerunt. Bella enim orta sunt , & captivitates secutæ & servitutes , quæ sunt iuri naturali contrariæ. Iure enim naturale omnes homines ab initio liberi nascuntur. Et ex hoc iure gentium omnes pene contractus introducti sunt, ut, emptio & venditio, locatio & conductio, societas, depositum, mutuum & alii innumerabiles.

COMMENTARIUS.

1 *Vitia descriptionis Iustinianeæ.*
2 *Contractus qui iuris gentium. & 4.*
3 *Actiones iuris gentium.*

Omni humano generi.] Ita in § 2. *Inter omnes homines* Et recte plane, vereque dicitur omnibus, esse commune , & omnibus gentibus quasi sanci-
1 tum, verum illud minus defendi † potest, quod est ind. §. 2. apud omnes gentes *peraque* custodiri; nam istud ut supra ostendimus, etiam in jure primævo gentium falsum est ; itaque illud *peraque & apud omnes gentes* cum mica salis accipiendum est, ut a potiori id dictum intelligatur. Verbum quoq; *constituere* in d §. 2. non satis proprie dicitur de jure gentiu primævo, sed bene de secundario, per supra dicta ex *Arist. 1. Polit. 4.* neque vero sine vitio omisisse potuisset Justin. jus gentium primarium.

Nam usu exigente.] Hoc non caret vitio. Nam cum indistincte & indefinite proponat jus gentium, sicut & in §. 2. *h. t.* per hanc rationem subjectam restringitur jus gentium , & secundum eam hoc tantum jus gentium erit , quod usu & humanis necessitatibus exigentibus introductum est. At enim contra ea dignior & principalis species est juris gentium, quam supra diximus esse jus primævum, & quod Aristoteles vocat φύσιν vel φυσικὸν δίκαιον, sub quod refert *Socrat. apud Xenoph. 4. memorab.* Deos colere, parentes venerari, gratiam reddere benefactoribus, & quod jus non ab hominibus conditum , sed à Deo hominibus datum & sancitum esse ait , idque observavit hic Wesenb. dum ait : Jus gentium dividendum fuisse in jus rationis & ratiocinationis. An dicemus Justinianum istud jus subjure naturali, quod commune brutis dixit , comprehendisse ? Hoc quidem fine vitio vix potest. Licet enim referantur singularia quædam de brutis à *Plutarcho in supr. d. libello, πότερα τῶν ζώων φρονιμώτερα* attamen ea nec quidem integri generis , sed quorundam individuorum, utiq; minime omnium brutorum, & omnino tantum simulachra quædam sunt. An Justinianus illa generalia quasi præcepta & jussa rationis insuper habuit, & de illo jure gentium tantum tractare noluit , quod magis in usu appareret , & cujus tractatio non exiguam partem juris Romani occuparet? Quidquid dixeris, non poterit excusari omnino Justinianus, quod primævi illius juris non habuerit rationem.

Quæ sunt contraria iuri naturali.] Quomodo servitutes dicantur contra jus naturale, paulo superius explicavimus , & dicemus plura tit. seq. Bella plane primitus non ex jure gentium , verum ex injusta habendi libidine nata sunt; quam injuriam qui propulsat, juste bellum gerit. Cum inde sæpe non constet de injustitia vel justitia belli , recepta sunt jura servitutum , & bellorum , cum quisque fere justitiam sibi causæ asserere soleat. Nec male *Pors in* §. *præced. cap.* 3 ait bella esse ex jure gentium non dispositive , verum occasionaliter , distinctis dominiis.

Et ex hoc iure contractus.] Diximus item supra, non videri eandem speeem juris gentium recte referri , jura bellorum servitutum , & contractus.

Emptio & venditio.] Copulam addidit, quia significatur unus contractus , ad quem tamen significandum, etiam alterutrum verbũ sufficere potest, quæ scientia est *Lotheri 19. cum l seq. de act. empti.* Ut
2 autem contractus † juris gentium dicatur, satis est omnes gentes eo uti, ut maxime essentiale ejus aliquem certum autorem habeat, *v. Plin. 8. cap. 86. & notat id Hottom. hic.*

Societas depositum mutuum.] Hæc certis textibus probantur : quamvis in hujusmodi quæstionibus, an aliquid sit juris gentium nec ne, autoritates juris nostri frustra advocentur. Hæc etenim pendent ab ipsa veritate & evidentia rei , nec cujusquam hominis aut legislatoris autoritate edici potest, ut

ista non sint juris gentium. De mutuo possit ex eo scrupulus iniici, quod Aristoteles scribit 1. *polit.* nummum inventum esse commercii & permutazioni causa, adeo mutuam pecuniam, dare possit videri esse præter naturalem usum nummorum, & eum finem, in quem jus gentium eos introduxit. Ar enim facilis responsio est, ob id quod iste finis & usus nummi est primarius & principalis ex jure gentium, non effici, quod nullus præterea usus secundarius & minus principalis ex eodem gentium jure esse possit, quem suasit humana indigentia, ut alter necessitatibus alterius mutuam pecuniam dando succurreret.

Contractus.] In *l. 5. de iust. & iur.* adduntur obligationes: An forte ut etiam alias pactiones extra contractus significarentur: an voluit JCtus etiam addere effectum contractuum? A quo enim jure est causa, ab eodem & effectus est. Et igitur porro etiam ex jure gentium erunt actiones, quarum causæ sunt obligationes. Ex jure gentium sunt magistratus, inter cetera ei fini quoque constituti, ut quisque jus suum consequatur. Miror plerosque veterum in *d. l. 5. de iust. & iur.* in contrariam ire partem magis miror quosdam & hodie in hanc 3 sententiam quod † actiones sint ex jure civili, adducere *l. 2. §. deinde 6. de orig. iur.* ubi ait Pompon. ex LL. XII. tabb. compositas esse actiones. Quod si enim his LL. acceptas ferimus actiones, jam trecentis annis (tot enim excesserunt ab V.C. usque LL. XII. tabb. populus Romanus sine actionibus fuit: qno quid absurdius aut stultius? Nimirum formam propriam ex LL. illis & ad forum Romanum acceperunt actiones: quomodo apud Athenienses ad alios populos propria agendi forma fuit: sed forma communis & essentialis actionum, quæ consistit in simplici petitione, ea est ex jure gentium, cuiusmodi quæ sunt, possent illa quidem ad jus civile mixtum, de quo supra, referri, sed ut tamen eorum origo, & vera essentia & forma à jure gentium arcessatur, de quo plura diximus ad *Tr. de except. th. 1. & Tract. de act. disp. 1. v.* D*d. & in primis Salic. in l. ex hoc 5. de iust. & iur. Interpp. & late Ang. hic n.* 8. ex quib. patet effectu non dissentire Ultramontanos & Citramontanos; (quod tamen Ang. tradit) nam Salic. quem & ipse Ang. citat, fatetur intentionem prosequendi quod sibi debetur, esse à jure gentium, sed formam & modum à jure civili: quæ verissima sententia est, quam adstruimus & *infr. in §. sed ista 3. de action.*

Omnes pene.] Per particulam *pene* cavere sibi vo-
4 luit Imp. † post JCtum in *l. 5. de iust. & iur.* quoniam generalia & indefinita huiusmodi enunciata periculosa sunt. Ita servitutes sunt à jure gentium, sed quidam modus est à jure civili §. 1. *tit. seq.* Ita contractus & obligationes à jure gentium sunt, ut nihilominus quidam obligandi modus possit esse à jure civili: & conventionum legitimarum mentio est in *l. convent. 5. cum l. seq. de pact.* Etenim hic locus est conjungendus cum *l. 5. de iust. & iur.* quæ obligationes ponit. Exempla in specie afferre solent Interpp. sponsalitiam largitatem, literarum obligationem, stipulationem & emphyteusin: quę traditio an recte se habeat, videbimus propriis locis, in *§. Est & aliud, infr. de donation. tit infr. de lit. obligat. ad pr. infr. de verb. oblig. & in §. adeo 3. infr. de Locat.* Hottom. huc refert mancipium & nexum, coemptionem solemnem in matrimoniis: non satis recte, quoniam isti non contractus, sed contrahendi modi sunt.

TEXTVS.

4. Constat autem ius nostrum quo utimur aut scripto aut sine scripto, ut apud Græcos, τῶν νόμων οἱ μὲν γεγραφοι, οἱ δὲ ἄγραφοι. Scriptum autem ius est, Lex, Plebiscitum, Senatusconsultum, Principum placita, magistratuum edicta, & responsa Prudentum.

COMMENTARIUS.

1 *Quid hic sit scriptum & sine scripto.*
2 *In quo sit essentia legis.*
3 *Specifica differentia legis & consuetudinis.*
4 *Vnde sumta hac divisio.*

1 PRæcipue hic notanda ambiguitas in verbis *sine scripto*: † Item *ex scripto*. Nam jus quoque naturæ & gentium, est non scriptum, & ita veteres locuti sunt. *Cicero in partit. ora. sub fin.* Propria, inquit gentium jure, aut more majorum retinentur. Ad eundem modum *Socrates apud Xenophon. 4. memorab.* appellat ἀγράφους νόμους τοὺς τὸ πάσιν ἀνθρώποις ὠφέλιμα νομιζομένους, qui ubique iidem sunt. Deinde responsa prudentum dicuntur jus, quod sine scripto venit *l. 2. §. his legibus 5. de orig. iur.* nimirum oppositive ad jus quod ita ferri & constitui solebat, ut protinus in tabulis scriberetur, & publice legendum proponeretur: ceteroquin oppositive ad jus quod moribus & tacito consensu receptum dicitur, hic inter juris scripti partes referuntur.

Scripto

Scripto aut sine scripto] VVesemb. ait differentiam sumptam à forma. Sed errat utique, si intel-
2 ligit formam † specificam & essentialem. Formam enim lex accipit à sanctione eius, penes quem est summa in republ. potestas: haud dubie enim principale jus majestatis est legis ferendæ jus, quippe quæ omnes subditos necessitate parendi obstringit. Itaque expressa sanctio expressa voluntas & consensus faciunt regem sive id jus, quod opponitur mori & consuetudini quæ sensim ex factis & ita tacito consensu populi introducitur, ut argguit §. *pen. inf. h. t. inf.* & evincit certissima ratio, hinc sumendam esse distinctionem & diffe-
3 rentiam specificam legis & † consuetudinis: ceteroquin necessario efficeretur, posita scriptura poni legem, & ita ubi quivis etiam privatus consuetudinem scribit, eam effici legem posita enim differentia specifica ponitur species: sequeretur & hoc: negata & sublata scriptura non esse legem: quod utrumque falsissimum est. Justin. autem hic per jus non scriptum intelligit consuetudinem, ut apparet *ex §. sine scripto inf. h. t.* Vultejus dum vult hic defendere Justinianum, nescio quid argutatur, an negatur, de scripto & præscripto. Nec definitiones nec divisiones accuratæ semper in jure nostro se offerunt: & fateamur hanc divi-
4 sionem non à differentia † specifica, sed ab accidenti sumptam, eo facilius quod ita, in Republ. Rom. semper observatum erat, ut LL. in scripturam redigerentur. Quidam ita argumentan-
5 tur, citra quod non obligat † lex, id est de ejus essentia. Atqui citra scripturam non obligat. Ergo &c. Majoris ratio est, quoniam vis omnis legis in eo posita est, ut subditos obliget ad obedientiam vel pœnam. Adsumtio confirmatur hinc, quod ignorantes non possunt teneri Legibus civilibus, & vero per scripturam in notitiam populi & subditorum LL. deferuntur. Hoc argumentum dedit quibusdam causam distinguendi inter legis essentiam legemque, quasi in idea consideratam, & inter legis existentiam. Verum nos hic de LL. in repub. existentibus loquimur: & illa distinctio essenti.e & existentiæ hic inepta esse videtur. Si quid princeps v. c. in consilio suo disponat, protinus existentia lex est, utcunque nec dum subditi omnes sciant: nihilominus enim magistratus juxta eam L. recte pronuntiabunt, quamvis sane si coercitionem delictorum respiciat, iniqua sit futura pœna, (ubi nimirum delictum ex ratione juris naturæ aut gentium ita puniri non meretur) in eos, qui legem ignorant ut simplicius agam, adsumptum quoque dico esse falsum, quod tantũ per scripturã possit lex promulgari. Ecquid enim, an qui literas & legere nesciunt, non obstringuntur legibus? & illis utiq; per scripturam non innotescit lex: Et ut de Repub. Rom agamus, ut primum lex rogata erat, *Veliris, jubeatis, Quirites &c.* & populus in hæc verba censuisset, *uti rogas*: Lex erat, etiam antequam in tabulis perscripta esset: & populus qui legem sanxerat, utiq; legem sciebat; & ita antequam scriberetur lege tenebatur, quoscunque ea concernebat. Et quid certius est, quam citra scripturam ministerio præconis vel alterius legem promulgari & in notitiam subditorũ deducit posse? Evidentissimum exemplum & argumentum, & quod leges scribi de essentia earum non sit, præbet Respub. Spartana, in qua teste ipso Justiniano in §. *Et non* 11. *infr. h. t.* leges latę non scribebantur, sed memoria custodiebantur: utique enim, quæ sanxit Spartanis Lycurgus, leges fuerunt: atquin, ut ait Plutarch. in ejus vita νόμος γεγραμμένος ὁ Λυκοῦργος οὐκ ἔθηκεν. Leges scriptas Lycurgus non posuit: & mox μία τῶν ῥητρῶν ἦν μὴ χρῆσθαι νόμοις ἐγγεγράφοις. Una ex Rhetris (forte ita dictis quod non scriberetur,) non uti legib. scriptis. Qua in re labitur Mynsdum ait Lycurgum hoc constituisse ut Spartani uterentur legib & morib. majorum. Imo enim plane novam formam induxit Reip. & novas leges sanxit. Quinimo idem Romæ olim fuit. De Romulo *pag. 49. edit. Sylb. Dion Halicarn. 62.* νόμους inquit, ἀγράφους μὲν τοὺς πλείστους, ἓξ δὲ ἢ ἑπτὰ γράμμασι κείμενους καὶ πεπυσμένους. Ecce à Romulo LL. latæ non scriptæ, quas nisi stolide nemo consuetudinem dicere possit. Et eod. libro de Numa, eum multa constituisse πολλοὺς ἐγγράφους περὶ ἀφίσεως νόμους, τοὺς δὲ ἀγράφους. Et recte Porcius hic, legem dici jus scriptum, non quod de legis essentia sit scriptura, aut ad eam substantiandam pertineat, sed quia conferat ad probationem legis, &, quod addo, expeditiorem cognitionem. Ex his satis intelligitur, scripturam ad essentiam legum non pertinere.

TEXTVS.

5. Lex est, quod populus Romanus Senatorio magistratu interrogante, veluti Consule, constituebat.

COMMENTARIUS.

1 *Lex quo sensu hic sumatur.*
2 *Plebi, duplex significatio.*
3 *Distinctio gentium & ordinum apud Romanos.*

SEquuntur ordine juris Romani scripti species. Et primo lex, quam cum ante dixerimus, esse sanctio-

1 sanctionem † eius qui in republ dominatur, videri possit verbum legis, hic aut nimis stricte aut abusive sumi. Et ita sane est, si ad posteriora tempora istud examines: ceteroquin quod pauci animadvertunt, si consideres prima tempora urbis Romę post exactos Reges, usurpatio istius verbi propria & adæquata est. Nam lex proprie tantum est, quæ omnes cives adstringit; atquin plebiscitum, de quo mox, initio tantum partem civium obligabat, itaque proprie lex appellari non meruit. Illa autem sanctio quam populus Romanus universus jusserat, omnes cives tenebat: ergo sola etiam & vere lex.

Senatorio magistratu.] Hæc verba non videntur omnino sicco pede prætereunda. Senatorius magistratus opponitur plebeio. Et in primis hic ob-
2 servandum. *Plebeium* dupliciter † dici de gente & de origine. Duæ gentes fuerunt Romæ in universum Patriciæ & plebeiæ. Initio partæ libertatis ejectis Regibus plebeiis gentibus aditus plane ad dignitates & honores magistratusque omnes fuit præclusus: & plebeii contra injurias patrum secessione primum facta obtinuerunt, ut tribuni plebis proprius eius magistratus, crearentur, & per hos variis LL. latis evicerunt, ut etiam qui ex plebeiis gentibus erant, tandem ad summos quoque honores, consulatum, censuram, dictaturam, & adeo quoque in Senatum admitterentur,
3 Ex quo Senatores plebeiis † opponi desierunt. Inde nata alia distinctio ordinum. Senatorii equestris & plebeii, alio plane sensu, quam in quo gentes plebeiæ dicebantur. Siquidem in Senatorio & equestri ordine plurimi etiam ex plebeiis gentibus: in plebeio ordine multi ex patritiis gentibus erant qui v. c. pauperes erant, nec censum equestrem, aut Senatorium habebant, quia tradunt *Onufr. de Imp. pop. Rom. & Sigon. lib. 2. de ant. civ. Rom.* quæ distinctio ordinum postea nata fuit: itaque parum caute Wesemb. equites cum plebe secessisse ait: neque enim tum temporis ista fuit ordinum distinctio. Senatorius itaque magistratus, si priora tempora respicias, idem est cum patritio, & opponitur plebeio, qui scil. proprius erat iis qui ex gentibus plebeiis erant. Sin hoc [illegible] es ad rationem posteriorum temporum, & [illegible] nctionem trium illorum ordinum. Senatorius magistratus non dicitur ex distinctione gentium, sed ex qualitate dignitatis, quæ tantum senatoribus non equestris ordinis nec plebeiis viris conferebatur. Nec tamen juxta hanc considerationem, sicut ex gentibus plebeiis capiebant etiam magistratus, qui senatorii dicebantur, ita etiam, quod tamen oppositio suadere, (videbatur) qui ex gentibus patritiis erant admittebantur ad magistratum plebeium, id est, tribunatum in specie ita dictum, quia ab initio hic magistratus tuendæ plebi fuit introductus: nam ex plebeiis quidem gentibus admittebantur ad magistratus quo suis, & eos qui ante patritiorum proprii fuerant: at numquam ad tribunatum plebis admissos fuisse patritios iidem docent & confirmatur exemplo Clodii, qui ut tribunus plebis fieri posset, cum esset patritius, à plebeiæ gentis homine Fonteio sese adrogari fecit, quod diserte tradit Cicero in orat. pro domo sua. Itaque nec qui in ordine tertio plebeio dicto patritii quoque erant, tribuni plebis creabantur, adeoque speciali sensu, tribunatum plebeium magistratum hic dici apparet: & nimirum, non curulem. Nam ut Hottom. hic notat, magistratus curulis, dicebatur senatorius, & ut *Sigon. 3. de iur. provinc.* patritii magistratus dicebantur, qui initio tantum paruerant patriciis, licet post plebeiis communicati fuissent: sine cognitione antiquitatum huiusmodi Romanorum, nec solida cognitio Romanæ Jurisprudentiæ parari potest: & hæc ipsa conferunt ad intelligendos nonnullos textus, veluti in *l. per adoptionem 35. de adopt. & in §. & qui 2. infr. de excus. tut.* ubi monebimus: & ea gratia hæc dicta sint: perspicue autem erat Theoph. qui plebem definit esse omnes exceptis solis senatoribus.

Veluti consule.] Exemplum est, non restrictio: nam huiusmodi magistratus etiam erant, censores, dictatores, interreges, quibus scilic. omnibus cum populo agendi jus erat, id est, quibus jus erat populum vocare ad comitia, quibus LL. rogabantur & sanciebantur. Rogari dicebantur leges, & frequentissime apud autores mentio rogationum: qua de causa hic Hottom. mutavit, *rogante.* Sed puto scripsisse Tribonianum *interrogante* insuper habita scrupulositate verborum: quomodo id & expressit Theoph. Neque hic rogare erat orare, sed revera, interrogare, *Velitis, iubeatis, Quirites,* & populus respondebat suffragia ferendo per tabellas, vel antiquando per literam A, vel probando & legem accipiendo V. R. *uti rogas fac. l. 2. de adoption.*

TEXTVS.

6. Plebiscitum est, quod plebs plebeio magistratu interrogante, veluti Tribuno, constituebat.

COMMENTARIUS.

1 *Tria genera comitiorum.*

6. *An ſolus tribunus potuerit agere cum populo.*

Quod plebs.] Recte ait, *quod plebs*, cum in præced. §. dixiſſet, *Quod populus.* Nam Senatorius magiſtratus agebat cum univerſis civibus: Sed plebeius, qui initio tamquam contra injurias patritiorum pro plebe creatus erat, cuius etiam tantum magiſtratus erat, ſaltem cum plebe, non etiam cum patritiis agendi ius habebat, *notat Gell. lib. 10. cap. 20. & l. 15. c. 27.* Et hinc porro cum tria eſſent genera † comitiorum, Curiata, per curias, quas inſtituerat Romulus, Centuriata, per centurias, in quas Servius Tullius univerſum populum Romanum diviſerat, de qua re *Liv. lib. 1. & Halicarn. lib. 2.* & Tributa, per tribus poſt introductas, ſenatorii magiſtratus fere agebant cum populo comitiis centuriatis, (nam curiatorum exceptis caſibus paucis non erat uſus) tribuni autem cum plebe comitiis tributis. Nam licet haud dubie in tribus quoque patritii eſſent deſcripti, attamen cum plebeiorum longe major eſſet numerus, vincebant illi his comitiis, in quibus ſinguli ex æquo poterant: centuriæ autem erant inſtitutæ à Rege Servio, ut patritii & ditiores in iis plus poſſent: ut ex Liv. & Halicarn. dd. locis apparet: Itaque cum LL. centuriatis comitiis latæ, in quib. plus poterant patritii, tenerent omnes: voluit & plebs ut omnes obligentur LL. quæ comitiis tributis latæ eſſent, in quibus ipſa plus poterat: de qua re videndi Sigon. & Gruchius, qui proprios tractatus de comitiis ſcripſerunt.

Veluti tribuno.] In § *præc.* dixit *veluti conſule*, ubi 2 conſul † tantum exempli loco poſitus eſt. Aliter tamen hic ea verba accipienda videntur, & ſcil. explicative. Licet enim etiam fuerint ædiles plebis, attamen his non fuit poteſtas agendi cum plebe, ſed ſolis tribunis. Scribit tamen *Sigon. 3. de iudiciis, cap. 5.* etiam ædilem habuiſſe ius dicendi reis diem ad populum, quæ accuſatio & cognitio fiebat judiciis centuriatis aut tributis. Et igitur potuit advocare populum: cum præſertim his judiciis ſententia per modum legis ferretur, ut eodem libro ſcribit Sigon. Itaque Hottom. ad Triboniani inſcitiam id refert, quod tantum tribunorum fecerit mentionem: ſed recte ſane fecit mentionem principalis magiſtratus plebeii: & hic tantum de jure rogandi, populum legis ſanciendæ cauſa, agitur. Cui ridere libet, videat hic vaniſſimas nugas Græculi, Theophili de cauſa & origine plebiſcitorum & SCtorum.

TEXTVS.

7. Plebs autem à populo eo differt, quo ſpecies à genere: nam appellatione populi, univerſi cives ſignificantur, connumeratis etiam patritiis & ſenatoribus: plebis autem appellatione, ſine patritiis & ſenatoribus, ceteri cives ſignificantur. Sed & plebiſcita Lege Hortenſia lata, non minus valere, quam leges ceperunt.

COMMENTARIUS.

Quo ſpecies à genere.] Non ſatis bene: & imo differt quo pars à toto. Genus quidem etiam totum eſt, ſed non propterea omne totum genus eſt.

Nam appellatione populi &c.] Iſta & quæ ſequuntur, non carent ſcrupulo: dum plebem patritiis & ſenatoribus opponit. Nam ſive plebem intelligas de gentibus plebeiis, ex his multi fuerunt in ſenatu: ſive de origine, in hoc multi etiam fuerunt patritii. Expediri nec aliter id poteſt, quam ſi dicas hæc ita proponi ad rationem veterum temporum, quibus honores & dignitates etiamnum penes patritios ſolos erant. Ita enim recte plebs à patritiis & ſenatoribus, & ab his patritii ſeparantur: quoniam ex patritiis fiebant ſenatores, nō autem omnes patritii ſenatores erant. Et facit, quod etiam his temporibus procedebat iſta diſtinctio legis & plebiſciti, nam non ita multo poſt eam vim plebiſcita acceperunt, de qua in verſ. ſeq.

Sed & plebiſcita.] Diximus ad § *præced.* hanc fuiſſe rationem, cur quæ plebs ſola ſciſſet, rogante tribuno plebis, non habita pro legibus fuerint, nec ita appellata: quoniam nō tenebant omnes cives. Itaque poſtquam acceperūt hanc vim, ut omnes obligent cives etiam patritios, & ita nō minus quam leges valere ceperunt ut in *fin. huius* §. dicitur, id eſt non minus quam illæ ſanctiones, quas populus univerſus conſtituebat, etiam nomen ipſis legum merito tribuitur: & ita quoque plebiſcita poſtea appellata fuerunt.

Lege Hortenſia.] Recte hujus legis meminit Iuſtin. quæ fuit poſterior: nam primo quidem & antea id cautū quoq; fuerat lege Horatia, atteſtante *Liv. l. 3.* ſed quia illa lex procul dubio factione & potentia patritiorum non obſervabatur, ab Hortenſio dictatore, qui populum ex iterata ſeceſſione revocaverat, repetita fuit, velut ex *Gellio lib. 15. cap. 27. ex epitomatore Livii lib. 11. & ex Plin. lib. 16. cap. 10.* intelligere licet: & ob id non leviter errant, qui in h. §. pro *Hortenſia* ſubſtituunt, *Horatia.*

TEXTVS.

§. Senatus conſultum eſt, quod Senatus jubet atque conſtituit. Nam cum auctus eſſet populus Romanus in eum modum, ut difficile eſſet, in unum eum convocari legis ſanciendæ cauſa, æquum viſum eſt, Senatũ vice populi conſuli.

COMMENTARIUS.

1 *Ius LL. ferendi ſolius populi.*
2 *Error Pomponii & Triboniani.*
3 *Senatus conſul. vis annua.*
4 *Sententia l. 9. de legib.*
5 *Obſervatio ad §. conſtat h.t.*

SEnatus conſilium publicum fuit Romæ, quod de iis quæ ad adminiſtrationem Reip pertinebant cognoſcebat & decernebat: ſed fere quæ majoris momenti erant, rata non erant; niſi a populo
1 approbata † eſſent. Vnde infinitis locis apud Livium legimus, ex autoritate Senatus ad populũ de bello indicendo, pace ſancienda, &c. latum fuiſſe: ſicut & alia quæ Senatus pro lege obſervanda cenſebat, ad populum lata fuiſſe. Poteſtatem legis ferendæ Senatus habuit numquam, ſed ius iſtud ſub libera Repub populi ſemper fuit: quin & ſub Regibus ut maxime penes hos ſumma poteſtas eſſet, tamen ordinaria ratione ex voluntate Regũ & inprimis Romuli, leges ad populum latas, & ab hoc ſanctas, locuples teſtis eſt *Dionyſ. Halicar* apud quẽ *lib. 6.* Conſul in Senatu ita loquitur. Scitis nobis legem eſſe ab Vrbe cõdita, quæ omnia in Senatus poteſtate ponit, præter magiſtratuum creationem, legum lationem, & belli inferendi deponendiq; arbitrium: horum trium poteſtatem eſſe penes populi ſuffragia &c. Et multo magis ſub libera repub. eam poteſtatem populus ſibi vindicavit, & conſervavit perpetuo, & ea extremis etiam temporibus paulo ante oppreſſam & everſam Rempub. quin imo everſioni illi leges a turbulentis & ſeditioſis Tribunis paucorũ libidini & ambitioni addictis, promulgatas, cauſam dediſſe hiſtoriæ illorũ temporum oſtendunt, apud Dionem, Plutarchum, in Sulla, Mario, Cæſare, Gracchis, & alios autores. Et
2 proinde penitus falſum eſt, (ut libere loquar) quod ſub nomine † Pomponii refertur in *l. 2. §. deinde ff. de orig. iur.* & ex eo loco in hunc noſtrum §. transſcriptum eſt, de cauſa SCtorum. Equidem non ita accipiam hoc, quaſi inde efficeretur initio & ante auctum ita populum, nulla fuiſſe SCta. (nimis enim ſtolidus & ſtupidus hic eſſet error) ſed ita accipio, quod tum demum fuerint SCta propria Senatus autoritate facta de iis rebus, quæ alias ad populum ferri, & de quibus populus ſancire legem ſolebat. Dico autem & hoc omnino eſſe falſum, &, ut jam dixi, hoc ius & hunc morem perpetuo manſiſſe, ut ad populũ LL. ſanciendæ ferrentur, à populo in Senatũ translatum fuiſſe numquam, & falſius hoc fit ex interpretatione Theoph qui ait placuiſſe τὰ δόγματα τὰ μόνα Senatum ſolũ νομοθετεῖν. Illud autem admitto, etiam initio & ſemper Senatum aliquam poteſtatẽ juris alicuius quaſi ſtatuẽdi uſurpaſſe. Verum primo, quidquid ita ſtatuiſſent, optimo jure ratum eſſe non poterat, niſi populi approbatio acceſſiſſet quamvis Senatus quẽdam ad ſe trahere ſolebat, quæ ad populum ſecundũ LL. & mores ferenda erant. Ita ſcribit *Aſcon. in Cornel. p.* cum nemo LL. ſolui poſſet, niſi lege ad populũ lata, Senatum tamen hoc uſurpaſſe, ut ipſe LL. ſolveret. Secundo quia conſulibus referentibus quæ decerne-
3 bantur, non perpetuum ſed tantum † annuũ robur ea SCta & decreta habebant, ut notat *Bodin. 1. de republ. 10.* & diſerte ſcribit *Halicarn. lib. 9.* vel quia cõſultum, qui erant capita Senatus, tantũ annuũ imperiũ erat: vel quia forte hoc acceptum à Græcis. Ita enim de Athenienſibus ſcribit Demoſth. contra Ariſtocratẽ. ἐνίοις δ' ἐν τοῖς νόμοις ἐνιαυτὸν τῆς βουλῆς οὔσης, ψηφίσασθαι. Lex decreta Senatus annua eſſe jubet. Hinc apud eundem *Halicarn. l. 11. inf.* cavetur, ut περὶ τῶν ὁμήρων fiat quotannis, quoniam cum anno prioris vires expirabant, prorſus, ſi omnimodo rata ea decreta eſſe debebant, ad populum ferenda erant: & in plerisque ita obſervabatur, ut Senatus autor fieret, plebs ſciſceret, in quam rem infinita exempla apud Livium: & hinc apud *Dionyſ. Halic. lib. 8. & 10.* γράφειν τὰ περὶ τῶν ὁμήρων ἐν ἐπιστολαῖς καὶ τὸν δῆμον, ſcripto decreto ſive Senatus conſulto, cũ illud plebs firmaſſet: & ea ipſa de cauſa autor ille τὸ περὶ τῶν ὁμήρων
4 appellat. Queras quis, quæ nã igitur ſit ſententia † *l. 9. d. LL.* ubi ait ICtus, nõ ambigi, quin Senatus ius facere poſſit. An dicemus, hoc ſaltẽ modo poſſe, quo jam explicavimus? At enim SCtorum quorum jure mentio, non annua ſed perpetua fuit autoritas. Enim vero Auguſtus, ſicut provincias quasdam, ita alia quoq; etiamnum permiſit & reliquit populo, & ius quoque ſuffragii non omnino abſtulit, ut notabimus *inf. ad §. ſine ſcripto h.t.* Tiberius id totum populo cuius potentiã minutã ibat, abſtulit, & ius Senatus, à quo nullum metuebat periculum, auxit.

Tacit.

Tacit. 1. annal. Tum primum è campo comitia ad patres translata ſunt: nam ad eam diem, & ſi potiſſima arbitrio principis, quædam tamen ſtudiis tribuum fiebant. Exinde factum ut Senatus jura & leges conderet: & ex eo deceptus ille quicunque tandem eſt autor *d. l. 2. de orig. iur.* ſcripſit, quod veritati hiſtoricæ repugnat. Et eadem fide & veritate, qua ſcribit in §. noviſſime 11. *eod. tit.* quia Senatus non probe provincias omnes gerere poterat, & neceſſum erat Reipub. perunum conſuli, principē conſtitutum fuiſſe: qua ratione falſius nihil eſt: cum conſtet Remp. à Cæſare & mox Triumviris, & ex his Auguſto injuſtis armis invitiſſimo Senatu oppreſſam & ſtatum priorem in Monarchicum mutatum fuiſſe. Sed ut ad SCta redeamus: apparet ex

5 eo, quod† proxime de Tiberio diximus, non omnium ex ſpecierum juris quæ hic recenſentur, eandem eſſe poteſtatem & conditionem: nam quæ olim populus vel plebs, & poſt principes ſanxerūt & conſtituerunt, jure & propriis viribus, quia penes eos ſumma Reip. fuit, obtinuerunt: ſecus fuit in reſponſis prudentum, & Edictis magiſtratuum, ut mox dicemus: ſecus & in SCtis, nec Senatus ſua propria, ſed magis precaria & conceſſa à principib. autoritate jus fecit: hoc quoq; argumēto, quod, ut plurima juris noſtri loca oſtendunt, fere præcedebant orationes principum in Senatu, ſequebantur SCta: & boni nimirum principes modeſtiæ cauſa, quæ ſtatui volebant, ad Senatū referre ſolebant. Videntur autē compoſitores juris non ſatis conſulto caput illud de Senatu jus facienti, in Digeſta retuliſſe: quandoquidem Imperio in Orientem translato, & 200. poſt Cōſtantinū annis ſub Juſtiniano, mutata penitus Reip. forma, Senatus ea poteſtas amplius non fuit, quippe Senatu abſente ab Urbe Regia in qua morabatur princeps, penes quem eſt ſolum poteſtas condendi legem (loquimur autem de lege generali, non de locali ſtatuto) idque ſatis perſpicue definit. *l. ult. §. 1. C. d. LL.*

TEXTVS.

9. Sed & quod principi placuit, legis habet vigorem; cum lege Regia, quæ de eius Imperio lata eſt, populus ei & in eum omne Imperium & poteſtatem ſuam concedat. Quodcunque ergo Imp. per Epiſtolam conſtituit, vel cognoſcens decrevit, vel Edicto præcepit, legem eſſe conſtat. Hæ ſunt, quæ conſtitutiones appellantur. Plane ex his quædam ſunt perſonales, quæ nec ad exemplum trahuntur, quoniam nō hoc princeps vult: nam quod alicui ob meritū indulſit, vel ſi quam pœnam irrogavit, vel ſi cui ſine exemplo ſubvenit, perſonam non tranſgreditur. Aliæ autem cum generales ſint, omnes proculdubio tenent.

COMMENTARIVS.

1 *De lege regia.*
2 *An populus principi poteſtatem dederit, cumulative.*
3 *Conſtitutionum ſpecies.*
4 *Impp. ius olim ipſi dixerunt.*
5 *Cur decretum principis faciat ius generale.*
6 *Quid de interlocutoria ſententia.*
7 *An populo ſit ius privandi principem.*
8 *Privilegia & conſtitutiones perſonales.*
9 *An ob merita debeat minui pœna.*
10 *An princeps poſſit gratiam facere pœna.*
11 *Privilegia cauſa.*

POſtquam Reſp. Romana abiit in Monarchiā, dubium non eſt, quin quæ ſancit princeps, vere ſint leges, quomodo & hoc §. dicitur *Legem eſſe conſtat.* utcunque in ſpecie dicantur conſtitutiones, & in hac diſtinctione ſe parentur à lege, non in genere ſumta, ſed qualis erat ſub Repub. libera.

Quod principi placuit.] Ridiculi ſunt, qui hic adducunt & quaſi objiciunt, ſcelera principum, ſtupra, adulteria, inceſtus, homicidia, quæ illis ex animi libidine facere & admittere libuit. Nimirum ipſa ſubiecta materia oſtendit, de cuiuſmodi placito hic agatur, & tractatur de legum cauſa efficiente, & penes quos leges ferendi fuerit & ſit poteſtas: neq; aliud ſignificatur, quam quod poſt introductū ſtatum Monarchicum, poteſtas legis condendæ tranſierit in principem.

Legis habet vigorem.] Et imo revera lex eſt & propriiſſime. Edicta prætorum habebant vigorem legis, nec tamen veræ erant leges, ut poſt dicemus.

Cum lege regia.] Ut quidam commentum eſſe

1 putarent hanc† legem. eo præcipue moti videtur, quod nō conſenſu populi, ſed armis libertatem Cæſar & Auguſtus oppreſſerunt, & cum armis & præſidio militum potentiam ſuā tueientur & porro tenerent, nullam eiuſmodi legem deſideraſſe, nec ea opus habuiſſe, videntur. Sed falluntur? Et nimirum Auguſtus præ ſe tulit initio, ſe, cum ōnia bellis civilibus turbata & feſſa eſſent, ut *initio 1. annal. Tacit.* loquitur, conſtituendæ Reip cauſa ſuſcepiſſe imperium, quod rurſus depoſiturus & libertatem Rempublicamq; populo & ſenatui redditurus eſſet: itaque in ſingula decennia imperium ſibi à

Senatu decerni & prorogari fecit, vt paſſim ex Suet. & præſertim *Dion. libr.* 53. in eius vita legere eſt. Qui itaque licet neceſſe non haberet, ſive modeſtia ſive ſimulatione imperium ſibi à Senatu quaſi decerni & confirmari voluit, (quomodo & Tiberius videri voluit, quaſi invitus ex autoritate ſenatus ſuſcepiſſe Imperium, ut refert *Tacit. d. lib.* 1.) quidni etiam ille, vt imperium, quod vi & armis invaſerat, iure tenere videretur, potuerit hoc agere; ut lege ad populum lata, per populum imperium ſibi confirmaretur, & quaſi de novo deferretur ut exinde volentibus imperare intelligeretur. Itaque probabile eſt eo tempore factum & ſubmiſſum qui hoc ad populum ferret, cum ut prolixe refert. *Dio libr.* 53. conſulatione, cum Mecænate & Agrippa de imperio retinendo aut deponendo inſtituta, in Agrippæ ſententiam, qui retinendam cenſebat, deſcendit: & tamen oratione prolixa in ſenatu habita, quam libr. 53. refert Dio, imperium ſe ſenatui & populo reddere velle ſimulavit: vt ſenatu quoque volente imperare videretur. Et talem revera legem aliquam fuiſſe, confirmatur ex *Dione d. lib.* 53. vbi hoc principibus tributum ſentit, vt legibus eſſent ſoluti, ὡς (hæc ſunt verba Dio.) ἐστὶ τὰ λατῖνα μάλιστα λέγω, *ut ipſa latina verba dicunt*, quod non niſi de verbis alicuius legis accipi poteſt: & poſt eam legem ſecutum SCtum in eandem ſententiam ibidem idem Autor ſcribit. Sunt qui putent eam legem latam demum ſub Veſpaſiano: ſed ſub Auguſto potius id factum iam dicta ſuadent: Alii ſub Veſpaſiano renovatum putant, quod non videtur diſplicere *A. Aug. de LL. pop. Rom. ſub lit. R.* forte an quoniam extincta ſtirpe Auguſti, poſt Galbam, Vitellium & Othonem qui anno imperium laceraverant, Veſpaſianus non valde illuſtri loco ortus ad imperium pervenerat. Plane non ſatis tamen id firmatur ex SCto aut eius fragmento, quod referunt *Anto. Vacca. ad tit. D. de conſtit. princ. & Onufr. comm. in libro* 2. *Faſtor.* nam ſingulis novis principibus ſuſcepto imperio, à ſenatu Tribunitiam poteſtatem, Pontificatum Maximum, & alia ſummi honoris & ſummæ poteſtatis inſignia decerni ſolita, vel ex ſolius Taciti annalibus & hiſtoriis conſtat, at ſemper repetitam quoque fuiſſe legem Regiam & deſuper latum ad populum procul dubio falſum eſt, quamvis id velle videatur *A. Vacc. d. loc.* Alio ſenſu lex regia dicitur, lata olim à Regibus *l.* 2. *de mort. inf.* quæ male confundit Weſemb. & legem Regiam. de qua h. §. agitur initio Urbis conditæ latam falſo ſcribit: quamvis verum ſit referente Dionyſ. Halicar. initio Romulo conſenſu civium Imperium fuiſſe ſive delatum ſive probatum. Hæc pro noſtro inſtituto hac de re ſatis. An princeps legib. ſolutus ſit dicemus *inf. ad* §. *ult. Quib. mod. teſt infirm.*

Ei & in Eum] Fruſtra ſunt qui hic argutantur, & operoſe, quæ cauſa iſtius repetitionis ſit: Probabile eſt, fuiſſe formulam illam & verba ipſius legis, quib. populus uſus fuerit ad oſtendendam enixam ſuam voluntatem. Itaque minime probandi, qui verba *IN eum* explicant *in ſe*, quod ſcil. populus in ſe quoque eam poteſtatem † principi conceſſerit, ut Weſem. poſt alios (quamvis iſti explicationi faveat Theoph.) utique enim non potuit concedi poteſtas monarchica principi niſi ut in omnes poteſtatem haberet.

Imperium & poteſtatem ſuam.] Miror eorum judicium, qui ita hoc factum contendunt, ut tamen populus poteſtatem veterem retineret, & eam ſaltem cum principe communicaret, & ita ut Doctores noſtri loquuntur, dederit eam poteſtatem principi, non privative, ut eam à ſe abdicaret, ſed cumulative, ut concurrentem cum principe poteſtatem haberet. Oportet eos in craſſa ignorantia Politices verſari; cuius certiſſima principia non patiuntur, ut populus & princeps iura maieſtatis habeant: Temperari quidem poſſunt iura, ut ita miſta fiat Reſpub. ſed ſcilicet, diverſa iura; eadem autem maieſtatis iura ut communicentur hoc modo, fieri prorſus non poteſt. Et tanto abſurdior hæc eſt ſententia, quod conſtat ſtatim ſub principibus Romanis, non mixtam, ſed puram reapſe Monarchiam fuiſſe, & ſi quod videtur aut apparet temperamentum, id fuit ex conniventia & indulgentia principum: quo modo paulo ante retulimus, Auguſtum ius aliquod ſuffragiorum populo reliquiſſe, quod tamen non ita multo poſt ademit populo ſucceſſor Auguſti Tiberius. Senatus quoque poteſtas tota pependit à principe, & precaria magis & imaginaria pene fuit, ut vel unus Tacitus docere poteſt. Manebant, inquit, adhuc veſtigia morientis libertatis. Ex quo facile removeo, quod obicitur ex *l.* 1. *Ad L. Iul. maieſt.* adverſus populum Pomanum committi crimen læſæ maieſtatis. Scilicet illa aut metaphora eſt, populi pro capite populi, quem repræſentat princeps: vel eſt ibidem veſtigium fugientis antiquitatis, & morientis veteris maieſtatis. Nulla certior probatio eſt, quam quæ ab evidentia ipſius rei ſumitur; & conſtat teſtimonio omnium illius ſeculi Hiſtoricorū, apud principē omne ius

maieſta-

maieſtatis, nullum amplius, tempore quidem ICtorum noſtrorum, & ante quoque apud populum fuiſſe; & veriſſime de populo Romano Iuvenalis:

—— Qui dabat olim
Imperium, faſces, legiones, omnia nunc ſe
Continet, atque duas tantum res anxius optat
Panem & Circenſes.

3 *Quodcunque ergo Imperator.*] Duo ſunt, † in univerſum genera conſtitutionum, de quibus hoc §. agitur. Primum, cum Imperator directe hoc agit, ut Legem condat, quæ ſpecies dicitur Edictum, ubi ſcil. indefinite aliquid ſancitur, quales omnes regulariter Leges eſſe ſolent: ſub quam ſpeciem etiam recte referuntur, quæ Imp. reſpondet ad relationem & conſulationem magiſtratuum ſuper iure dubio; ut adeo labatur Theophilus, qui Epiſtolam ad hanc ſpeciem iuris reſtringit; quamvis non negaſſem generaliori nomine Epiſtolæ hoc quoque contineri poſſe. Alterum, cum Imp. directe hoc non agit, ut Legem condat, ſed eius tamen diſpoſitio propter dignitatem principis vim Legis habet; Huius generis duæ ſunt ſpecies, Epiſtola & decretum. Illa cum reſpondet conſultantibus, cuiuſmodi ſunt plæreque LL. in Codice. Hoc, cum cognoſcens cauſas, pronunti-
4 at, quod veteres Impp. frequenter † feciſſe, ut in cauſis privatorum ius dicerent, non dubium eſt. De Iulio Cæſare teſtatur id *Suetonius cap.* 43. de Auguſto *idem cap.* 33. de Claudio *idem Suiton. cap.* 15. de Hadriano & Severo. *Spartianus*, de M. Antonino *Capitolinus*, *in vita*
5 *Veri.* Epiſtola talis, & tale decretum † principis, utcunque reſpondeant & decernant ſuper negocio ſingulari, effectum tamen habent conſtitutionis & Legis generalis, quoniam princeps, qui propter ſupremum Imperii culmen & poteſtatem, nullius gratia aut odio ita ſtatuit, in negotio illo, ſimul idem in aliis ſimilibus cauſis ſancire velle præſumitur, & quaſi hanc inferioribus magiſtratibus præſcribere formam, ex rationibus quas adducit Iuſtin. *in l. ult. in pr. C. de LL.* Et quia igitur princeps ita vult, obtinet iſta vim Legis generalis: per rationem hoc ipſo §. mox ſubiectam, à contrario *quia princeps hoc non vult.* Et hanc quoque rationem differentiæ hac in re inter principem & alios magiſtratus reddit Theoph. hic, quod princeps utpote omnium dominus præſumatur citra ullum odium, gratiâ aut ſordes ferre ſententiam, quæ ratio in aliis ceſſat, quorum ob id ſententiam præiudicium aliis cauſis facere non decet. Videtur mihi propior hæc ratio, quod princeps ſupremus omnium magiſtratus eſt, cuius adeo iudicium merito ceteri ſequuntur. Atquin alii magiſtratus invicem in ſe non habent imperium, & omne ſuum ius à principe habent; itaque ſententia ab uno lata alteri præſcribere non poteſt. De ſententiis tamen principis & decretis, ſcrupulum movet *l. 2. & 3. C. de LL.* ubi Impp. definiunt, quænam conſtitutiones habendæ ſint pro LL. generalibus, & earum numero diſerte excludunt ſententias, quas in cauſis ſingularibus protulerint, quas nolunt in aliis cauſis facere præiudicium; cui ſententiæ contradicit hic §. 14. *l. 1. §. de conſtit. princ.* & aperte *l. vlt. C. de LL.* neque poſſunt dd. *l. 2. 3. & l.* reſtringit ad interlocutorias & ſententias, quia generaliter loquuntur de ſententiis, quæ in dubio intelliguntur definitivæ; & ut maxime poſſent, idem robur, ut faciant ius inter omnes
6 † etiam ſententiis interlocutoriis tribuit *Vlp. in d.l.* 1. §. 1. ibi, *vel de plano interlocutus eſt.* & inepta diſtinctio eſt *gl. Br. & Cyn. in d.l. 2. & ult.* inter ſententiam interlocutoriam quæ in corpore iuris clauſa eſt vel non; nam de illa ſtulta eſſet ratio dubitandi; & *Impp. in d.l. 2. & 3. C. de LL. & ICtus in l. 1. §. 1. de conſt. prin.* de nullo corpore iuris cogitarunt, aut cogitare potuerunt. Ant. Vacca vir eruditus *in d.l.* 1. tribuit hoc modeſtiæ & moderationi Theodoſii Impp. quod noluerit quasvis ſententias ſuas haberi pro LL. generalibus, quod probabiliter dicitur, ſed ita ſocordiæ & ſtoliditatis arguuntur compoſitores, qui textus contraxere in Inſtit. Dig. & Codice, quin in Codice ſub eod. tit. retulerint. Dixerim (aliud enim profecto quod dicatur, eſſe non videtur,) intereſſe an ipſe Imperator cauſa ad ſe revocata ſtatuerit, an conſiſtorium principis; Licet enim hoc vice ſacra & principis iudicet, & quaſi ipſe princeps ita iudicare videatur; attamen revera princeps ipſe non iudicat, & rationis eſt, plus ipſi principi, quam conſiſtorio eius tribui; & ad hunc caſum refero *d.l. 2.* (quæ non obſcure etiam de hoc loquitur) *& 3. C.d.* LL. Weſemb. in parat. ſubtiliter reſtringit dd. ll. C.d. LL. ad caſum, quo princeps non fuit eo animo, ut tanquam Legem generalem valere vellet.

Hæ ſunt quæ conſtitutiones.] Ita ſcilicet in ſpecie dicuntur; Revera enim & haud dubie ſunt Leges, ita quidem ut & ſolæ ſint LL. & nemo alius in ſtatu monarchico Legem condere poſſit. *d.l. ult. C. de LL.* Et ſupra diximus Senatum tantum ex indulgentia

principis juris faciendi poteſtatem habuiſſe. Et inepte *à gl. & Br.* obiicitur, quod de lege à populo lata h. t. ſuptraditur: Id enim haud dubie ad ſtatum Rom. Reip. democraticum ſive mixte Ariſtocraticum pertinet, & ſupra exploſimus eorum ſententiam, qui cumulative à populo poteſtatem Imp conceſſam nugantur. Et uti-
7 le eſt, quod populum † ſibi reſervaſſe poteſtatem privando Br. ſcribit. eo quod olim populus exegerit Reges. Non diſputabo jam an populus id ſuo jure fecerit, nec hoc allegabo, quod populus ſub Regibus quoque non exiguam poteſtatem habuerit. Sed nimirum ita eſt, ut nulla Reſpub eundem perpetuo retineat ſtatum, ſed habeat ſuas periodos & mutationes: Et ſicut Cæſar & Auguſtus nullo jure, ſed armis & de facto ut loquuntur, oppreſſit Rempub. & democraticum ſtatum mutavit in Monarchicum; ita quoque ſtatus Monarchicus exactis regibus fuit mutatus in Ariſtocraticum ſive popularem; & facta eiuſmodi populorum habent colorem, ſi principes poteſtate abutantur, & Regium imperium commutent in tyrannidem, quemadmodum feciſſe conſtat Tarquinium ſuperbum; cuius exactioni tum alia improba facta, tum ſtuprum à filio Lucretiæ illatum præbuit cauſam; nam & principes non mancipio imperia aut ſubditos tenent, ſicut tenentur fundi & ædes; & habet poteſtas regia limites ſuos, quos qui excedit, forte non injuria exui ea poteſt. Nec ullum regnum eo modo hæreditarium, quo fundi aut alia patrimonialia bona: ſed reges ſunt conſtituti populorum cauſa, quorum ſumma ratione ſemper jus aliquod eſt in Repub. Sed iſta Ilmatius exſequi non eſt huius loci. Dicere iſta tamen viſum fuit, ut principia recte intelligantur, & ineptiæ veterum detegantur.

Plane ex his quadam ſunt perſonales.] Leges indefinite ſcribi debent, & cum omnibus eadem voce loqui, ſine relatione ad certas perſonas. Itaque hoc ante omnia cautum fuit LL. 12. Tab. *Privilegia ne irrogato.* ſcil. in ſingulas perſonas Leges
8 ferri vetuit. Privilegia † enim ſunt, vel quia privant Legem generalem: vel quia ſunt privatæ LL. in ſingulas perſonas; quales ut ferantur, æquabilitati in Republ. neceſſariæ, non convenit. Vetant, inquit *Cic. pro domo ſua*, ſacratæ LL. vetant 12. Tabb. Leges privatis hominibus irrogari; id enim eſt privilegium. Nihil eſt crudelius, nihil pernitioſus, nihil quod hæc civitas minus ferre poſſit. Acceperunt Decemuiri hoc quoque à Græcis. Hanc enim Legem Athenienſium refert *Demoſthenes in oratione contra Ariſtocratem edit. VVolfii pag.* 441. μηδὲ νόμον ἕνα' ἀνδρὶ ἰδίαν θεῖναι, ἐὰν μὴ τὸν αὐτὸν ἐφ' ἅπασι τοῖς ἀνθρώποις. Non licere legem ferre in unum virum, niſi idem feratur in omnes Athenienſes; & eandem Legem refert in *orat. adverſus Timocratem pag.* 469. Nec objiciat quis huic cauſas criminales & maxime capitales; quas Romæ populi injuſſu judicare nemini licebat, ut proinde videantur in ſingulos caſus qui accidiſſent, ſingulæ quaſi Leges, & ita conſequenter in ſingulos Reos latæ. Equidem hac de re ſuo loco agemus *infra lib.* 4. Pluribus, hoc interim dicimus, haud dubie etiam olim fuiſſe pœnas indefinite irrogatas delictis, ſed incidentibus negotiis aut populus ipſe cognoſcebat die dicta, aut aliis cauſam cognoſcendam demandabat, quomodo minime Lex in ſingulos cives ferebatur, ſed eius hæc cauſa erat, quod populus libertati ſuæ conſulens nulli in univerſum ſtatuendi de capite civis Rom. poteſtatem concedere volebat. Poſt quæſtiones perpetuæ, prætoribus creatis, qui iis præeſſent, conſtitutæ, ne ſemper novis delegationibus opus eſſet ut refertur *in l. 2. §. capta* 32. *de O. I.* de quo agemus *infr. lib. 4. tit. ult* quamquam aliquando, ſed non jure, de ſingulis reis Leges rogarentur, quod queritur factum & improbat *Tacitus 3. ann.* Jamque (ait) non modo in commune, ſed in ſingulos homines latæ quæſtiones; qua de cauſa Legem à Pompeio ſuper Milonis crimine in ſpecie latam, (*ut refert Aſcon. comm. in orat. pro Milone*) improbavit Cælius Tribunus, dicens, privilegium in Milonem ferri. Isque locus præter ſuperiora oſtendit, non tantum privilegium dictum, quod favori alicujus & pro eo latum eſſet, ſed etiam quod contra aliquem, & in pœnam; oſtendit & hic §. illis verbis, *vel ſi quam pœnam irrogavit.* Oſtendit etiam *oratio Cicer. pro domo ſua*; Ubi invehitur in Clodium, quod in ſe non Legem, ſed neſarium privilegium tulerit. Ita enim tulerat Clodius, ut mox idem Cic. ſcribit, velitis, jubeatis, ut M. Tullio Ciceroni aqua & igni interdictum ſit; quamvis Clodius, ut Legi fraudem faceret, non ita expreſſe tuliſſet & palam, ſed indefinite, ut qui civem indamnatum necaſſet, ei aqua & igni interdictum eſſet, ut colligitur ex his Cic. verbis d. loco Ita enim, inquit fecit, quamvis non ita tulerit; quia iſta L. haud dubie petebatur & deſignabatur Cicero, qui in cives coniurationis Catilinariæ reos, conſul ex SCto injuſſu populi animadverterat. Hoc autem

erat

erat iuris ordinarii, ut ne privilegia irrogarentur. Potuit enim populus, ex cauſa ſpeciali ſupremæ poteſtatis iure privilegium ferre; quomodo non raro contra LL. generales, quæ verbi cauſa magiſtratus ante certum tempus capere, aut intra certum tempus iterare vetabant, Leges ferri, & præſtantes virtute cives Legibus ſolvi ſolebant. Id ſub libera Repub. rogationibus ad populum latis fiebat; poſt ſub principibus ſimplici conceſſione, quoniam principis ſanctiones Leges erant. Et hoc non raro factum & iure quoque fieri potuiſſe diſcimus ex *Cicer. 3. de legib. in extremo*; ſed fieri id debuiſſe comitiis centuriatis. Digna res eſt quæ Ciceronis verbis, nimirum & ipſa Lex & exceptio proponatur. In privatos homines Leges, ferri noluerunt, id eſt enim privilegium, quo quid eſt injuſtius? cum Legis hæc vis ſit, ſcitum in omnes ferri de ſingulis, niſi centuriatis comitiis noluerunt: deſcriptus enim populus cenſu, ordinibus; ætatibus, plus adhibet ad ſuffragium auxilii, quam fuſe in tribus convocatus.

Quoniam non hoc princeps vult.] Bona ratio, quoniam prædixerat, ea quæ princeps per Epiſtolam, vel per ſententiam in negotiis ſingularibus, reſponderat, vel decreverat, in aliis quoque cauſis obtinere, & pro Lege generali eſſe, quia ſcilicet hæc principis ſententia eſt, ut hoc in aliis quoque cauſis obſervetur, quoniam non iſtud ita ſancit, tanquam pro Titio aut Sempronio, inter quos negotium vertitur, ſed quoniam in univerſum ita injuſtum eſſe cenſet. Hinc nimirum perſonales conſtitutiones & privilegia principis non trahuntur in exemplum, quoniam hoc princeps non vult, ſed ſolius Titii aut Sempronii cauſa ita diſponit.

Quod alicui ob meritum indulſit.] Ejus ſcilicet favore & pro eo. An id jure fiat alterius † quæſtionis eſt; Equidem apud Perſas ita obſervatum reperio ut in cognitionibus criminalibus, non tantum delicta objecta, ſed etiam antecedentia merita Rei in conſiderationem venirent, & ob hæc, pœna mitigaretur aut omnino remitteretur. Ita *Herodotus lib. 7.* refert, Darium pronuntiaſſe, Sandocem ob ſcelera meruiſſe pœnam capitalem, eum tamen ob alia merita liberaſſe. Ita apud *Diodor. Siculum lib. 15.* judex ab Artaxerxe Tiribazo accuſato datus, ſententiæ abſolutoriæ hanc rationem reddit, quod licet criminationes objectæ verè eſſent tamen majora ejus merita perſpexiſſet. Solon olim dixit contineri Reſpub. præmiis & pœnis; ut delictis pœnæ, ita benefactis præmia debentur. Sed iſta non recta eſt ratio referendi gratiam ut impunitas ſcelerum detur; quod præſertim ita multi fiducia aliquorum meritorum ſpe impunitatis ad delinquendum invitari poſſent. Alia ratio indulgendi & pœnam remittendi, huic adfinis eſt, quod Reus in futurum Reipub. utilis eſſe poteſt, de quo tractant *Dd. in l. ad beſtias. de pœn.* Plane tamen quod hic de indulgentia ob merita dicitur, generalius eſt, nec tantum ad pœnarum remiſſiones, ſed ad alia quoque pertinet, veluti ſi princeps alicui ob merita immunitatem atributis conceſſerit: quæ honeſta beneſaciendi & tribuendi ratio eſt. Alia rurſus eſt quæ-

10 ſtio, de jure principis † in remittenda pœna; Poſſe eum quidem jure ſupremæ poteſtatis in Repub. vix dubium eſt; ſed an jure id faciat, & gratiam pœnæ faciendo an non peccet, merito quæritur. Breviter (neque enim eſt huius loci) dicimus, non eſſe ex Repub. id fieri facile, quoniam eſt invidioſum non eadem in ſingulos & univerſos ſtatui; & iſta remiſſio ad delinquendum invitat, & præcipue quis Lex divina irrogavit pœnas ſceleribus, gravioribus, ſi remittat princeps, haud dubie contra officium facit; de quo vid. aliquid apud *Bodin. lib. 1. de Repub. cap. 10.* Hæc remiſſio pœnæ notatur iſtis verbis §. noſtri, *ſi cui ſine exemplo ſubvenit*, ſcil. licet nulla quoque eius merita præceſſerint.

Vel ſi quam pœnam irrogavit.] Scil. graviorem delicto, & graviorem quam Lege ordinaria & generali præſcriptam, nam ut omnino innocens puniatur, barbaries fuerit & intoleranda injuſtitia. Ceterum ſicut præſtat, nocentem abſolvere quam innocentem condemnare *l. 5. de pœnis* (quamvis quod ibi de nocente abſolvendo dicitur, ad cauſas dubias pertineat, quod judex in dubio & incerto reum abſolvere potius quam condemnare debeat) ita humanius & tolerabilius eſt, remittere aut mitigare pœnam, quam irrogare graviorem; hactenus enim & qua gravior pœna eſt, innocens eſt reus. Itaque ab exacerbatione pœnæ, niſi ſorte in exemplum aliquando, princeps abſtinere debet; quod præſertim ab omni ſuſpicione odii, quam alias difficulter effugiet, principem vacare oportet.

Perſonam non tranſgreditur.] Intelligimus hinc, huiuſmodi conſtitutiones eſſe perſonales, utcunque princeps iſtud non expreſſerit, nominatim, ſe velle ut ſint perſonales: quandoquidem v. c. ipſa cōditio remiſſionis, aut irrogationis iſtam reſtrictionem ſuadet & expoſcit. Illud ex ipſis verbis appareret, agi hic de privilegio perſonæ, non cauſæ cujus

eſt mer-

eſt mentio in *l. privilegium 196. d. R. I.* utriusque tamen proportionaliter eſt eadem ratio, hoc cauſam, illud perſonam comitatur. Illud addendum, perſonam hic intelligi illud ipſum individuum cui conceſſum eſt, non etiam alium, qui eam perſonam repræſentat, quomodo obligationes dicuntur perſonales, quæ deſcendunt in hæredem qui repræſentat defunctum. Privilegia autem nec in hæredem deſcendunt *d. l. 196. d. R. I.* niſi diſerte aliud à concedente cautum ſit: quo referri poteſt, quod privilegium conceſſum mulieri, tranſit in hæredis liberos *l. adſiduis 12. verſ. exceptis C. qui pot. in pign.* quamvis videatur facilior eſſe tranſitus in iis, quæ non uni perſonæ, ſed ordini, aut toti ſpeciei data ſunt. Adde huc exceptionem ex *l. ult. C. de fructibus & lit. exp.* ubi privilegium eſt generale, & cum injuria alterius conjunctum: & prodeſt alteri non per ſe, ſed ex accidenti, quod cum privilegiata perſona negotium habet; accedente ratione æquabilitatis judiciorum. Ex quo etiam reſpondetur ad *l. 1. quod quisque Jur.* tamen non princeps, ſed inferior magiſtratus jus iniquum conceſſit. Et ſolent ejuſmodi privilegia fere ad importunas petitiones quorundam concedi.

TEXTUS.

10. Prætorum quoque edicta non modicam obtinent Juris autoritatem. Hoc etiam Jus honorarium appellare ſolemus, quod qui honores gerunt, id eſt, magiſtratus, autoritatem huic Juri dederunt. Proponebant & ædiles Curules edictum de quibuſdam cauſis, quod & ipſum juris honorarii portio eſt.

COMMENTARIUS.

1. *Prætorum edicta unde habeant iuris vim.*
2. *An ultra annum valuerint.*
3. *Edicta aliorum magiſtratuum.*
4. *Edicta ædilium Curulium.*

MOnuimus ſupra non omnes partes ſive ſpecies Iuris h. t. propoſitas ejuſdem eſſe conditionis. Populus & plebs jure ſuo legem fecit, itidem & princeps. De Senatu ſupra dictum, eum Jus feciſſe non ſua autoritate. Eadem ratio eſt, aut non valde diſſimilis Edictorum prætoris. Legem ferre eſt ex juribus majeſtatis; prætor nil niſi magiſtratus fuit, Iuri dicundo præpoſitus; à quo longe diverſum eſt, jus Leges ferēdi. Eius poteſtas fuit δ κατὰ νόμον non παρὰ νόμον. Et quomodo igitur Edicta prætoris faciunt partem Iuris? Prætores & Romæ, & in provinciis (ut vel ex una oratione Ciceronis in Verrem de Iurisdictione Sicilienſi patet) Edicta proponebant, de quibus rebus & quomodo ius dicturi eſſent. Et exiſtimo initio nihil aliud eos proponere potuiſſe aut ſtatuere, quam quod ad modum ſaltem & formam iuris dicendi pertineret. Poſtea progreſſu temporis hoc uſurpaſſe, ut (forte exemplo ICtorum, de quibus ſeq. §.) edicendo ſimul ius conſtituerent. Id poteſtate Legislatoria factum non eſſe, tum prædicta oſtendunt, tum quod nihil contra ius receptum & leges ſtatuere poterant, nec Leges conſtitutas abrogare *l. 8 Sponſus 12. §. ſi res 4. de public. act. l. non eſt 12. §. 1. de bon. poſſ.* Sed tantum poterant aliquid ſtatuere præter Leges? itaq; quod Papin. ſcribit in *l. ius autem 7. de Iuſtit. & Iur.* Prætorio jure corrigi poſſe Ius civile, non de correctione directa & proprie dicta eſt accipiendum, quaſi tollat, aut abroget Ius civile, ſed dum aliquos v. c. excluſos Iure civili admittit, ut emancipatum ad ſucceſſionem patris, ut hoc explicat ipſe Iuſtin. *in pr. inſ de bon. poſſeſſ.* ubi quoque diſerte Legem opponit Edicto prætoris. Plane Lex 12. tabb. emancipatos quidem non vocat, ſed eos tamen vocari & admitti diſerte non prohibet, & adeo perſpicue errat Mynſ. hic, dum prætorum, ait, ſolum ius condere & vetera iura abrogare potuiſſe, quod utrumque falſum eſt, nec minus falſum, quod peregrinum prætorem deſcribit, qui ius dixerit de rebus peregre geſtis, ſed omnino ille erat qui dicebat ius inter peregrinos, quales dicebantur omnes, qui non habebant ius civitatis Romanæ. Nec tamen ius ita quoque à prætoribus jure veræ Legis valebat, propter defectum poteſtatis: ſed effectum Iuris & Legis habebat, dum iure magiſtratus ſecundum edictum ſuū Ius dicebant, actiones v. c. dando vel denegando. Itaque conſequens eſt, ut ceſſante Iurisdictione eorum, ceſſaret quoque autoritas iſtius juris, adeo cum annuum tantum eſſet prætoris Imperium, anno vim illius exſpiraſſe efficitur? Idque non obſcure affirmat Iuſtin. in *princ. infr. de perp. & temp. act.* ubi cur actiones prætoriæ ſint annales, hanc rationem reddit, quoniam & ipſius prætoris intra annum erat Imperium? & *Cic. act. 3 in Verrem* ait, Edictum prætoris eſſe annuam Legem (ita appellat rationes effectus) Cui finem afferunt Calendæ Ianuarii, ſed non pauca ſunt quæ huic ſententiæ adverſantur,

Et

Et 1. quod prætoriæ actiones annales fere durabant & imo regulariter omnes, annum utilem *l. 1. §. annus 39. de vi arm.* & paſſim alibi, qui annus, cum eo eximerentur dices ne faſti, & tempus ignorantiæ, duratione longe ſuperabat annum continuum, quo durabat imperium prætoris. 2. quod ipſe prætor dicto ſuo ſæpe & poſt annum actionem ſe daturum pollicebatur *l. 1 de vi arm. l. 4. vi bon. rapt.* atqui poterat, cum poſt annum eſſet privatus? 3. quod prætor nominatim actionem furti manifeſti fecit perpetuam, ut teſtatur *Iuſt. infr. per l. de perp. & temp. act.* ubi ait prætorem abſurdum putaſſe, anno finiri iſtam actionem; & igitur in eius poteſtate fuit, actionem facere perpetuam: quin & ibidem Juſtin. refert alias actiones prætorias perpetuas; & in genere traditum eſt, actiones prætorias eas demum annales eſſe, quæ ſunt pœnales, aut reſciſſoriæ, reliquas perpetuas *l. in honorariis 35. de oblig. & act.* Denique colligitur non obſcure ex *orat. Cicer. in Verr. de iurisdict. Sicil.* quod etiam poſt officium ſuum ceptum prætor potuerit edictum & actionem proponere, atque ita tantum bimeſtris aut trimeſtris fuiſſet actio. Weſemb. *ad d. infra de perp. act.* ex hac cauſa compoſitores juris arguit oſcitantiæ, quod non diſtinxerint Edictum prætoris quale olim natura ſua fuerit, & qua poſtea à IC. Juliano compoſitum & ab Imp. Hadriano confirmatum robur acceperit legis & Juris civilis. Verum quod non demum ab Hadriano ſit iſte effectus, oſtendunt pleraque quæ iam diximus, & præcipue, quod actiones prætoriæ etiam olim durarint anno utili, quod ipſe prætor Edicto actionem poſt annum propoſuerit, quod actionem furti manifeſti perpetuam fecerit. Quidam poteſtatem & effectum Edictorum prætoriorum altius repetunt, & ante tempora Hadriani, ex lege Cornelia, quam refert *Aſcon. Ped. in Comm. in Cicer. Cornelianam*: qua cavebatur, ut prætores ex Edictis ſuis perpetuis jus dicerent. Sed *Auguſt. de LL. P.* iſtam Legem eo pertinuiſſe ſcribit, ut prætores neceſſum haberent, dicere jus juxta Edicta ſemel propoſita & initio magiſtratus, nec edicta amplius ex libitu mutare tempore ſui magiſtratus poſſint, idque confirmat, quod iam d. loco ſubjicit Pædianus, quod res iſta ſuſtulerit gratiam prætoribus ambitioſis qui varie jus dicere aſſueverant. Quod ſi ita eſt, nihil hic ſupereſt aliud quod dicatur, quã non tam prætorem, quam præturam conſideratam fuiſſe, & tacitum hunc populi aſſenſum & voluntatem, ut ex Edictis prætorum quæ præſertim evidens æquitas commendabat, perpetuo jus diceretur, Idque arguit *oratio Cicer. pro Quinto*, in qua multa de Edicto prætoris, ex quo miſſo decernebatur in bona debitorum; quod eo demum anno propoſitum fuiſſe, & cum anno finem ſumpſiſſe, minime eſt probabile. Poſtea compoſito Edicto perpetuo per Julianum, jus nova quotannis Edicta proponendi prætoribus ademptum fuiſſe videtur. Hoc enim tantum addidit & voluit Hadrianus, ut ex illis conſtanter & citra variationem jus diceretur, non autem ut ex prætorio jure efficeretur Jus civile, quaſi profectum ab Hadriano; quod diſtinctio perpetua in libris noſtris Juris civilis & prætorii efficit & oſtendit. Magnam plane fuiſſe poteſtatem prætoris in Jure dicundo & conſtituendo quoque, inde liquet, quod alibi Liu. ſcribit, ita ejus poteſtatem creviſſe, ut data ſit illi omnis Juris poteſtas, unde *Iuſtinian. in N. 26.* ait eum apud veteres Romanos fuiſſe πατηγορικὴν ἀμφότερα, & *Nov. 24. in prine.* ait permiſſum fuiſſe prætoribus Legum præſcriptionem.

Ceterum hodie poſtquam Edicta prætoris juxta cum reſponſis ICtorum & aliis LL. in unum corpus redacta ſunt, & æqualem autoritatem à Juſtiniano acceperunt, exigua aut nulla prætorii & civilis juris ſupereſt differentia Hæc ad intelligendam juris prætorii naturam paulo latius explicanda fuerunt.

Qui honores gerunt.] Verbum *Honoris* latius patet, ſed hic ſumitur pro magiſtratu, eo ſenſu quo dicimus, ex jure ſuffragiorum & honorum æſtimari jus optimum civis Romani, quod jus ſuffragii ferendi & petendi capeſſendique magiſtratus habet. Ait Juſtinianus in genere, eos qui honores gerunt, autoritatem huic juri dediſſe. Neque dubium eſt, quin etiam, Cenſores, Conſules, Dictatores, &c. edicta propoſuerint, quorum aliqua hic refert Hottom. & ex iis & ſecundum ea Jus dictum fuiſſe non ambigi poſſit; ſed ea fere Edicta temporaria fuerunt, ita exigente ſtatu Reipub. prætoris autem proprie Juris dicundi cauſa creati initio fuerunt. Et ſane Papinianus in *l. autem 7. §. 1. de Iuſtit. & Iur.* ait hoc Jus dictum honorarium ad honorem prætorum & Iuſtiniani propoſito hoc loco non generalis, ſed ſpecialis eſt: Edicta PRÆTORVM non modicam habere Iuris autoritatem, & haud ſcio, an alterius ullius Edicti in Iure noſtro mentio fiat.

Proponebant & Ædiles curules.] Maxime celebre

eſt eorum edictum de rebus venalibus ſub *libr.* 21. *Digeſt. tit.* 1. Et cum actiones propoſuerint ea de re, oportet & de eadem re Iurisdicundi poteſtatem habuiſſe, hactenus ſimiles prætoribus in iſta juriſdictionis parte; adeo & recte jus iſtud pars Iuris honorarii dicitur; quin & prætorii, non quod eſſent prætores, ſed quod hactenus prætorum loco erant; quomodo explicandum eſt, quo dicitur in §. *prætoria* 3. *infr. de actis ſtip.* quod ædilitiæ cautiones veniant & ipſe à Iurisdictione prætoriæ. Dicũtur Ædiles Curules, ad diſtinctionẽ Ædilium plebis, & illorum originem refert *Livius*, *libr. in extremo, & libr. 7. in prine.* Annus hic, inquit, erit inſignis curuli ædilitate. Nimis protritum eſt, curules dictos magiſtratus quibus jus erat curru vehi; Feſtus, Curulis magiſtratus qui curru vehebantur. unde ſella curulis, vel quia currui impoſita, vel quia poſt vehebatur; qua ſedentes jus reddebant. Male Theoph. pro iiſdem accipit, ſellam conſularem & currum, qui etiam nugatur circa rationem nominis & officium ædilium, & quod apud Feſtũ legimus ædiles, dictos, quod facilis eſſet ad eos plebi aditus, non dubito commentitium & à Paulo vel ab alio additum eſſe.

Fuerunt & Ædiles Cereales, quorum meminit *Feneſtella* (ut quidem inſcriptio habet, magis n. creditur non eſſe veri Feneſtellæ) *de magiſtr. cap.* 13. & *Pompon. in l.* 1. § *capta* 32. *de orig. iur.* Sed an aliqua eorum fuerit jurisdictio, incompertum mihi eſt.

TEXTVS.

11. Reſponſa prudentum ſunt ſententiæ & opiniones eorum quibus permiſſum erat de iure reſpondere, nam antiquitus conſtitutum erat, ut eſſent qui iura publicitus interpretarentur, quibus à Cæſare ius reſpondendi datum eſt, qui ICti appellabantur: quorum omnium ſententiæ, & opiniones eam autoritatem tenebant, ut iudici recedere à reſponſo eorum non liceret, ut eſt conſtitutum.

COMMENTARIVS.

1 *Origo huius iuris.*

2 *Ius reſpondendi quando permiſſum.*

3 *Iuris ſtudioſi, periti.*

PErvenimus tandem ad poſtremam & ultimam partem Iuris ſcripti, eo ſenſu, quo ſupra ad *prine.* §. *conſtat*, explicavimus. Origo Iuris huius arceſſenda eſt *ex l.* 2. §. *his Legibus* 5. *de origin. Iur.* ubi Pompon. ait, poſt LL. 12. tabb. latas, quæ ut ad pr. tit præced. notavimus, breves erant & obſcuræ, neceſſariam fuiſſe diſputationem fori, ut videlicet ICti, Leges illas diſputando explicarent, & per interpretationem hoc modo jura conderent, dum reſpondent conſultantibus, nec male Theoph. qui ait, eos jura, feciſſe τῷ νόμῳ κ ἀναγκαίως. Id nec ulla fecerunt Legislatoria autoritate, nec adeo quæ ita diſputaverunt, ex ſe vim Legis habuerunt, ſed quia populus eo jure uſus eſt. Iſtæ diſputationes in quoddam corpus *argum. d.* §. 5. collectæ fuiſſe videntur, & dictæ in ſpecie Ius civile, cum nomen proprium non haberent; ſicut non raro accedit, ut ſpecies aliqua generis nomen retineat, & hoc Ius civile intelligit Cicero & ita appellat 3. *offic.* De jure prædiorum ſancitum eſt, apud nos Iure civili, &c. Ceterum Ius Civile ſignificat omne jus quo civitas & adeo etiam pop. Rom. utitur: in ſpecie autem frequentiſſime opponitur juri prætorio, *ut* §. 1. *Inſt. de obligat. l. Ius autem* 7. *in pr. & §.* 1. *de iuſt. & iur. & paſſim.* Porro cum ſubinde novæ LL. ferrentur, manſit & Iurisperitorum illa autoritas interpretandi. Perluſtremus verba huius §.

Quibus permiſſum erat de iure reſpondere. Id pertinet non ad prima tempora poſt LL. 12. tabb. nec omnino ſub libera Repub. nullibi enim tale quid legitur, aut ſenatus, aut populi permiſſionem deſideratam, aut neceſſariam fuiſſe; & ita Pomp. *in l.* 2. *de orig. Iur. §. ult. verſ. & ut obtuer.* hoc ipſum atteſtatur, ſimul & hoc; Auguſtum primum voluiſſe hoc à ſe peti, ut maior eſſet autoritas. Fortaſſis & ideo quod multi rabulæ impudentia ſua dignitatem ICtorum conſpurcarent peti, ait Pomp. à ſe voluit Auguſtus, ut de jure reſpondere liceret. Huic enim facultati inerat jus interpretandi; quoniam etiam de jure dubio & interpretando reſpondebant; & reſpondendo interpretabantur; quamvis plures partes reſpondendi faciunt ICtorum, ut apparet ex deſcriptione ICti apud *Cicer.* 1. *de orat.* quod ſit vir ad reſpondendum, agendum & cavendum peritus; ubi *Reſpondere* in ſpecie intelligit, reſpondere de jure dubio; ceterum & de ratione agendi & cavendi conſulebantur ICti, & reſpondebant. Itaque quod hic dicitur de permiſſione, & præſuppoſita petitione, ad tempora Auguſti pertinet, & ſequentia, quam tamen petendi neceſſita-

neceſſitatem videtur relaxaſſe Hadrianus teſte eodem *Pomp. d. l. 2. de origin. Iur. in fin.* Humanitate tamen, (ita ego intelligo) propria, non ut in perpetuum neceſſitatem iſtud à principe petendi remitteret.

Antiquitus conſtitutum erat.] Malo *inſtitutum.* Nulla enim de ea re ſanctio lata reperitur, & falſum eſt quod Theoph. ſcribit, à populo aut ſenatu id fuiſſe permiſſum, Sed ita olim quaſi moris & receptum erat, ex neceſſitate quadam, cuius meminit *l 2. §. 5. de orig. iur.* Neque Auguſto hoc tribui poteſt, qui hoc ſaltem introduxit, ut à ſe ius hoc interpretandi & reſpondendi peteretur.

Qui Iuriſconſulti appellabantur.] Proculdubio hi ſunt qui non uno loco vocantur iuris ſtudioſi *in l. de adſeſſoribus. & in l. moris. 6. nonnunquam 4. de pœn.* ubi ſeparantur ab advocatis, tabellionibus & pragmaticis; eoque reſpicit *l. 1. C. de adſeſſorib.* in verbis, *ſtudiorum labor.* Et exiſtimaverit quis ita modeſtiæ cauſa ſe appellaſſe, quomodo Pythagoras primus non σοφὸς, ſed φιλόσοφος dici voluit Sed contrario modo *Cuiac. in Nov. 44* Jurisperiti appellationem putat eſſe indigniorem, quæ etiam tabellionibus & pragmaticis competat; ſed non perſuadet, Iuriſconſultus enim, (quod nomen hic iis tribuitur, & honoratiſſimum eſt) nihil eſt aliud, quam peritus juris. Nec quidquam facit pro Cuiacio *N. 66. cap. 1.* & nimirum cum tabelliones inſtrumenta ſuper contractibus & teſtamentis conficiant, hactenus Legum iſtarum peritiam habere debent, citra quam officio ſuo fungi recte non poſſent, & eam peritiam ſine ſtudio aliquo nunquam conſequentur. Itaque omnino ſi proprietatem verbi ſpectas: plus eſt dici Juris peritum, quam Juris ſtudioſum; nec alium, aut diverſum uſum in iure noſtro deprehendo.

Quorum omnium ſententia, &c.] Perſpicuum eſt, Synonymice accipi hic ſententiam & opinionem; & ineptiunt, qui ſententiam hic explicant, cum JCti aſſertive reſpondebant; Opinionem; cum dubitative; nec enim clientibus conſulentibus poterat ſufficere reſponſio dubitativa, & qui effectus hoc §. reſponſis tribuitur, ut ne judicibus ab iis recedere liceat, non competit dubitativo reſponſo; quamvis iſtius diſtinctionis autor videatur Theophilus, paulo tamen aliter, ſententiam eſſe, hoc licet vel non licet facere; opinionem, puto hoc licere, vel non licere; quod ipſum tamen puto ab huius loci ſententia eſſe alienum.

Intelliguntur autem opiniones & ſententiæ receptæ, (quas plerasque videtur collegiſſe Paulus; cuius adhuc receptarum ſententiarum extant fragmenta) vel inter omnes vel utique à pluribus; ſiquidem varias ſectas & diverſarum opinionum fuiſſe inter JCtos docet *de l. 2. de orig. Iur.* ejusque rei non pauca exſtant in jure noſtro veſtigia. Et huc referunt, qnod Juſtin. hic ait. *Quorum omnium* ut ſcilic. intelligatur collective pro omnibus ſimul, aut utique plerisque, nam ſingulorum ſententiis, quæ præſertim ſæpe pugnantes erant, eam vim tribuere ridiculum ſit & contradictorium. Aut an dicemus Juſtinianum teſpexiſſe ad conſtitutionem Theodoſii, & Valentin. qua nominatim certorum JCtorum jam olim defunctorum libros confirmarunt *l. un. C. Theod. de reſp. prud.* Id quidem volunt *Hottom. & Baro hic*, ſed id iis quæ in hoc §. præcedunt, non ſatis convenit, quippe quæ referuntur ad tempora anteriora, & eſt continua connexio & ſeries hujus §. quamvis videatur firmari ex verbis, quæ ſequuntur hoc § *ut eſt conſtitutum*, neque enim aliqua alia ſuper hac re oſtendi poteſt conſtitutio. Nimis enim inculta eſt explicatio Accurſii, qui *conſtitutum* conjungit cum verbo præced. *reſponſo* (ita enim in ſingulari numero legit Acc.) quaſi non liceat Judicib. recedere à reſponſo quomodo hoc ICti conſtituerunt. Addendum plane eſt, olim non omnino certum ius feciſſe reſponſa prudentum, vel eo argumento, quod in *l. 7. §. ait prætor 7. de pact.* ubi reliquæ ſpecies juris enumerantur, reſponſionum non fit mentio. Et itaque non immerito Hottom: ad id quod hic dicitur, non licuiſſe judicibus recedere à reſponſis, limitat per particulam, *facile* aut *temere*. Certum jus non fuiſſe, & ex hoc apparet ipſo; quod à judicibus conſulebantur ICti, & reſponſa ſua iudicibus mittere ſolebant, ut apparet ex *orat. Cic. pro Cecinna*, & ſcribit *Pomp. in l. 2. §. poſt hunc 47. de origin. iur.* nec dubium eſt, ſæpe utramque partem reſponſa ICtorum pro ſe habuiſſe.

TEXTUS.

12. Sine ſcripto Ius venit, quod uſus approbavit: nam diuturni mores conſenſu utentium comprobati, legem imitantur.

COMMENTARIUS.

1 *Eſſentia conſuetudinis.*
2 *Requiſita eius.*
3 *Conſuetudo an tollat Legem.*

1 IN verbis *conſenſu utentium eſt* vera † eſſentia huius

juris, & ratio diſtinguendi à Lege in ſpecie dicta; nam ut ſupra notavimus ad §. *conſtat, ſcribi*, Legis accidens eſt. Tacitus igitur conſenſus populi utentis facit conſuetudinem. Quæ oppoſitio elegãter in *l. de quibus* 32. *in fide LL.* oſtenditur; nihil intereſſe an ſuffragio voluntatem ſuam populus declaret an rebus & factis, & eodem ſenſu in *l. ſed & ea* 35. *de Legib. civium tacita conventio.* An igitur quæ vis facta civium facient conſuetudinem? Minime vero, ſed talia, quæ arguunt civium quendam eumque conſtantem conſenſum, & conventionem, quæ cum ſine verbis inducatur, plura facta & decurſum aliquem temporis intervenire neceſſe eſt; qua de cauſa in *d. l.* 35. dicitur *plur. annis obſervatum*, & hinc proprium epitheton conſuetudinis eſt, ut dicatur *longa, tt. C. quæ ſit long. conſu. d. l.* 35. *de LL.* diuturna *l.* 33. *eod. tit.* inveterata *l.* 31. §. 2. *eod.* Doctores ad minimum lapſum decennii requirunt, & duos actus, ubi videlicet de probanda cõſuetudine quæritur (qua conſideratione facti eſſe dicitur) quam alter negat. Rectius id arbitrarium dicemus, & ex plurib. actibus intra brevius quoq; tempus conſuetudinem induci poſſe magis eſt, præcipue ſi contradictorio judicio ſecundum conſuetudinem allegatam fuerit judicatum *l. cum. de* 34. *de leg.* Porro cum populi tacito conſenſu inducatur & conſtituatur hoc jus; conſequens eſt in ſtatu ferè populari tantum, huic juri eſſe locum; per *l. d.* 32. ubi oppoſitio ſuffragii, & rerum factorumque ſatis arguit, penes eum eſſe ius inducendi cõſuetudinem, qui expreſſo conſenſu & ſuffragiis legem jubere poteſt, quod ius in ſtatu Monarchico populo non competit. Ex quo porro conſequitur, cum eiusdem ſit ferre & abrogare leges, ut populus qui in ſtatu monarchico Leges principis abrogare non poteſt; iisdem nec conſuetudine contraria derogare poſſit, ut rectiſſime reſcriptum eſt in *l.* 2. *C. quæ ſit longa conſuet.* cum qua nullo negocio componitur *l. de quib.* 32. *in fin. de LL.* ſi referatur ad tempora anteriora, quibus populo, ut ſupra notavimus, adhuc aliquod ius ſuffragii relictum erat, idque evincunt verba præced. quibus diſerte Julianus jus ſuffragii tribuit populo, & inde ad ius inducendi conſuetudinem argumentatur; conſtat autem in ſtatu monarchico ſuffragiis populi legem non ferri; Et ſecundum hoc accipiendum eſt, quod ibi dicitur de Legiſlatore, populo nimirum, qui ius habet per ſuffragia leges ferendi; Cæteroquin vitioſa eſſet collatio Legiſlatoris principis cum ſubditis. Et apparet omnino, quod in *d. l.* 22. *de LL.* traditur ad unam civitatem pertinere, in qua conſenſu omnium quid inducatur aut mutetur, cuiuſmodi conſenſus tacitus omnium ſub univerſo Imperio Romano, quale fuit ſub Autore *d. l.* 12. *C. quæ ſit long. conſu.* nonniſi ridicule fingeretur; ut fruſtra diſputetur de conſuetudine eiuſmodi generali; Dicimus autem quod conſuetudo ſpecialis ſeu particularis in una Civitate, in ſtatu Monarchico non poſſit tollere Legem, nec quo minus in illa ipſa civitate locum habeat; Cæteroquin præter & extra Leges ſicut aliquid civitates introducere poſſunt, quæ Dd. vocant ſtatuta, & latiſſime de iis tractant in *l. omnes* 9. *de iuſt. & iure. & in l.* 1. *C. de ſumm. Trin.* ita hactenus quoque conſuetudinis introducendæ poteſtatem habebat & civitas, & haud dubie ſive expreſſe, ſive tacite abrogandi, quæ ipſa civitas jure ſibi conſtituit; de quæ re pluribus agendi hic locus non eſt, *dd. nat. ad §. pen. tt. f. inſ. h. t.* Hinc patet duplex vis & effectus conſuetudinis, ut & ius inducat novum, ſuper quo nihil ante cautum erat, & abroget prius. Tertius eſt, ut interpretetur Legem dubiam *l. ſi de* 37. *de LL.*

TEXTVS.

13. Et non ineleganter in duas ſpecies jus civile diſtributum eſſe videtur, nam origo eius ab inſtitutis duarum civitatum, Athenarum ſcilicet & Lacedæmoniorum fluxiſſe videtur. In his enim civitatibus ita agi ſolitum erat, ut Lacedæmonii quidem magis ea, quę pro Ll. obſervabant, memoriæ mandarent; Athenienſes vero ea quæ in Ll. ſcripta comprehendiſſent, cuſtodirent.

COMMENTARIVS.

1 *Lapſus Triboniani.*

ET non ineleganter.] Imo perineleganter, & per inſignem luſionem, abuſionem & homonymiam iuris ſcripti & non ſcripti; nam ſi debet hoc recte fieri, quod hoc §. proponitur, oportet, ut ius non ſcriptum Lacedæmoniorum, conferatur cum jure moribus introducto, de quo agitur in §. præced. & vocatur jus non ſcriptum; hoc autem fit omnino inepte & vitioſe; ſiquidem ut ad §. *conſtat.* diximus, Lycurgus ipſas LL. à ſe ſancitas, quæ minime fuerunt moribus introductæ) noluit ſcribi, ſed in memoria conſervari. Tum LL. 12. tabb.

Rom-

Rom. utique jus ſcriptum fuerunt, & ex LL. Athenienſium & Lycurgi non ſcriptis legibus deſumptæ: adeoque LL. Lycurgi non juri conſuetudinario Romanorum, ſed eorum juri ſcripto originem dederunt. Amplius aperte falſum eſt, quod jus conſuetudinarium Romanorum, quod in §. præced. ſine ſcripto eſſe dicitur, fluxerit à majoribus Lacedæmoniorum; & denique non dubium eſt quod Athenienſes quoque moribus & conſuetudinibus majorum fuerint uſi. Et hoc quoque ex parte obſervavit Hottom. hic.

Ex Lacedæmoniorum.] Rectius dixiſſet, *Lacedæmonis*, ut reſponderet verbo, *Athenarum*, quod eſt nomen ipſius verbis. De Legib. quas Romani miſſis triumviris curarunt ex Græcis LL. deſcribi *v. l. 2. §. poſtea 4. de orig. Iur. Livium. l. 3. & Dionyſ. Halicar. l. 10.*

TEXTUS.

14. Sed naturalia quidem jura, quæ apud omnes gentes peræque obſervantur, divina quadam providentia conſtituta, ſemper firma atque immutabilia permanent; ea vero quæ ipſa ſibi quæque civitas conſtituit, ſæpe mutari ſolent vel tacito conſenſu, vel alia poſtea Lege lata.

COMMENTARIUS.

1 *Abuſio & homonymia verborum.*
2 *An ius naturæ immutabile.*
3 *An LL. mutanda.*

HIc §. non obſcure ſe referre videtur ad §. 1. *ſup. h. t.* ubi itidem jus ita dividitur, ut aliud populus quiſq; ſibi conſtituat, aliud naturalis ratio inter omnes homines, quæ diſtinctio h. §. ſatis perſpicue ponitur, tum utrobique de hoc jure dicitur, quod apud omnes gentes peræque cuſtodiatur
1 atque obſervetur. Itaque apparet mutata † ſententia jus naturale hic non dici, quod natura omnia animalia docuit, ſed quod humano generi eſt proprium, quod ſcilicet juxta *d.* §. 1. naturalis ratio inter omnes homines conſtituit. Adparet deinde verum eſſe, quod ſupra monuimus, homonyme & confuſe in *d.* §. 1. *& ſeqq.* ſumi jus gentium, dum huic ſine diſtinctione, contractus, bella & ſervitutes adſcribuntur, quæ ad hoc jus referri non poſſunt, aut ad ea jura, quæ divina providentia eſſe conſtituta hic ait Juſtinianus; ſed eſt omnino hic §. reſtringenda ad jus gentium, quod Doctores appellant ius primævum, utcunque, ſed male aliter ſentiat *Baro*, hic male & Hottom. verba, *divina providentia conſtituta* inepte adjecta cenſet, quia civilia quoque jura ita ſint conſtituta, ſed hoc ambigue dicitur, & imo jura illa demum recte ita conſtituta dicuntur, quæ ratio & imo ipſe Deus quaſi dictat, & mentibus humanis inſervit. Apoſtolo quoque teſte 2. *ad Romanos.*

Et hoc primum eſt hoc loco notandum. Alte-
2 rum eſt de immutabilitate † juris naturalis cõſtanti & perpetua. Attigimus de ea re aliquid ſupra §. *ius autem civile h. t.* Non adducemus hic barbararum gentium impia inſtituta; ſed extra hoc, juris quantumvis naturalis non poteſt ea quæ aliarum rerum naturalium eſſe conſtantia. Et attingit *Ariſtotel. 5. Ethic.* 10. videri quibuſdam nullum eſſe jus naturale, quia non ſit ubique omnino idem, quomodo ignis naturaliter erit ubique, & fatetur etiam ius quod naturale dicitur, aliqua mutabile eſſe; & elegantem rationem innuit, dum Deos apud quos ſcil. nihil ſit mutabile opponit hominibus; nimirum tacite ſignificans, Jus licet naturale, quia applicandum eſt hominibus, pati aliquam mutabilitatem; & in *l. ius 6. de Iuſt. & iur.* dicitur jus civile aliqua recedere à jure naturali, ubi tamen hoc inſuper addendum. 1. nihilominus hactenus recte hoc §. jus naturale & civile opponi, quoniam illud cum ſit generale & univerſale, licet in aliqua repub. in applicatione, ad ſubditos inflexionem aliquam patiatur, tamen nullam in ſe pati murationem, quod ſecus eſt in jure civili, quod totum quantum eſt, mutatur: & hoc eſt quod Interpp. hic Aug. Joh. Fab. & alij tradunt, jus naturale poſſe modificari, declarari & proviſionibus alterari, 2. generales iſtas notiones, quæ à recta & ſimplici ratione fluunt, de colendo Deos, venerando parentes, &c. vix ullam pati mutationem, quãvis in modo varient apud gentes varias. 3. quod non mutetur recta, ſed oblique, aliquando & ex hypotheſi, veluti ita ob injuſtam invaſionem licet defendendi ſui cauſa occidere hominem, quod alias jure naturæ vetitũ eſt quomodo dicitur præceptũ inferius cedere ſuperiori. Deniq; quod intereſt an mutetur ius naturale per jus civile, quod difficilius eſt, an vero per ius gentium, & ſcil. quaſi per cõmunem & tacitum omnium gentium conſenſum; quomodo ſupra diximus huiusmodi tacito conſenſu & diſpoſitione gentium bellorum & ſervitutũ jura eſſe introducta.

Vel tacito conſenſu populi.] Confirmantur hinc ea quæ diximus ſupra *ad §. ſine ſcripto h. t.* circa interpretationem *l. 2. C. quæ ſit long. conſu. & l. de quibus 23. inf. d LL.* Eiuſdem ſcil. eſſe, tollere Legem, per Legem poſteriorem, & per tacitum conſenſum & conſuetudinem contrariam. Porro mutari poſſe Leges civiles, dubium non habet. An & quando mutandæ ſint. Politica quæſtio eſt, cuius tamen decitionem ſuppeditat ICtus in *l. 2. de conſt. pr.* evidēs inquit utilitas eſſe debet, ut recedatur ab eo jure quod diu æquum viſum fuit. Eaque conſentiens eſt politic ſententia. eo usque plerique exiſtiment, rectius ſe habere rempubl. quæ legibus, etiam non omnino recte habentibus, (nam ſi manifeſte vitioſæ ſint, ſecutus eſt) conſtanter utatur, quam quæ ſubinde Leges mutat; quoniam nihil magis commendat & conſervat LL. in quibus eſt ſalus civitatis, ut ait *Ariſt. 1. Rhet. 1.* quam autoritas & dignitas earum, quæ crebris mutationib. labefactatur; de qua re v. diſſerentes *Cleonem libr. 3. apud Thucyd. & Alcibiadem l. 6. Platonem l. 7. d. LL. Demoſth in orat. adv. Timocratem. Bodin. 4. de republ. 3. Ariſt. 2. pol. 6. inf. Lipſ. 4. polit. 9.* & ex noſtris *Vinc. Cabot. 2. diſput. cap. 1.* Eſt de hoc in utramque partem diſſertatio contraria Catonis & Valerii *apud Livium l. 34.* & non probo, quod ibi Valerius cauſa impulſoria legis ceſſante, protinus legem abrogandam cenſet. Ex quibus æſtimari poteſt, quid æſtimandum de Triboniano, qui toties leges mutavit, fixit atque refixit; ut Inſtitutiones, duo Codices, quorum prior ſublatus fuit, & Novellæ pleniſſimam faciunt fidem: & pravo judicio id illi laudi tribuit *Procop. 1. de reb. Perſicis.* Nolim tamen credere facile id pretio corruptum feciſſe, quod imputat ei Suidas, ſuſpicionem tamen præbet ipſe Procopius, Tribonianus, inquit, juſtum ſectabatur lucrum Singulis diebus Leges aliquas, aut antiquabat, aut condebat, uti ex uſu eſſe videbat: ô hominem natum corrumpendæ Iuriſprudentiæ: nec ulla res eſt, quæ cognitionem juris noſtri facit difficiliorem, quam crebra iſta mutatio.

TEXTVS.

15. Omne autem jus quo utimur, vel ad perſonas pertinet, vel ad res vel ad actiones. Et prius de perſonis videamus: nam parū eſt, ius noſſe, ſi perſonæ, quarum cauſa cōſtitutum eſt, ignorentur.

COMMENTARIUS.

1 *Ratio diſtinguendi obiecta Iuris.*

HOttom. hunc §. rejicit ad *pr. tit. ſeq.* & ponitur hic locus in *l. 1. ſtat. hom.* Sed non incongrue ſubjicitur hic §. in extremo huius tit. ut ita fiat tranſitus ad tractationem ſeq. velut in tit. 9. *in fin. lib. ſeq.* Et utique cum proponantur tria membra, totus hic §. *ad tit. ſeq.* non pertinet. Diſtinctio iſta trium membrorum non inepte hinc deduci poſſe videtur, quod Iurisprudentiæ finis eſt, adminiſtratio juſtitiæ; & adminiſtratur ſcil. Iuſtitia perſonis, ſuper & de rebus, & hoc per remedia, quæ ſunt actiones nomine hoc in genere ſumpto, ut etiam imploratio nobilis officii judicis comprehendatur. *l. actionis 37. de ob. & Act.* de quo v. & quæ notantur infr. *ad pr. tit. de obligat.* Et ſub hanc partitionem revocari quoque poteſt ea, quæ eſt in *l. ult. de Legib.* quod omne ius conſtat aut in adquirendo, aut in conſervando, (quod tamen ſub prius membrum referri poſſit) aut in minuendo; (ad quod etiam amiſſio pertinet) quoniam perſonæ per actiones jura bonaque ſua adquirunt & conſervant: Videntur alias illa tria membra *d. l. ult. de LL.* relationem habere quandam ad tres ſpecies Interdictorum, adipiſcendæ, retinendæ & recuperandæ poſſeſſionis. Cavillatur hic Hottom. dum quaſi objicit quod finis Legis ſit ſalus Reipubl. Etenim non dicitur jus Reipub. principaliter, ſed civibus, & ſi his recte adminiſtretur jus, ex hoc ipſo beatitudo Reipub. conſequitur.

AD TITVLVM III.

LIBRI PRIMI INſtitutionum,

DE IVRE PERSOnarum.

TEXTVS.

1. Summa itaque diviſio; de iure perſonarum hæc eſt, quod omnes homines aut liberi ſunt, aut ſervi.

COMMENTARIUS.

1 *Quid ſit ius perſonæ.*
2 *Servus an perſona.*
3 *Perſona quid.*

Homi-

Digitized by Goog

4 *Homines conditionales.*
5 *Adſcriptitii.*

IN primis hic videndum, quid ſit *ius perſonæ*, quod non aliunde rectius intelligere licet, quam ex collatione tit. Dius *De ſtatu hominum*, ſcilic. ſignificatur conditio quæ qualificat perſonam & facit ut hoc vel illo jure utatur. Et amplius declaratur id ex *tract. de capitis diminutione*, quæ definitur ſtatus mutatio *in pr. I. de cap. dim. l. 1. D. eod.* & ex tribus eius ſpecieb. oſtenditur in tribus principaliter conſiſtere hominis ſtatum, in libertate, civitate & familia, quæ tria nos habere ait ICtus *in l. ult. d. cap. min.* & ea omnino omnem civem habere oportet, quo referri ſolet illud *Terentii in Eunucho.* Dico eam eſſe liberam, civem Atticam, meam ſororem. Ex quo etiam apparet, non tantum dividi recte perſonas in liberos & ſervos; ſed etiam in peregrinos & cives; & olim extra cives Romanos vel qui ius illud habebant, omnes cenſebantur peregrini; ſed eam diviſionem merito omiſit Iuſtinianus, quoniam diu ante ipſum omnibus ſubditis jus civitatis datum erat *l. in urbe 17. de ſtat. hom.* Hinc apparet inerudite lapſum eſſe Vulteium, qui ius obligationis, quod nihil cum ſtatu habet commune, refert ad obiectum hoc primum de iure perſonarum, de quo plura dicam, *infr. de Obligat. lib. 3.* Apparet etiam error Apelli, quem male probat *Mynſ. in §. ult. tit. pra.* (ipſi eſt pr huius tit. quod tantum ſint duo obiecta juris, dominium & obligatio, & quod perſona tantum ſit circumſtantia, quæ non magis poſſit conſtituere obiectum iuris, quam locus vel eventus.

Videamus igitur de diviſione Iuſtiniani Homo eſt ſpecies infima, non poteſt dividi per differentias oppoſitas ratione eſſentiæ ſuæ, ſed ratione qualitatum recipit diviſionem, & hanc ipſam ratione ſtatus in liberos & ſervos. Diviſum, eſt perſona, quam hic idem ſignificare quod hominem, apparet tum ex rubr. Dig. *de ſtat. hom.* tum quod ipſa diviſio ita proponitur hoc loco, quod omnes homines ſint aut liberi aut ſervi. Itaque nodum in ſcirpo quærunt, qui obiiciunt, ſervum non eſſe
2 perſonam. Vt maxime verbo in ſpecie † ſumpto non recte diceretur perſona, quod prohibet hic paulo generalius id verbum uſurpari, ut quam plurimis aliis iuris locis. Ita ſumitur indiſtinctione obiectorum juris. *§. ult. tit. praced. & in pr. in fin. de his qui ſui iuris. l. 1. de ſtat. hom. & in hac rubr. l. in perſonam 22. de R. I. l. poteſtatis 215. de verb. ſign. l. ea quidem 5. C. ſi manicip. ita fuer. alien.* Neque verum videtur, quod perſona ſignificet tantum proprie qualitatem civis. Et ut ſolide hoc explice-
3 mus, ita ſe res habet, ut hoc † verbum ſæpe pro officio & qualitate uſurpetur, per ea quæ tradunt *Gell. lib. 5. cap. 7. Laur. Vall. 6. El. g. 34.* Sed ut nihilominus etiam & proprie, ſubſtantiam primam, intelligentem incommunicabilem, & ita individuum ſignificet. Ita quidem ex Philoſophis definit *Keckerm. 1. Syſtem. Log. cap. 5.* & confirmat Zanchius, non tantum Theologus ſed & Philoſophus doctiſſimus, *de tribus Elohim, part. 1. lib. 1. cap. 2.* perſona, inquit, eſt ſubſtantia individua intelligēs, incommunicabilis: *& lib. 8. c. 1.* perſona aliud non eſt quam eſſentia, certa aliqua perſonali proprietate diſtincta, & quaſi, ſecundum ſcholaſticos, individuata, quod & mox *eodem cap.* repetit. *Et eod. tract. part. 2. lib. 1. cap. 2.* notat ambiguitatem iſtius verbi, & apertius *cap. 3.* perſonam ſignificare aliquando qualitatem & externam faciem; aliquando ſubſtantiam, ſeu rem per ſe ſubſiſtentem, individuam ratione & voluntate præditam, ſed finitam. Secundum hæc ſervus, qui talis ſubſtantia eſt, recte quoque perſona appellatur. Itaque erat *Valla d. loco.* dum definitionem Boetii jam dictis conformem, reprehendit; quamvis ibid. admittat nomen perſonæ ſervo tribui poſſe. Et fruſtra quis objecerit, ſervos pecudibus æquiparari *l. 2. ad L. Aquil.* eſt enim ea comparatio ſecundum quid in L. Aquilia, & ea conſideratione, qua ſervus conſideratur ut eſt in commercio & dominio noſtro, ſicut res alia patrimonialis, ut vendi, permutari & donari poſſit; quo ſenſu non ad hoc primum membrum, de perſonis, ſed ad ſecundum de rebus, pertinet. Sed & conſiderationem perſonæ habet, quia iure perſona eſt, non tantum ex iure naturali, quo omnes homines æquales perhibentur *l. quod attinet 32. de R. I.* ſed etiam in multis partib juris civilis, utique enim contrahit & dominum de peculio obligat *tit. de pec. l.* quin & dominum ſibi obligat *§. 1. infr. de fiduciff.* hæres inſtituitur & legatum accipit, ita ut ex ipſius perſona legatum quadantenus valeat *l. debitor 82. §. ult. de leg. 2.* ſervi dicuntur cognati, affines *§. illud 10. Inſt. de nupt. l. 14. §. 2. & 3. de ritu nupt.* quin & coniuges. *l. poſſeſſionum 11. C. comm. iud.* & cum domino ipſo quadantenus litigare poſſunt, ut dicemus ad *§. 2. infr. de his qui ſunt ſui vel alien. iur.*

Aut liberi ſunt aut ſervi.] Dicitur hæc ſumma diviſio, quia eſt prima, & quaſi in tabella, aut charta ſupremo loco poſita, cui aliæ ſubiiciantur. Porro de ſtatu liberis inepta objectio eſt, qui ſine cōtroverſa interim ſūt ſervi. Magis colorē habet objectio de adſcriptitiis

ptitiis, qui ſane mixti generis eſſe videntur. Et propter hoc ipſum, dixerit quis eos non excludi, quippe cum, ut Dd. dicere ſolet, ſub ſimplicib. mixta comprehendantur: & confirmatur ex diviſione actionum in rem & in perſonam §. 1. *inſ. de action.* ut tantum ſint actiones mixtæ quæ in rem ſint, & in rem ut in perſonam §. quædam 20. eod. ut ibi dicemus. Fuerunt ſcil ſub poſterioribus Imp. Conſtan-

4 tinop. homines ad †officia quædam & miniſteria publica, ſed ea vitia deputati, & quaſi corpus quoddã, qui ea lege propter paupertatem tolerandæ vitæ illi miniſterio ſe mancipabant, ut perpetuo & ipſi & eorum progenies operis illis aſtringerentur. Fuerunt illi quidem homines liberi, ſed cõditionis ſane deterrimæ, (& quæ in non paucis cõveniret cum ſervili) cui ſine principis conſenſu ſpeciali eximi non poterant, & inde conditionales dicti, quales erant gynæciarii, murileguli, metallarii, monetarii, fabricenſes, ut videre eſt *in l. vlt. C. de metallar. li. 1. l. 1.* 3 7. 8. 11. 12. 13 *&* 15. *de murilegulis & lib. 11. l. 3. 4 & 5. C. de fabricenſ.* fuerunt huiuſmodi etiam tabularii conditionales *l. 6. C. de iure fiſci* (ubi id fiot. Cuiac. & idem *ad rup. C. de tabular.* 10.) *l. ſcribitur.* 11. *C. qui potior.* & iſti huic conditioni & miniſterio

5 dicebantur adſcripti *l. hen. & vlt. C. de muril.* quoniam proculdubio eorum nomina à præfecto illorum collegiorum recipiebantur & ſcribebantur. Ad eundem modũ puto eos, qui pro certa mercede eadem lege colendi agros cum poſteritate operam addicebant, adſcriptitios dictos, qui ſicut illi certo corpori & collegio, ita hi terræ & glebæ adſcripti dicerentur. Et non tantum de his, ſed & de illis quæri poſſit, an non medium conſtituant inter homines liberos & ſervos. Et ſcil. non unum genus pactionis fuiſſe puto, quo privatis præſertim operam ſuam ad iſtum modum aliqui pro colendis agris addicebant, adeoque nec omnes una conditione fuiſſe, quemadmodum ſane textus non ubiq; eandem eorum faciunt conditionem *in l. 4. 7. 21. 22. & vlt. C. de agric. l. vn. C. de Colon. Thrac. l. 2. C. in quib. cauſ. pol. 2. C. Theod. ſine cenſu & reliq. N. 131. c. 17 in fi. l. nemini 24. C. de Epiſc. aud.* In ſumma ita hæc ſub poſterioribus Impp. recepta fuerunt, & fere conditiones iſtæ ſunt ex pactionibus; atquin hic agitur de conditione & ſtatu hominum, quem ex jure gentium aut naturæ habent.

TEXTVS.

2. Et libertas quidem, (ex qua etiam liberi vocantur) eſt naturalis facultas eius, quod cuique facere libet, niſi ſi quid vi aut iure prohibeatur: Servitus autem eſt conſtitutio iuris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam ſubiicitur.

COMMENTARIVS.

1 *Libertas quid.*
2 *Servitus an & quomodo contra naturam.*
3 *An aliqua ſervitus naturalis.*

EX *qua liberi vocantur.*] Scil. ex ipſa re quæ deſignatur, non ex verbo ut recte Hott. notat.

Naturalis facultas.] Quomodo à jure naturæ libertas, tit. præced. explicatum eſt. Dicitur id hoc ſenſu, quo *in §. ius autem gentium tit. prec.* ab initio omnes homines liberos natos fuiſſe *iun. §. l. 4. de inſt. & iur.* Adeo diſtinctio hominum in liberos & ſervos eſt ex iure gentium *d. l. 4. inſi. infr. pr. inſ. de libert.* cui perinepte objicit Hottom. hic quod quidam à privatis & ſcil. ipſis dominis conſequantur libertatem: Et enim hoc vult Juſtin. *in d. pr. & IC. in d. l. 4.* hoc eſſe jure gentium effectum, ut alij eſſent ſervi, alii liberi; quin hoc ipſum juri gentium convenit, ut ſervi quoque libertate donentur: itaque non opus eſt ut libertatem poſtliminio reſtituiam dicamus; quod inſuper in iis qui ſervi naſcuntur locum non habet.

1 *Quodcunq, facere licet.*] Libertas, inquit, † *Cic. 1. off.* eſt vivere ut velis. Iſtud vivere, ut velis, limitatur, niſi quid vi aut jure prohibeatur. Senſus certiſſimus eſt, propterea non impediri libertatẽ quod quis quid lege aut violentia prohibeatur facere, injuſta ſcil. per alium ſibi illata, quã repellere aut per LL. vindicare poteſt; qua in re perſpicue eſt Hotto. lapſus, qui hoc ita accepit, quaſi per vim libertas circumſcriberetur, & quis ob id quod vi prohibetur, tanto minus liber eſſet. Itaque *l. 4. in pr. de ſtat. hom.* ex qua hic locus deſumtus eſt, accipit de prima libertate naturali, cui per vim præjudicium inferri poſſit; penitus abſurde & imperite. Neq; rurſus hoc vult IC. in d. l. 4. quaſi per LL. minuatur libertas; neq; enim facultatẽ faciendi quod velis effrenem & vagam intelligit ſed hominis in civitate viventis, adeoq; LL temperatam, quæ alias non vera libertas, ſed improba eſſet licentia; ex quo illud *Cic. in Cluent.* ideo Legum ſervi ſumus ut liberi eſſe poſſimus; & eleganter *Ariſt. 5. Polit. 9. in fi.* ὃ δεῖ ὑπολαμβάνειν ἐλεύθερον εἶναι, τοῦτο πρὸς τὴν πολιτείαν, ἀπλῶς οὐ τοιοῦτον. Non exiſtimandum eſt, ſervitutem eſſe vivere ſecundum

cundum Rempub. (& ejus ſcil. LL.) ſed ſalutem. Illa quoque frivola objectio eſt, quod ſervus videatur vi & jure prohiberi, quo minus faciat, quæ velit. Hotto. id ita removet, quod in definitione intelligatur ius civile, cuius ſervus capax non ſit, ſed omnino expers. Quod paulo ſubtilius, aut longius petitum eſſe videtur. Aperta & ſimplex reſponſio eſt, quod ſervus non Lege non etiam iniuſta violentia, ſed propter ipſam conditionem & ſtatum ſuum, quo dominio alterius ſubiectus eſt, facere quod velit, prohibeatur. Theoph. addit, quod ſervum, quo minus faciat, quod velit, timor domini prohibeat. Illa autem placeat & Fabri explicatio plane vitioſa eſt, qua verbū, *vi* ad modum ſervitutis per captivitatem, & *iure* ad modos iuris civilis referunt, ut ſenſus ſit, liberū eſſe, niſi qui iure gentium aut civili ſervus ſit factus, prorſus inepte & abſurde.

Servitus eſt conſtitutio.] Genus metonymicum; eſt enim non conſtitutio, ſed iure gentium conſtituta.

Iuris gentium.] Fruſtra miratur Hottom. hic, quare nulla mentio ſit facta iuris civilis, propter §. *ſeq.* Etenim ſervitus jure gentium introducta eſt, citra quod ſi fuiſſet, nulla ſervitus eſſet, modum autem aliquem & cauſam ſpecialem ex qua ſervus quis fiat à iure civili introduci nihil prohibet; ita obligationes, ſucceſſiones, teſtamenta ſunt ex iure gentium, ſed nihilominus modi quidam obligandi & teſtandi ſunt introducti iure civili.

Qua quis dominio alterno.] Rurſus miratur Hottom. cur iſta ſolum dicantur de ſervis, non etiam de filiisfam. qui jure Rom. ſint in dominio parentum. Qualis ſit poteſtas ea & fuerit dicemus *inf. tit.* 9. Sed & hoc quoque, poteſtatem talem patriam non eſſe ex iure gentium, de quo hic agit Iuſtin. Tum etiam conſtat veterem illam poteſtatem in liberos, iam temporibus ICtorum noſtrorum; & maxime temporibus Iuſtin. antiquatum fuiſſe. Diximus ad pr. tit. ſervum conſiderari ut rem & ut perſonam; ſecundum quod & dominium, cuius hic mentio duplicem recipit conſiderationem; alteram, quo ſenſu, fundi, ædes, equi ſunt in dominio; alteram pro imperio aliquo in ſervum conſideratum ut perſonam & ut inſtrumentum adminiſtrandi rem familiarem; quo ſenſu inter dominum & ſervum eſt quædam ſocietas, quæ concurrit ad conſtituendum Oeconomiam, ut diſputat *Ariſtot. 1. Polit. 3.* ubi etiam utramque hanc conſiderationem expreſſiſſe videtur, dum ſervum appellat & κτῆμα rem poſſeſſam, & ὄργανον ἔμψυχον πρακτικὸν, inſtrumentum practicum animatum.

Contra naturam.] Monuimus ſupra libertatem non eſſe à iure naturæ decretive, ſed quoniam illo jure & ab initio nulla bella, nullæ captivitates erant, conſequenter omnes homines liberi erant. Itaque hoc ſenſu contra naturam eſt, quod repugnat conditioni, quam homo initio habuit quaſi ab ipſa natura, quæ omnes liberos produxit, quo ſenſu etiam natura omnes homines æquales eſſe dicuntur *l. quod attinet 32. de Reg. Iur.* Accedit huc abuſus hominum & gentium, præcipue Romanorum, qui jure & dominio in ſervos crudeliter uſi & abuſi, ut dicemus infr. *ad tit.* 8. §. 1. & 2. Accedit & tertia ratio à cauſa efficiente huius ſervitutis, quæ prima eſt, captivitas, & adeo violentia iniuſtum autem & iniquum videtur, ut ille ſerviat qui per alterius violentiam oppreſſus eſt, quam quorundam contra hanc ſervitutem diſputationem refert *Ariſt. 1. Polit. 4.* Et cum ex eiusdem ſententia *cap. 5.* iſta ſit ſecundum naturam ſervitus, qua ſtupidi ingenio ſed robuſti corpore, & quaſi ad ſerviendum producti aliis ſubiiciuntur, & conſequenter ſervitus erit contra naturam, qua ſæpe optimi, & nobiliſſimi in aliorum deteriorum ſervitutem rediguntur. Licet enim in illis qui bello ſuperiores fuerunt, videatur eſſe præſtantia quædam præ iis qui devicti ſunt, nam, ut d. cap. 4. ait ariſt. ἰσχὺς ἀνὴρ ἀνδρὸς τὸ ὑπερέχει ἀρετῇ τινί. quod vincit, habet exſuperantiam alicuius boni; id tamen plerunque fallit, & non raro præſtantiores ab aliis vel ob multitudinem vel exercitatiorem in rebus bellicis diſciplinam vincuntur; tum rurſus ea ratio nulla eſt, cum capti à præſtantioribus & ſervi facti, à dominis quibusvis vendi poſſint, & amplius nati quoque ex ancillis ſervi ſint. Iſta nimirum jus ſemel quæſitum in captis conſequuntur, & tamen faciunt, ut merito ſervitus iſta juri naturæ vel naturali rationi non ſatis convenire videatur, & proinde recte hoc loco contra naturam eſſe dicatur.

3 Videndum hic etiam de ea ſervitute, quam *Ariſt. d. cap.* ait eſſe ſecundum naturam & à natura. Utitur ille hoc fundamento, quod quidam ſint homines, qui ab aliis tantum diſtent, quantū appetitus ratione corpus anima, & brutū homine. Cum igitur natura appetitus rationi; corpus animæ, & brutum homini parere debeant, etiam naturæ convenire, ut homines ita comparati aliis ſerviant & ſint ſubjecti, qui tantum rationis ſal-

tem habeant ut ea ad alterum imperata facienda uti poſſint; ſecundum quod ſcribit *d. lib. 1. cap. ult.* ſervum ὀλως non habere τὸ βουλευτικὸν. *& cap. 5.* etiam inde defendit bellum quoddam eſſe naturale, ad adquirendum illos qui natura ad parendum producti ſunt, quorum etiam ibi ceu beſtiarum ſtatuit & admittit venationem. Sed verendum eſt, ne ita diſputatio Ariſtotelis, lubrica, vana ſit & fallax. Scribit quidem *Athen. libr. 6. διάνοια.* πολλοὶ ἑαυτῶν ἐπεδείξαντο σφόδρα ἐν δίκῃ ἑαυτοὺς τῷ κρείττονι ὑποτάττοντες: multos qui ſibi ipſis præeſſe non poſſunt, tradere ſe in prudentiorũ ſubiectionem. Sed iſta voluntaria ſubjectio, nec revera hæc ſervitus eſt, quam quærimus. Non eſt autem ob id rationis, ut alios invitos hoc prætextu nobis ſubiiciamus, & faciamus ſervos. Prætextus, inquam, hic eſt. Neque arbitror eſſe tales homines, qui tantum, ut Ariſtot. ſcribit ab aliis hominibus diſtent; cum natura omnibus rationem dederit, quod præſertim ob defectum culturæ & diſciplinæ ſæpe videantur homines rudiores; ſæpe etiam ob aerem & clima cœli, ſub quo habitant, ut multis oſtendit *Bodin. in meth. hiſt.* quos propterea invadere & ſervituti mancipare naturæ conſentaneum non eſt. Proinde ſervitutem aliquam à natura, quosdam ad ſerviendum à natura generatos eſſe, falſum eſt. Hos ineptos eſſe apparet, qui explicant Ariſt. de ſervitute qua appetitus ſubjicitur rationi: quæ quidem naturalis eſt, ſed omnino aliam intelligit Ariſt. Eius plane ſententia hæc eſt, civitatem eſſe quodammodo à natura, & proinde etiam principum eius, ſocietatem domeſticam, cuius pars eſt herilis & ſervilis; & proinde putat naturam quoque produxiſſe quoſdam, qui tantum adminiſteria domeſtica aliorũ abeunda apti ſint, quos ait natura ſervos.

TEXTVS.

3. Servi autem ex eo appellati ſunt, quod Imperatores captivos vendere ac per hoc ſervare, nec occidere ſolent: qui etiam mancipia dicti ſunt, eo quod ab hoſtibus manu capiantur.

COMMENTARIUS.

HAC ratione defenditur contra iniquitatem ſervitus, hoc colore, quod cum jure belli captivi occidi poſſent, eos quacunque conditione ſervare, humanitatis videatur *h. §. ex l. 4. §. ult. de ſtat. hom. l. pupillus 239. §. 1. de Verb. ſing.* Sed profecto illo tantum color eſt; & hoc ipſum non immerito quæras, an hoc ſit jus victorum, ut occidant omnes victos & captos. Nimirum hoſtem arma etiamnum tenentem ut occidere fas ſit, ita ſe dedentem & cedentem ut occidas, minime fit fas. Bella geruntur victoriæ cauſa & pacis parandæ, nec ulla neceſſaria eſt cauſa, ut victi occidantur, aut etiam ſervire cogantur. Alludit ad hanc notationem Horat. Vendere cum poſſis captivum occidere noli. Serviet utiliter & ſequitur iſtam notationem *Iſidor. lib. 8. & orig. c. 4.* Hottomanni ratio commentitia eſt, ſervos appellatos ab aſſervando, quod tamdiu ſoliti fuerint aſſervari, dum lytro & pretio ſoluto redimerentur, ſimplicius quis ſervos à ſerviendo deduxerit. *Scalig. animadv. in lib. 5. Varr. de Ling. Lat.* Arceſſit à verbo Græco, Eritudo inquit, ſervitudo (ſcil. apud Feſtum) & Æolice Ἔρυτος, Feſtus, addito ſibilo SerFos, ut olim ſcribebant, nunc ſervos.

Imperatores.] Non intelligit principes Romanos, ſed duces belli, quos olim milites ita parta de hoſtibus aliqua victoria (ſive conſules ſive prætores eſſent) appellare ſolebant; quæ appellatio poſt decreto Senatus confirmabatur; captivos autem vendi præſupponit victoriam, itaque recte interpretatus eſt Theoph. τὸν πολεμικὸν ἡγεμόνα, belli duces. Sed & ſimpliciter duces belli, ab imperio, quod ſignificabat ius belli gerendi, & Lege curiata deferebatur, Imperatores dictos, verum eſt, & notat *Sigon. lib. de antiq. iur. provinc. cap. 7.*

Qui etiam mancipia dicti.] Manu hic latius uſurpatur; nam expugnata urbe citra manus injectionem omnes ſervi erant, & non raro ſub corona juſſu Imp. venire ſolebant, niſi quibus ſpeciali beneficentia libertas conſervabatur. Quæ ſi vera notatio eſt, oportebit hinc res alias id eſſe tranſlatum, ſed fortaſſis veritus eſt, ab appellatione generali etiam ſervos ita appellatos. Nam mancipio dare vel accipere dicebatur de omnibus rebus mancipi, quæ per nexum transferebantur, & vero plenoque Quiritum dominio adquirebantur. Ita Varro lib. 5. ſcriptum in Lege mancipiorum, *Vadem ne poſcat, nec dabitur*: & paulo poſt, *mancipium, quod manu capitur*: Neque enim tantum ſervum intelligit, & *libro 6. in ſi. omne quod per libram & as geritur, in quo ſunt res mancipi* & huic convenienter *Iſid. 8. orig. 4.* Mancipium, inquit, eſt quidquid manu capi ſubdiq; poteſt, ut homo, equus, ovis. De rebus mancipi & nec mancipi dicetur *inf. de rer. diviſ.*

TEX-

TEXTVS.

4. Servi aut naſcuntur aut fiunt. Naſcuntur ex ancillis noſtris. Fiunt aut jure gentium, id eſt ex captivitate: aut jure civili, cum liber homo maior viginti annis ad precium participandum ſeſe venundari paſſus eſt.

COMMENTARIUS.

1 *Venditio ſui ipſius.*
2 *Quid ſi filius fam. ſit.*
3 *Addictio debitoris.*

NAſcuntur.] Cum ſint in dominio noſtro ancillæ, conſequens eſt iſtius juris gentium rationi, ut ex iis nata noſtra ſint. Itaque hic non diſtinxit, ſicut in membro altero, quod ſervi fiant, aut jure gentium, aut civili. Nati ex ancillis dicuntur vernæ *l. cum 10. C. de rei vind. l. Titus 36. d. leg. 1.* Vernæ, inquit Feſtus, appellantur, ex ancillis civium Romanorum vere nati, quod tempus anni maxime naturale fœturæ eſt. Vernas apros dixit *Mart. 1. Epigr. 50.*

Iure civili.] Modos ſervitutis poteſt introducere jus civile. Unus hic expreſſus. Nimirum quia difficillimum eſt diſcernere hominem liberum à ſervo *l. quia 5. de contr. empt.* improbi homines ſimulantes ſe ſervos, pro talibus ab interpoſito venditore ſe diſtrahi patiebantur, & poſt in libertatem proclamabant, quoniam per convenitionem privatam nemo nec volens libertatem amittere poteſt *l. nec. ſi. 6. l. liberos 10. C. de liber. cauſa.* (Unde tractant Dd. hic an quis poſſit in perpetuum locare operas ſuas. Reſponſio ſimplex & vera eſt, poſſe, ſed ad faciendum præciſe non teneri, verum intereſſe ſolvendo liberari.) Ad coercendam iſtam improbitatem ita conſtitutum eſt, ut qui fraudandi emptoris (hunc n. oportet ignorare fuiſſe liberum, qui vendebatur) gratia, & turpiſſimi lucri cauſa, (oportet enim venditionem participandi precij cauſa factam eſſe) ſe venundari paſſus eſt, vere ſervus efficeretur, negata facultate proclamandi in libertatem. *l. 1. & 3. quib. ad lib. procl. non licet*, niſi aliquando ex cauſa, ſi offeratur reſtitutio precii *l. 2 in pr ſi li. ingen. eſſe dic.* Adeo fruſtra objicitur à Portio hic, quod libertas ſit res inæſtimabilis, & quod homo liber venditus ſit læſus ultra dimidium: quoniam Legis autoritate perinde habetur ac ſi vere ſervus fuiſſet. Illud tamen ſingulare eſt & paulo durius, quod cum maioribus 20. annis uſque ad 25. annum impletum, ob lubricum conſilii ex cauſa læſionis in re pecuniaria jurarint reſtitutionem. *l. 1. & 2. t. de minorib.* tamen in re maximi momenti & libertate beneficium hoc ſaltem viceſimum annum egreſſis, negaverunt.

Illud hic quæritur, ſi filius fam. ſit, qui ſe venundari paſſus eſt, an præjudicetur patri, an hic potius filium ſibi ex jure Quiritium vindicare poſſit, arg. *l. 1. §. 2 de rei vindicat.* Accurſ. proponit quæſtionem de patre & conſanguineis, quibus etiam inferri intelligitur injuria, per *l. 1. §. ult. cum l. ſeqq. de lib. cauſ.* Ipſe ſimpliciter jus vendicandi negat; & ego de conſanguineis libenter aſſentior, qui indicandi tale ius non habent, quale pater: nec injuriam familiæ illatam eſſe ſufficit: ceteroquin iſta diſpoſitio, ut ſervus eſſet qui ita ſe vendi paſſus eſt, effectuum exiguum haberet. Nec quidquam ad rem facit *d. l. 1. de lib. cauſ.* quæ loquitur de hujuſmodi conſanguineo ſerviente, qui poteſt ipſe in libertatem proclamare. Atquin patri competere jus vendicandi, omnino contendo *per d. l. 1. §. 2. de rei vind.* quod jus filius ſuo facto patri non poteſt adimere, neque ſe ſubtrahere eius poteſtati non magis quam ſervus; cum æquale, imo & maius in filium pater ius habeat, quam dominus in ſervum, ex priſca Romuli Lege de qua dicemus, tit. 8. non magis etiam quam libertus. Acute hic Cujac. & breviter, ad verba *homo liber* annotavit, *ingenuus & ſui iuris*: neque enim patroni & patris jus hoc modo interverti debet. Et hanc ſententiam probant quoque Plac. Ang. Fab. & Iaſon in addit. ad Porc. ſed non recte tamen ius revocandi oblato precio etiam præter patrem aliis concedunt; & ad hoc probandum text. in *l. 1. & ſeqq. de liber. cauſ.* abutuntur. Bene autem fac. *l. 4. eod. tit.* quæ patrono hoc ius concedit. Plane filius ſicut ex contractibus, ita & ex delictis obligatur, nec facere hic poteſt jus poteſtatis patriæ, quominus pœna ex publicis LL. irrogetur filio, quæ etiam irrogatur ſervo, ſed hoc nihil facit ad impediendam vindicationem patris in noſtro caſu. Cui & fruſtra objicit Accurſ. *l. 7. §. 2. de cap. min.* vel quia in noſtris terminis non ſuccurritur filio per reſtitutionem, ſed jure ſuo eum vindicat pater; vel quia ibi tractatur de reſtitutione actionum, quæ ipſo jure & imo ſubtilitate juris perierunt. Hæc de primo modo, quo civi jure

efficiuntur ſervi, ad quem quæ requirantur *v. apud gl. hic*, oportet plane ut qui venditur conditionis ſuæ ſit gnarus, & qui emit ignarus. Alius erat per addictionem, cum antiquitus ex LL. 12. Tabb. Gell. lib 20. cap. 1. debitores qui ſolvendo non erant, vincti creditoribus ſuis in ſervitutem addicerentur; id tamen olim anno V. C. 427. abolitum, ſi fides Livio, qui *libro* 8. Eo, inquit, anno, velut aliud initium libertatis plebi Romanæ factum eſt, quod necti deſierunt, iuſſi Coſſ. ferre ad populũ, ne quis niſi noxam meruiſſet, donec pœnam lueret, in cõpedibus aut in nervo teneretur, pecuniæ creditoris, bona debitoris, non corpus obnoxium eſſet; ita nexi ſoluti, cautumque in poſterum ne necterentur. Non tamen fuiſſe illam veram ſervitutem oſtendit locus, quem ex Quintiliano refert Hottom. hic, & plenius *Sigon. 1. de antiq. iure civil. Rom. cap. 6.* nam 1. iſta ſervitus non officit natalibus, & ſoluto debito recepta libertate manet ingenuus. 2. quia cauſa ſervitutis, eſt debitum, hoc ſoluto fit liber, etiam invito domino creditore. 3. addictus retinet, tribum, prænomen, nomen, cognomen: Ut videatur plane debitor addictus medium inter vere ſervum & vere liberum obtinuiſſe. Alia cauſa ſervitutis, eiuſq; veræ fuit olim ex SCto Claudiano, ſi mulier libera contra tertiam denuntiationem domini ſeſe ſervo alieno iunxiſſet, de qua *infr. libr. 3. tit. 13. in fi.* Videtur & civili juri adſcribenda ſervitus pœnæ, de qua paſſim jure noſtro & *§. 3. infr. tit. 12. & §. 1. tit. 16.* ſublata tamen à Iuſtin. *Auth. ſed hodie C. §. de donat. int. vir. N. 22. cap. 8.* Item quod ob ingratitudinem liberti in ſervitutem revocantur. *l. 2. 3. & 4. C. de libertis.* Sicut ingrati liberi revocantur in poteſtatem. *l. un. C. de ingrat. lib.* de quo tractat *Cuia. t. 10. obſ. 31. & 21. obſ. 6.* & videtur iſtud noviter conſtitutum, ut ob ingratitudinem liberti poſſent revocari in ſervitutem, nam non potuiſſe olim utique vindicta liberatos, expreſſe ſcribit *Tacitus 13. annal.* Item huc pertinet, quod olim nomen ſuum in cenſu non profeſſi, aut qui ad delictum non reſpondiſſent, vendebantur in ſervitutem. *l. 4. §. gravius 10. de re milit.*

TEXTVS.

5 In ſervorum conditione nulla eſt differentia, in liberis autem multæ: aut enim ſunt ingenui, aut libertini.

COMMENTARIVS.

NEſcio quid hic Acc. ſibi velit, dum quoſdam olim nudo, alios pleno, alios ſemipleno jugo ſervitutis obſtrictos fuiſſe ſcribit; quod refert Mynſ. & fabellã nobis texit, quod illa diſtinctio cito fuerit ſublata, arg. *l. & ſervorum 5. de ſtat. hom.* & omnino per *l. un. C. de nud. iur. Quir. toll.* quin nõ veretur ſcribere, ſicut olim libertorum, juxta tit. 5. ita & triplicem fuiſſe differentiam ſervorum. Quod commẽtum unde hauſerit, neſcio; hoc autem ſcio eſſe totum iſtud falſiſſimum. Nec dubium eſt temporibus ICtorum noſtrorum differentiam adhuc obtinuiſſe inter jus Quiritarium & bonitarium; atqui Marcianus *in d. l. 5.* nullam differentiam in ſtatu ſervorum agnoſcit. Nec in ſervis tantum, ſed etiam in aliis rebus dominium duplex Quiritarium & bonitarium erat, ſed hoc nullam differentiam in rebus ipſis faciebat. Et nimirum res quæ citra nexum mancipationemque, ceſſionem in jure vel uſucapionem ad aliquem, tradita quoque à domino pervenerat, in bonis tantum ejus eſſe dicebatur: quod de ſervis nominatim tractat *Vlpianus in tit. 2. de liberis. §. qui tantum 11.* & quam ridiculum ſit exiſtimare, propterea meliori conditione fuiſſe ſervum, & conditionem ejus variaſſe, quod citra modum ex jure Quiritũ in alium tranſlatus fuiſſet. Plane non uno olim loco apud dominum erãt omnes ſervi, ſed diverſis præfecti muneribus, quæ in triplici diſtinctione fuiſſe arg. *§. penu. 7. in fin. de iniur.* ubi & in *l. ſed ſi 15. §. 2. de uſufr.* fit etiam mentio dignitatis ſervorum; & ibid. in §. 1. varia conditio ſervorum proponitur. Optimo loco erant actores, qui negotia domini curabant quo pertinet *l. ult. de off. præt.* Itemque ordinarii, dicti, qui in peculio ſuo habebant vicarios dictos, quibus ipſi imperabant & eorum quaſi domini erãt *l. ſi ſervus 17. in fin. de pecul.* quorum Horat. meminit.

Son vicarius eſt qui ſervo paret, uti mos.
Veſter ait, ſeu conſervus.

Sed iſta diverſitas tota pendebat à nutu domini & arbitrio, itaque non mutabat conditionem ſervorum, & ut ex iſto loco Horatii apparet, Vicarius revera conſervus, nec minus ordinarius vere ſervus erat. Itaque recte dicitur, nullam in ſervorum ſtatu & conditione eſſe differentiam; hic enim non de officiis ſed ſtatu quæritur. Et rurſus pertinet hoc ad ſervos privatorum, & imo qui non ſunt ſervi pop. Romani, hos enim pro parte teſtamentum facere poſſe (quod liberorum proprium eſt,) ſcribit *Vlp. de teſtam. §. ult.* omnino enim

enim ſentio cum Cujac. quod ibi pro *ſervus publicus prætoriſve* ſit legendum, *ſervus publicus P. R.* unde natus error.

In liberis autem multa.] Datur enim diviſio in ingenuos & libertos & horum ſubdiviſio, & quod quidam afferunt, ad explicationem *verſ. præterea.* in ſervis non intereſt, an nati ita an facti ſint: Intereſt autem in liberis an nati an facti; illi ſiquidem ingenui, hi libertini ſunt; & ita removetur objectio Accurſii, quod duo non poſſunt dici multa; ceterum poſterioriſta explicatio, imperfecta eſt ad §. noſtrum, quia hinc pendet tantum differentia libertorum & ingenuorum, ſed non libertinorum inter ſe. Videndum eſt autem, an non & hodie recte dicatur de liberis, nullam in eorum conditione & ſtatu differentiam eſſe; poſtquam Iuſtinianus 1. ſuſtulit ſubdiviſionem libertorum, & omnes æquo jure fecit cives Romanos 2. ſuſtulit etiam diviſionem, dum libertos ingenuis, ſalvo ſaltem jure patronatus exæquavit. *N. 78. cap. 1.* ubi in univerſum manumiſſis dat ius annulorum aureorum, eosque natalibus reſtituit, id eſt ingenuorum ius tribuit; ſalvo ut dixi patronatus iure, niſi & hoc remiſſum ſit à patrono *d. N. 78. c. 2.* & ita penitus ſublata eſt *L. un. C. ad L. Viſell.* ex qua vel ſola quantumvis inter libertos & ingenuos olim interfuerit, apparet.

AD TITVLVM IV.

LIBRI PRIMI Inſtitutionum.

DE INGENVIS.

TEXTVS.

1. Ingenuus eſt is, qui ſtatim, ut natus eſt, liber eſt: ſive ex duob. ingenuis matrimonio editus eſt, ſive ex libertinis duobus, ſive ex altero libertino & altero ingenuo. Sed & ſi quis ex matre naſcitur libera, patre vero ſervo, ingenuus nihilominus naſcitur: quemadmodum qui ex matre libera, & incerto patre natus eſt, quoniam vulgo conceptus eſt.

COMMENTARIUS.

1 *Ingenuus quis.*

PRima quæſtio ſemper eſſe debet de verbis, licet potior ſit de rebus, ut Plato in Cratylo monet. Notat Hottom. definitionem iſtam ingenui eſſe contra Latinæ linguæ conſuetudinem, & olim ingenuos dictos, qui patrem ciere poſſent, idque ex loco *Livii lib.* 10. confirmat. Sed ut hoc verum ſit, olim ita verbum iſtud acceptum, mutaſſe tamen poſt ſignificationem, & ita, ut hic ſcribit Iuſtinianus, ingenuos dictos, non tantum ex Pandectis noſtris perſpicuum eſt *l. 5. 2. & l. 6. de ſtat. hom.* ſed etiam iſtum uſum verbi confirmat *Sigonius lib. 1. de iur. civ. Rom. c. 6.* Itemque firmatur ex eo quod Sueton. ſcribit *in Claudio. cap.* 24. Refert ibi Claudium latum clavum tribuiſſe libertini filio, & ut excuſaret factum, allegaſſe, quod Appius Cenſor libertinorum quoq; filios in ſenatum allegerit: Sed ſubjicit Sueton. Claudium fuiſſe ignarum, quod tēporibus Appii, & deinceps aliquamdiu dicti libertini fuerint, non ipſi qui manumitterentur, ſed ingenui ex his procreati. Quibus verbis ſatis oſtendit, poſtea ita receptum ut ex manumiſſis nati ingenui dicerentur; quamvis, ſed male, autoritate Suetonii Sigon. d. loco aliquando contradicat. Quin ætate Plauti ita ut hoc loco ingenui videntur accepti, ut argum. eſt locus *in Milite act. 4. ſc. 1.* Ea ingenua an futura facta, id eſt, per vindictam manumiſſa, de quo tit. ſeq. Ergo Hottom. hac in re lapſus eſt. Hodie poſt N. 78. exæquatis libertini & ingenuis, iſta quæſtio non eſt alicuius momenti, ſed magni fuit ante, ob prærogativas ingenuorum, quas fateri oportet habuiſſe eos, qui juxta hanc Iuſtiniani deſcriptionem ſunt ingenui. Et ergo libertorum liberis ingenui tutores & olim dati, nec aliter accipiendus Modeſt. in *l. 1. de excuſ.* nec aliter ille *ἀνελεύθερος* ab *ἀνελευθερίᾳ* ſe paraſſe intelligendus eſt, quam quo illud adjectivum, alterum ſubſtantivū eſt. Illud quidam adnotant, verbum libertini deſignare conditionem & ſtatum, diſtinctum ab ingenuitate, ſed libertum eſſe relativum ad patronum: Atque hic nativitate ingenuus eſt. Alii ſunt qui beneficio principis per conceſſionem aureorū (quia ius hoc olim tantū ingenui habebant,) annulorum, & plenius per reſtitutionem nataliū ingenui efficiuntur *l. 1. de iur. aur. anu. & natalib. reſt.* Hodie utrumque generali lege acceperunt. *N. 78.*

Illud liquidum eſt, cum qui juravit ſe ingenuum, vel ingenuus judicatus eſt, ingenuũ eſſe *l. 3. §. 2. de iure iur. l. ingenuum 25. de ſtat. hom.*

Matrimonio editus.] Verbum *matrimonio* videtur ſuperfluum eſſe; nec enim neceſſe eſt, ex matrimonio editum eſſe, ut ſit ingenuus. Hottom ideo additum putat, quia poſt ſequitur de natis ex concubitu injuſto, ſed enim poſt tantum tractat, de natis ex ſerva, & ea occaſione adjicit de vulgo conceptis. Et concubinatus jure noſtro permiſſus, ſed utique matrimonium non eſt & recte Theoph. verbum matrimonii reddidit generali verbo γενεσεως.

Ex matre libera.] Hactenus & quo ad ſtatum ut ſciatur an ſit liber an ſervus, partus ventrem ſequitur. Non intereſt an mater ſit libera, an libera eſſe debeat, puta ſi vendita hac lege ut manumittatur, ſi enim moram fecerit emptor libertati, poteſtate conſtitutionis eripitur in libertatem, & natus ex ea liber eſt. Eſt & caſus ſingularis, ubi propter fidei commiſſum liber naſcitur ex ancilla, quę ſerva manet *l. cum inter 14. C. de fidei comm. lib.* ubi ex ratione juris manumiſſione opus erat *add. l. cum quis 53. l. cum vero 26. §. 1. de fid. libert.*

Et hæc dicitur eſſe juris naturæ, ut qui naſcitur ſine legitimo matrimonio, matrem ſequatur *lib. cum legit. 19. & lib. lex nat. 24. de ſtat. hom. & Vlpian. tit. de his qui in pat. §. connubio.* 8. connubio non interveniente matris conditioni liberi accedunt. Et connubii nimirum legitimi & matrimonii hæc jura ſunt & hi effectus, poteſtas patria, familia & ſacra familiaria. Et hæc vera iſtius rei ratio eſt, pater enim eſt, quem nuptiæ demonſtrant, *lib. filium 6. de his qui ſunt ſui iuris*, reliqui patrem non habere intelliguntur, quo ad iſtos effectus, vide tamen exceptionem in *§. illud 10. inſ. de nupt. in f.* ubi notavi. Communiter Dd. hic poſt Acc. hanc rationem reddunt, favorabiliter hoc receptum eſſe favore partus, cui pater non niſi tempore conceptionis inſpecto, mater tribus temporibus poteſt prodeſſe, ut eſt in *ver. ſeq.* Addendum, ſpecialiter eſſe conſtitutum quibuſdam caſibus, ut partus patris conditionem ſequatur. *l. diffinimus 13. in pr. C. d. agric. l. ult. C. de murileg.* Itemque quod olim ex L. Menſia partus patris conditionem ſequebatur, ubi quis ex peregrino & cive Romana natus erat. *Vlp. tit. 6. de his qui in pot. §. 8.*

Quoniam vulgo conceptus eſt.] Ait Hotto. Hanc rationem eſſe ineptam, nec habere quo referatur; ideoque ipſe legit *id eſt qui*, pro verbo *Quoniam*, ſed fallitur, eſt enim illa ratio ad proxime antecedens, cur & qui ſit, & dicatur ex patre incerto natus, quoniam vulgo conceptus eſt, ob hoc ipſum enim habet incertum patrem, quoniam mater cum pluribus conſuevit, qui autem ex concubina natus eſt, incertum patrem non habet. Et perſpicue inepta ratio eſt Hottom. quod etiam natus ex conjugio habeat incertum patrem. Imo enim præſumptione Iuris hic pater eſt certus. Nec audiendus eſt Mynſing. qui pro *quoniam* vult legi, *quamvis*.

TEXTVS.

2. Sufficit autem liberam fuiſſe matrem eo tempore, quo naſcitur, licet ancilla conceperit, deinde ancilla facta pariat, placuit eum qui naſcitur liberum naſci: quia non debet calamitas matri ei nocere, qui in ventre eſt. Ex his illud quæſitum eſt, ſi ancilla prægnans manumiſſa ſit, deinde ancilla poſtea facta pepererit, liberum an ſervum pariat. Et Martianus probat, liberum naſci: ſufficit enim ei qui in utero eſt, liberam matrem vel medio tempore habuiſſe, ut liber naſcatur, quod & verum eſt.

COMMENTARIVS.

HÆc ſunt tria tempora, quibus conditio matris prodeſt fœtui, ut liber naſcatur, conceptionis, partionis, & intermedium. Si ancilla concepit, & libera facta pariat, non dubium fuit liberum naſci; nam ut *caius lib 1. inſt c. 4. §. ult.* ſcribit, qui ex non legitima coniunctione naſcuntur, ſtatum ſumunt eo tempore, quo naſcuntur. Si libera concepit ex conjunctione non legitima, & ſerva facta pariat, ex jam d. ratione, ſervus naſcetur, idq; eo loco Caius reſpondet. Sed Marcianus contra cenſet *l. 5. §. 2. de ſtat. hom.* quod contra rationem ſtrictam favor libertatis extorſit, ut ait *Paulus 2. ſent. 24. de lib. agnoſ.*

Et porro idem favor libertatis ſuaſit, ut ſufficeret medio tempore matrem liberam fuiſſe, idque Martianus *d. l. 5. §. ult. & Paulus d. tit. 24.* reſponderunt. Poſſit & hæc ratio reddi, quod qui in utero eſt, quoties de commodo eius agitur, pro nato habetur. *l. qui in utero 7. & 26. de ſtat. hom.*

TEXTUS.

1. Cum autem ingenuus aliquis natus ſit, non

non officit ei in ſervitute fuiſſe, ſæpiſſime enim conſtitutum eſt, natalibus non officere manumiſſionem.

COMMENTARIVS.

In ſervitute fuiſſe.] Id eſt de facto ſerviiſſe. Ita in poſſeſſione eſſe differt à *poſſidere*; & qui ex primo decreto mittuntur in poſſeſſionem non poſſident, ſed tantum in poſſeſſione eſſe dicuntur. *tit. quibus ex cauſ. in poſſ.*

Exemplum ponit Theoph. in eo qui natus ex muliere libera, quæ miniſterium præbebat; pro ſervo educatus & manumiſſus de facto fuit. Poteſt aliis multis modis contingere, ut quis ignoret conditionem ſuam. Ita à prædonibus capti, & pro ſervis diſtracti, hoc ſenſu tantum in ſervitute eſſe dicuntur. *vel. l. hoſtes 24. infr. l. Catones 27. de capt. & poſtl. rev.* Itaque poſſunt ſibi aſſerere ingenuitatem quod olim tantum licebat intra quinquennium, *l. 2. §. 1. ſi lib. ing. eſſe dic.* Sed ea præſcriptio ſublata eſt per Iuſtin. *l. ult. C. ubi cauſa ſtat.*

Natalibus.] Conditioni in qua natus eſt, & quæ per falſam ſervitutem non eſt vitiata; Secus ſi vera fuerit ſervitus, etiam ex iure civili, velut per venditionem ſui ipſius, huc enim manumiſſus fit libertinus *l. homo 21. de ſtat. hom. l. cum pacto 40. de lib. cauſ.* ubi per libertatem, intelligitur ingenuitas.

Manumiſſionem.] Scilicet de facto quæ interceſſit. Nam cum non fuerit vere ſervus, nec poteſt dici vere manumiſſus. Id ita conſtitutum ſæpe ait hic Iuſtinian ſcilicet *l. 2. & 6. & paſſim. Cod. de ingen. manum.* Ridiculus eſt hic Mynſing. qui natales & ingenuitatem explicat de nobilitate, & nobilitari ait eſſe, natalibus reſtitui, quaſi vero natura omnes nobiles, aut à natura ſit nobilitas.

AD TITVLVM V.
LIBRI PRIMI Inſtitutionum.
DE LIBERTINIS.

TEXTVS.

1. Libertini ſunt, qui ex juſta ſervitute manumiſſi ſunt: Manumiſſio autem eſt, de manu datio: nam quamdiu aliquis in ſervitute eſt, manui & poteſtati ſuppoſitus eſt, & manumiſſus liberatur à domini poteſtate. Quæ res à jure gentium originem ſumpſit, utpote cum jure naturali omnes liberi naſcerentur, nec eſſet nota manumiſſio. cum ſervitus eſſet incognita. Sed poſtquam jure gentium ſervitus ingenuitatem invaſit, ſecutum eſt beneficium manumiſſionis: & cum uno communi nomine omnes homines appellarentur, jure gentium tria hominum genera eſſe ceperunt: liberi, & his contrarium, ſervi, & tertium genus libertini, qui deſiderant eſſe ſervi.

COMMENTARIVS.

DE ſignificatione verbi *Libertin.* egimus ad tit. præced. eſſe ſcilic. eum qui cum ſervus eſſet, liber factus eſt; & proponitur hic ordinarius modus liberandi, manumiſſio; ſunt enim caſus, quibus ſine manumiſſione ſervi libertatem conſequuntur, veluti cum conſtitutio & Lex propter moram injuſtam domini, qui manumittere debebat libertatem repræſentat, de qua re eſt *tit. Qui ſine manum. ad lib. perven & tit. Cod. de his qui pro præmio libert. accip.* quibus caſibus aliquando ſalvum manet jus patroni. qui Dominus fuit, aliquando non. Sed & qui directam libertatem à Domino teſtamento conſequuntur, ſine manumiſſione ſunt liberi, & utique tamen iſti omnes ſunt libertini. Itaque generalior & rectior eſſet definitio: Libertini ſunt, qui ex juſta ſervitute libertatem ſunt adepti, & ut in fine textus dicitur, qui deſierunt eſſe Servi.

Ex juſta ſervitute.] Una explicatio Accurſii ridicula eſt, de ſervitute grata & accepta domino. Iuſta ſervitus hic eſt ſervitus vera, quæ opponitur putativæ, de qua in *§. ult. tit. præced.* & de verbo *Juſta* dicemus *infra ad princ. de nupt.*

Manumiſſio eſt de manu datio.] Manus hic ſignificat poteſtatem, ut mox ipſe explicat Iuſtin. ita ſpeciali modo contrahēdi matrimonii dicebatur uxor convenire in manum viri quia fiebat ipſi loco quaſi filiæfam & in poteſtate eius Ita in *l. 2. de orig. inr. in pr.* manus regia pro poteſtate. Poteſt & videri eo alluſum

Iuſum, quod ſervi dicuntur mancipia, quia manu capta §. 3. *ſup. de iur. perſ. in l. 4. de inſt. & iur.* additur, quod ſit datio libertatis, quomodo & vulgatæ editiones habent aliæ, *ut in d. l. 4. de manumiſſio, id eſt, datio libertatis.* Argutatur ibi Accurs. quod dominus, nec ſuam, nec alienam libertatem dare poſſit. Et reſpondet, vel quod tantum dicatur detegere libertatem, vel quod aliquando quis dare poſſit, quod ipſe non habeat. Goth. ait, quod Dominus habeat duplicem libertatem, unam propriam, alteram quam habeat in ſervum: quod poſterius ego capere non poſſum, & omnino ineptum eſt. Nimirum libertatis qualitas naturalis eſt homini, quæ videtur ipſi eripi v. c. per captivitatem, per quam jure gentium poteſtati ſubjicitur alienæ quam ſi remittat dominus, qualitas illa naturalis recipit ſuum vigorem. Et recte *Platea* manumiſſionem eſſe ait poſitam in remiſſione dominii, idque ſatis innuit hic ipſe locus, manumiſſionem nihil aliud eſſe, quam liberationem ex poteſtate dominica.

Quæ res à iure gentium.] De hoc & quomodo jure naturali omnes ſint liberi dictum eſt ſupra. Obſervandum autem hic, Iuſtinianum diſtinguere jus naturæ & gentium, contra eos, qui unicum tantum jus gentium humanum à Iuſtiniano agnoſci falſo ſtatuunt. Neque enim per ius, quo omnes homines liberi naſcuntur; intelligit jus quod hominib. cum brutis eſt commune: quamvis id forte ex eo videri poſſit, quod hic locus eſt ex Vlpiano *in l. 4. de inſt. & iur.*

Servitus ingenuitatem invaſit.] In *l. 4. de inſt. & iur.* deeſt verbum, *ingenuitatem*, quod etiam non agnoſcit Hottom. non etiam agnoſcunt editiones vulgatæ, nec Ruſſard. Cui. Cont. &c. & igitur expungendum.

Vno nomine omnes homines] Utique etiam poſt introductam ſervitutem nomen hominis commune eſt & liberis, & ſervis. Sed Iuſtiniani ſententia hæc eſt, quod ante hominis nomen ita unicum & commune erat, ut nulla in ſtatu eſſet differentia, quæ poſt introducta fuit.

Tria hominum genera.] Utique ſub liberis continentur libertini; Cur igitur hic eos ſeparat? an quia per liberos intelligit ingenuos? an potius ut progreſſum iſtum ſignificaret, quem propoſuit. Nam primo eo initio jure naturæ omnes homines fuerunt *LIBERI*, poſt jure gentium ſecundario introductis bellis, ſecutum eſt ſecundum genus hominum, *SERVI*, & beneficio manumiſſionis, ſecutum eſt tertium *LIBERTINI*.

TEXTVS.

2. Multis autem modis manumiſſió procedit, aut enim ex ſacris conſtitutionibus in ſacroſanctis Eccleſiis, aut vindicta, aut inter amicos, aut per Epiſtolam, aut per teſtamentum, aut per aliam quamlibet ultimam voluntatem. Sed & aliis multis modis libertas ſervo competere poteſt, qui tam ex veteribus, quam ex noſtris conſtitutionibus introducti ſunt. Servi vero à dominis ſemper manumitti ſolent, adeo ut vel in tranſitu manumittantur, veluti cum prætor aut præſes, aut proconſul in balneum, vel in theatrum eunt.

COMMENTARIVS.

1 *Modi manumittendi.*
2 *Libertas iuſta.*
3 *Manumiſſio per vindictam.*
4 *An manumiſſio poſſit fieri per alium.*

Multis modis.] Imo videtur tantum illis tribus, 1 cenſu, † vindicta, teſtamento. Ita enim *Cicer. in Topicis poſt prin.* argumentum hoc eſſe ait ab enumeratione partium, ſi neque cenſu, neque vindicta neque teſtamento liber factus eſt, non eſt liber. Duplex hic reſponſio eſt, 1. quod illi alii modi v. c. per amicos, per Epiſtolam, &c. poſt acceſſerint, eaque forte ratio fuit, ut cum nimis multis modis & privatim quoque libertas daretur, & ita quaſi polluereturjus civitatis Romanæ, placuerit per legem Iuniam Norbanam, ut ita manumiſſi civitatem Romanam ne conſequerentur. 2. quod Cicero loquatur de modis, quibus juſta & perfecta libertas conferebatur: neque enim Latini liberti potuerunt dici vere liberi, qui ſimul animam atque libertatem amittebant, ut de iis ſcribit Iuſtinian. in *§. ult. l. de ſucceſſ. libert.* Innuit hoc *Tacit.* 13. ann. apud quem Senator ita loquitur, manumittendi duas ſpecies inſtitutas, ut relinqueretur pœnitentiæ aut novo beneficio locus. Quas vindicta patronus non liberaverit, velut vinculo ſervitutis attineri; ubi vindictæ tantum fit mentio, vel quia iſte modus principalior & frequentior fuit, vel quia tum cenſus fere agi deſierat ſub principibus; & qui teſtamento

mento manumiſſi erant, beneficio defuncti id habebant, ut de illis in ſervitutem revocandis, (quæ res ibi tractatur,) non eſſet fere dubitatio. Apertius hanc diſtinctionem duorum modorum generalium diſcimus ex *Seneca de vita beata, cap.* 24. Hominibus, inquit, prodeſſe natura jubet, ſervi liberius ſint, ingenui an libertini, juſtæ libertatis an inter amicos datæ. Itemque ex *Sueton. in Auguſto cap.* 40. Servos non contentus multis difficultatibus à libertate, multoque pluribus à libertate *IVSTA* removiſſe. Et igitur duplex 2 fuit † libertas, juſta & non juſta: quæ differentiæ unde fluxerint, ad §. *vlt. h. t.* pluribus dicemus. Apparet ex d. loco Suetonij, hanc differentiam fuiſſe ſub Auguſto, itaque ambigo an probare debeam quod *Ant. Aug. de LL.* ſcribit Legem Juniam Norbanam, ex qua Latinorum conditio eſt, ſub Tiberio latam fuiſſe; maxime quod conſtat, Tiberium jus omne ſuffragiorum populo ademiſſe. Itaque malim ſuſpicari ſub Auguſto, aut forte etiam ante hanc differentiam introductam; licet & Hottom. hic putet latam quatuor annis poſt mortem Auguſti, & forte nondum adempris populo ſuffragiis, ut ita quod Auguſtus antea obſervaverat, certa tum Lege fuerit definitum.

In Sacro ſanctis Eccleſiis.] Nulla hic mentio manumittendi per cenſum, cum ſervus permiſſu domino luſtro ſolenni (quod ſingulis quinquenniis per Cenſores fiebat) nomen ſuum inter cives Romanos in cenſu profitebatur; quoniam illis temporibus cenſus ita agi deſierat; in cuius locum ſubrogatus modus manumittendi in Eccleſia, quem videtur introduxiſſe Conſtantinus, cuius ea de re extat duplex conſtitutio *in l.* 1. *&* 2. *C. de his qui in Eccleſ. manum. & in l.* 2. ſolemnitates decurſas intelligit, comitiorum & cenſus tum obſoletorum morum, ut hoc explicat Hottom. nam & requiritur, ut fiat hoc ſub aſpectu plebis *d. l.* 1. quæ quaſi veterem populum Rom. repræſentet. Poſſint & intelligi ſolemnitates apud magiſtratum adhiberi ſolitæ, cuius vicem ſungatur antiſtes, id eſt, Epiſcopus, quo præſente id fieri vult Conſtantinus. Et hinc apud Caium 1. *Inſtit.* 1. pro cenſu, Eccleſia nominatur; ſeu quia id ad mores illius ſeculi ab aliquo immutatum eſt; vel quia ille non vetus ſed recentior & poſterior Caius fuit, ut exiſtimant *Baro ad tit. infr. quibus modis pot. ſolvit. Hottom. ad procem. Inſtitut. ſup. in fin.*

3 *Aut vindicta.*] Hæc manumiſſio fiebat apud † magiſtratū. Dominus caput ſervi, aut aliud membrum tenens, dicebat, (quam ſolemnitatem poſtea deſiiſſe docet *l. manumiſſ.* 23. *de manum. vind.*) Hunc hominem liberum eſſe volo, *Feſtus* in verbo, *manumitti*, & cum dicto eum circumagebat, dans illi ſcil. hoc modo poteſtatem eundi quo vellet. Perſius.

——Quibus vna Quiritem
Vertigo facit.

Et mox.

Verterit hunc dominus, momento turbinis exit
Marcus Dama.——

Tum lictor juſſu magiſtratus virgulam capiti ſervi manumittendi imponebat, ut ſcribit *Boet. in Topicis Cicer.* quæ eadem dicitur feſtuca, *Plaut. in Milite act.* 4. *ſc.* 1. Quid, ea ingenua an feſtuca facta, φιλοδέσποτον appellat *Plut. in libr. de ſera numinis vindicta.* Ab illa virgula hunc modum appellatū, alii à ſervo Vindicio qui primus ita manumiſſus, tradūt, manumiſſus nimirum optimo jure, ut civis Romanus eſſet, eo quod conjurationē contra Rempub. detexerat teſte *Livio lib.* 2. Sed utraque ratio recte conjungitur, ut ab illo ſervo & virgula & ipſe modus manumittendi duxerint nomen.

Aut inter amicos.] Commiſcet Iuſtin. modos, quibus juſta & quibus non juſta libertas dabatur, quoniam ipſe differentiam ſuſtulit libertinorum, & omnibus civitatem Romanam dedit; Ceteroquin ex ratione juris antiqui id nō fieret ſine vitio. Porro ex conſtitutione Iuſtin *l. vn. §. ſed etſi* 2. *de Lat. lib. toll.* requiritur, ut adſint quinque teſtes.

Vel per Epiſtolam.] In *d. l. vn* §. 1. requiritur ut Epiſtolæ & ipſe dominus, & quinque teſtes ſubſcribe-
4 bant. Quærunt Interpp an manumiſſio † poſſit fieri per procuratorem. Dixi ad Treutler. ad actus voluntariæ Iurisdictionis, & quæ nomen Legis actionum ſibi quodammodo propriū fecerunt, nec potuiſſe mandari jurisdictionum, nec intervenire procuratorem. Ita obſervatur in adoptione *l. neque* 14. *& l. ſeq. §.* 1. *de adopt.* Nec aliud in emancipationibus fuit, quamvis Anaſtaſius permiſerit, ut abſentes liberi poſſint emancipari, ut tamen ipſe pater hoc apud magiſtratum conteſtetur. *l. iubemus C. de emancip. liber.* Idem de manumiſſione reſcriptum *in l. pen. C. de manum. vind.* Sed nimirum quæ per vindictam apud migiſtratū fiebat ſolemniter. Ex quo male *Ioh. de plat.* hic infert ad omnes modos manumittendi: certi enim juris alias eſt, quæ poſſunt per Epiſtolam, eadem recte expediri per procuratorem; Sed ubi ſimplex Epiſto-

la ſufficit, cum autem hic requiratur ſubſcriptio domini & quinque teſtium, non poterit ſimplex & ſolus procurator ſufficere: eoque propria hæc ratio impedit, quo minus & iure Iuſtinianeo per procuratorem manumiſſio expediatur. Eademque impedit ne poſſit fieri per nuntium: in quo mihi Angelus & alii hic labi videntur; neque enim argumentum quo utuntur ab Epiſtola ad nuntium, propter rationem dictam procedere poteſt: alias enim & per procuratorem poſſet expediri. Et propriam rationem habet, quod procurator ipſe obligatur, & in ſuam perſonam litem conteſtatur; ceteroquin utique nomine alterius exſequitur mandatum: neque hic de obligatione quærenda agitur; Itaque non recte adſertur hæc diſtinctio inter nuntium & procuratorem. Verum ut ab Epiſtola abeamus, an non poſſit mandare dominus, ut apud amicos quis manumittat ſervum, vix crediderim; & videntur hæc omnia eſſe perſonalia, itaque nec nuntius hic nec procurator habebunt locum. De quo forte amplius cogitandum.

Quamlibet aliam.] Scil. Codicillos. Et ita tamen non manumittuntur, ut loquitur Iuſtin. ſed manumitti jubentur, & rogantur. Neq; enim directa libertas ex codicillis competere poteſt.

Sed & aliis multis modis.] Inter eos generalis eſt, quo ipſo jure eripitur ſervus in libertatem, ſi vel contra Legem dictam ancilla proſtituta ſit, vel ſi ita ſervus venierit, ut manumittatur. *eit. C. ſi mancip. ita ven. ne proſt. & t. t. C. ſi mancip. ita fuer. alien.* Alii modi ſunt ſub tit. *C de his qui pro pram. lib. & D. qui ſine manum. ad lib.* & plures *in d. l. un. §. 3. & ſeqq. C. de Latin. lib. toll. l. nemini* 24. *C. de Epiſc. aud. Liubemus* 4. *C. de prep. ſacri cubic.*

Semper manumitti ſolent.] Id eſt, omni tempore, non tantum faſtis, ſed etiam nefaſtis & feriatis diebus, quod cum in omnibus actib. voluntariæ jurisdictionis procedat, tum præcipue favore libertatis in manumiſſionibus. Idque per Epiſtolam & inter amicos ita fieri poſſe non poteſt eſſe dubium; ſed etiam apud magiſtratum, id licere docet hic §. *& Gaius in l. non eſt* 7. *de manum vind.* Quin & amplius nec neceſſum eſſe ut poſita ſella conſideat magiſtratus, (quod alias fieri moris erat, ubi extra tribunalius dicendum erat,) oſtendit hic §. *& d. l.* 7. dum ait, etiam in tranſitu poſſe manumitti ſervos, dum procedit magiſtratus: adeo ut hoc etiam recte fiat apud magiſtratum, ſi corporis curandi gratia ad balneum, aut voluptatis & ludorum ſpectandorum cauſa ad theatrum eat. Ideo enim hæc exempla proponuntur, ut omnimodo & ſemper apud magiſtratum manumitti poſſe intelligamus. Apparet autem hoc non procedere, ubi minor 20. annis manumittit, quoniam L. Ælia Sentia requirit, ut hoc fiat cauſa cognita apud magiſtratum adhibito conſilio, de *quo tit. ſeq. §. Eadem.*

TEXTVS.

3. Libertinorum autem ſtatus tripartitus antea fuerat, nam qui manumittebantur, modo majorem & juſtam libertatem cõſequebantur, & fiebant cives Romani: modo minorem, & Latini ex L. Junia Norbana fiebant: modo inferiorem, & fiebant ex Lege Ælia Sentia dedititii, ſed quoniam dedititiorũ quidem peſſima cõditio iam ex multis temporibus in deſuetudinem abierat, Latinorum vero nomen non frequentabatur: ideoque noſtra pietas omnia augere, & in meliorem ſtatum reducere deſiderans, duab. conſtitutionibus hoc emendavit, & in priſtinum ſtatum reduxit: quia & à primis urbis Romæ cunabulis, una atque ſimplex libertas competebat, id eſt, eadem quam habebat manumiſſor: niſi quod ſcilicet libertinus ſit, qui manumittitur, licet manumiſſor ingenuus ſit. Et dedititios quidem per noſtram conſtitutionem expulimus, quam promulgavimus inter noſtras deciſiones, per quas ſuggerente nobis Triboniano viro excelſo Quæſtore noſtro, antiqui juris altercationes placavimus. Latinos autem Junianos, & omnem, quæ circa eos fuerat obſervantiam, alia conſtitutione, per eiusdem Quæſtoris ſuggeſtionem correximus, quæ inter Imperiales radiat ſanctiones. Et omnes libertos, (nullo nec ætatis manumiſſi, nec dominii manumittentis, nec in manumiſſionis modo diſcrimine habito, ſicut jam antea obſervabatur,) civitate Romana decoravimus, multis modis additis,

tis, per quos poſſit libertas ſervis cum civitate Romana, quæ ſola eſt in præſenti, præſtari.

COMMENTARIVS.

1 *Origo diſtinctionis.*
2 *Cauſa diverſitatis inter libertinos.*

ILlud ante omnia obſervandum, diſtinctionem 1 iſtam natam à †diverſa conditione, qua olim ingenui & ſubditi Romanæ Reipubl. utebantur: quamvis non omnimodo accommodari poſſit. Tres erant principales gradus initio Imperii. Cives Romani, quorum jus conſequebantur, qui bello victi in civitatem recipiebantur; quod primis temporibus non ſemel factum; proximo jure Latini, vel qui jus latij habebant, & tertio loco reliqui Italici, poſt latius progreſſis Romanis victoriis, acceſſerunt provinciales, qui deteriori jure uſi, quam Italici; quæ latiſſime perſequitur *Sigon. comm. de antiq. iure civil. Rom. de antiq. iur. Italic. & de antiq. iure provinci.* Illud deinde addendum, quod qui cum rebellaſſent, vi adacti ſeſe dedere cogebantur, vel qui alias neceſſitate coacti ultro ſe dedebant, ut olim fecere Campani: peſſimo jure ſubditi erant; patet ex formula deditionis apud *Livium lib.* 36. Ad hunc modum liberti alio jure optimo, alii peſſimo, quidam medio fuerunt, & hi ſcilicet qui dicebantur Latini, qui licet liberi, tamen jura civium non habebant, inter quæ vel præcipuum erat, jus teſtandi, & ut quis haberet ſucceſſorem; quod quia negatum Latinis libertis, hinc Iuſtin. ſæpe ſcribit, eos vixiſſe ut liberos, mortuos, ut ſervos, quod ſcilicet eorum mortuorum bona patroni occupabant. §. *vlt. infr. de ſucceſſ. libert. l. vn. in fin pr. & §. ſed ſcimus* 3. *C. de Lat. lib. toll.* videtur quod etiam hi liberti potuerint facile in ſervitutem revocari, per ea quæ paulo ſuperius diximus ex *Tacito lib.* 13. *annal.* Neque enim habebant iura civium Rom. quæ tamen certis modis adipiſcebantur, quos proponit *Vipian. li.* 4. *de Latin.* Ait Iuſtin. in *l.* 1. *in princ. de Lat. lib. toll.* eos introductos fuiſſe ad ſimilitudinem antiquæ Latinitatis quæ in colonias miſſa eſt. Enimvero Latinos in colonias miſſos, nuſquam, opinor, ſcriptum eſt. Sed colonias quaſdam jus Latii tantum habuiſſe, & ob id Latinas dictas, accepimus, de quibus tractat *Sigon.* 2. *de antiq. iur. Italica, c.* 3. in quo lapſum Tribonianum, mirandum non eſt.

Porro diſcimus ex Theophilo, à triplici cauſa iſtam differentiam † libertorum, civium Romanorum & Latinorum manaſſe. Nam de Latinis tantum agemus, quod dedititiorum conditio pendebat tantum à qualitate ſervorum nequam, & qui ſcelere aliquo obligaverant, ut docet idem *Theoph. Vlp. tit.* 2. *de libert.* §. *dedititiorum* 6. *Caius* 1. *Inſtit.* 1. §. 3. Ergo ut cepimus dicere primo an quis civis Romanus an libertus Iunianus fieret, pendebat à modis manumittendi, quorum legitimi tres erant, cenſus vindicta, teſtamentum, quorum uno manumiſſum oportebat, ut fieret civis Romanus; ceteroquin Latinus erat 2. à qualitate dominij, nec poterat manumiſſum civem Romanum facere, niſi qui plenum legitimum Quiritarium dominium habebat, ſi tantum in bonis fuiſſet ſervus, fiebat Latinus *Vlp. d. tit.* 2. §. *qui tantum* 11. Tertio ab ætate manumiſſi. Et in genere affirmat Theoph. manumiſſum infr. 30. annos quocunque modo, & licet à domino Quiritario, non potuiſſe fieri civem Romanum. Et ita jus fuiſſe in eo qui minor ann. 30. teſtamento libertatem acceperat, non obſcura ſuperſunt jure noſtro veſtigia *in l. Ariſt.* 46. *de manum. teſtam. l. ſi quis* 13. §. *vlt. de ſtatu lib. l. ex parte* 39. §. 2. *fam. erciſc.* Quibus locis proponitur libertas teſtamento data ſervis cum erunt annorum triginta; in manumiſſis vindicta procedebat, ſi ea manumiſſio facta eſſet ſine cauſæ cognitione, ut ſcribit *Vlp. tit. de libert.* §. 7. De cenſu vix idem admiſerim, quod hic optimus modus erat manumittendi, aut oportuit eum actum fuiſſe nullum.

Ceterum hoc modo Latinus fieri non poterat. Itaque ubi iſta non aderant, erat manumiſſus Latinus, & vix omnimodo liber, quippe qui denuo manumittebatur, ut fieret civis Romanus, ut ſcribit *Caius inſt* 1. §. *ſed inter* 4. *inf.* idque eſt, quod apud *Tacit. lib.* 13. *ann.* extat relinquerent pœnitentiæ aut novo beneficio locum, loquitur autem de iis, qui non juſtam libertatem conſecuti, adhuc quodam vinculo ſervitutibus attinebantur. Hæc ad locum iſtum replicandum ſufficiant. Percurramus breviter verba textus.

Inſtam libertatem.] Cui ut diximus opponitur non juſta, ut & apud *Paulum* 4. *ſentent.* 12.

Iam ex multis temporibus.] Probabile eſt, Imperio in orientem translato & mutata penitus Reipub. adminiſtrandæ forma, ſenſim ita in deſuetudinem abiiſſe.

In meliorem ſtatum reducere.] Dubitare liceat, an ita reducatur res in meliorē ſtatum, ſi etiam qui vis

ſcelerati ſervi civitate Romana donentur, & omnis differentia tollatur. Aliud judicium Auguſto fuit, qui ut refert *Sueton. cap.* 40. magni exiſtimabat, ſincerum atque ab omni colluvione peregrini & ſervilis ſanguinis incorruptum ſervare populum & civitatem Romanam, & ob id manumittendi modum terminavit, & ſervos multis modis à libertate juſta removit.

Quia & à primis.] Quod de primis urbis Romæ cunabulis hic dicitur accipiendum eſt cum mica ſalis, & eo ſenſu quo Florus totum ſpacium, quo Roma ſub regibus fuit, infantiæ nomine comprehendit, ceteroquin ducentis pene poſt urbem Romam conditam, annis hoc accidiſſe docet *Dionyſ. Halicarn. lib.* 4. *antiquit. Rom.* ubi refert, Regem v. Servium Tullium manumiſſis communicaſſe jus civium, & factum hoc multis rationibus excuſaſſe, & conatum probare patritiis, qui id ægre ferebant; ut proinde ante Servium Tullium ſecus fuiſſe oporteat. Audit idem autor eam Legem Servii uſque ad ſua tempora (vixit autem Auguſt: ætate) fuiſſe ſervatum; quod ſi verum eſt, oportet primum ſub Auguſto, quod ſuadet locus ex Suet. ante citatus, vel non multo poſt, diſtinctionem libertorum receptam fuiſſe; forte quod nimia colluvione improborum hominum, polluereturcivitas; de qua re dicto loco conqueritur Dionyſ. Halicarn.

Et dedititios.] Utraq; conſtitutio cuius hic mentio, exſtat ſub propriis tit. *li.* 7. *Cod.*

Et omnes libertos.] Jus civitatis Romanæ olim non niſi bene meritis dari ſolebat integris ſæpe civitatibus, partim plenum cum ſuffragio, partim minus plenum. Bello Italico Sociali, quod & dictum Marſicum fuit, tandem omnes Italici civitatis Romanæ jus obtinuerunt, quod paulatim etiam quibuſdam provincialibus datum, quam rem fuſiſſime pertractavit *Sigonius incomm. de antiq. iur. Ital.* & præcipue *lib.* 3 *cap.* 1. & 2. Demum Antoninus omnib. ſubditis & provincialibus adeo omnibus jus civitatibus dedit *l. in orbe* 17. *de ſtat. hom.* Atq; ita exæquati fuerunt hactenus omnes ingenui. Iuſtinianus exæquavit omnes libertinos, ut & ipſi omnes cives eſſent.

Nullo nec ætatis] Intenditur digitus ad tres illas cauſas ex quibus quis nõ poterat fieri civis Romanus. Ætas ſervi manumittẽdi, manumiſſionis modus, & dominium in manumittente, juxta paulo ante explicata. Et proinde legendum eſt, non *domini* ſed *dominis*, quomodo legitur apud Theophilum, & probat *Aut. Aug.* 3. *emend* 7. quanquam eodem ſenſu poteſt retineri recepta lectio: quod ſc. ut Cui, explicat, nihil interſit etiamſi qui manumittit tãtum ſit bonitanus, quippe cum ipſe Iuſtin. Iſtã dominii differentiã ſuſtulerit *l. vn. C. de nud. iur. Quir. toll.* Quin & alium ſenſum iſta lectio recipit, ut hinc petatur quarta cauſa ob quam manumiſſus fiebat tantum Latinus, ob qualitatem propriam domini, v. c. ſi mutus & ſurdus ſit, ab hoc enim manumiſſũ non conſequi juſtam libertatem ſcriptum reliquit *Paulus* 4. *ſent.* 12. Illud enim huc non pertinet, quod L. Ælia Sentia cavit de minore 20. annis: hic enim per vindictam cognita cauſa apud conſilium manumittens procul dubio facit civem Romanum; aliter manumittens omnino non faciet liberum.

AD TITVLVM VI.

LIBRI PRIMI INſtitutionum.

QVI ET EX QVIBVS CAVSIS manumittere non poſſunt.

TEXTVS.

1. Non tamen cuicunque volenti manumittere licet: nam is qui in fraudem creditorum manumittit, nihil agit: quia Lex Ælia Sentia impedit libertatem. Licet autem domino, qui ſolvendo non eſt, in teſtamento ſervum ſuum cum libertate inſtituere hæredem, ut liber fiat, hæreſque ei ſolus & neceſſarius: ſi modo ei nemo alius ex eo teſtamento hæres exſtiterit; aut quia nemo hæres ſcriptus ſit, aut quia is qui ſcriptus eſt, qualibet ex cauſa hæres ei non exſtiterit. Idque eadem Lege Ælia Sentia proviſum eſt, & recte. Valde enim erat proſpiciendum, ut egentes homines, quibus alius hæres extaturus non eſſet, vel ſervum ſuum neceſſarium hæredem

Digitized by Google

dem haberent, qui ſatisfacturus eſſet creditoribus, aut hoc eo non faciente, creditores hæreditarias res ſervi nomine vendant, ne injuria defunctus adficiatur. Idemque juris eſt, etſi ſine libertate ſervus hæres inſtitutus eſt. Quod noſtra conſtitutio non ſolum in domino, qui ſolvendo non eſt, ſed generaliter conſtituit, nova humanitatis ratione, ut ex ipſa ſcriptura inſtitutionis, etiam libertas ei competere videatur: cum non ſit veroſimile, eum quem hæredem ſibi elegit, ſi prætermiſerit libertatis dationem, ſervum manere voluiſſe, & neminem ſibi hæredem fore.

COMMENTARIVS.

1 *Libertas contra L. Æl. Sent ipſo iure nulla.*
2 *Neceſſarius hæres quomodo.*

LEx poteſt ex certis cauſis inhibere, ne dominus alienet, & eadem igitur inhibere poterit,
1 ne dominus † manumittat. Quod fecit L. Ælia Sentia, cuius duo capita h. t. proponuntur (plura enim alia fuiſſe facile credibile eſt, & eorum ſex recenſet *A. Aug. de LL. pop. Rom.* primum eſt, ut ne liceat manumittere in fraudem creditorum. Licet enim libertas favorabilis ſit, tamen qui cum aliquo contraxerunt, decipi non debent. Ea ſententia Legis in pr. h. t. ita proponitur, quod qui in fraudem creditorum manumittit, nihil agat, & redditur ratio, quod Lex impediat libertatem, actus autem contra Legem prohibentem, eſt nullus *l. non dubium. C. de LL.* & ita *Vlp. de libert. tit. 2. §. eadem* 10. quod Lex manumittere in fraudem prohibeat; & *Gaius l. Inſt. §. 5. in fin.* quod talis manumiſſio non valeat, & in *l. in fraudem* 27. *qui & à quib. man.* quod ita manumiſſus liber eſſe prohibeatur. Et ratio eſt, quod libertas quæ ſemel competiit, non facile retractatur, arg. *§. ſemel 6. infr. h. t* quia durum ſit & triſte, ſemel liberatum iterum revocari in ſervitutem, itaque contra libertatem à ſe datam minor non reſtituitur *l. ſi ex cauſ. 9. §. vlt. cum 2. ll. ſeq. de minorib. fac. l. ait. 7. §. ſed quod* 10. *in pr. eod. tit.* Et hæc uno ore in Impp. hic tradunt, ut mirari liceat, quid in mentem venerit Pacio, in notis marginalibus hoc loco, ubi ſcribit libertatem ipſo jure valere, ſed revocari. Neque contra plures textus & certam rationem debet captari, & in vitioſum ſenſum torqueri, quod in *l. 1 C. qui manum non poſſ.* libertates per L. Æliam Sentiam dicuntur revocari & in *l. 5. §. 2. Qui & à quibus manum.* reſcindi, & in *l. ſi quis 24. eod.* retrahi in ſervitutem. Quæ nimirum tum paulo minus proprie dicuntur, tum eo reſpectu & conſideratione præcipue, quod propter fraudationem creditorum, ſi de ea conſtet, manent ſervi: & hoc ipſa jam citata *l. 24.* oſtendit, ubi ait ICtus, ſi prioris ſervi pretium ſufficiat, ſequentem ad libertatem perventurum. Et nimirum ita jus eſt, ut propter intereſſe creditorum ſuſponſus ſit actus manumiſſionis, non autem omnimodo ſit nullus, quippe cum & eventum & animum fraudandi concurrere neceſſe ſit, ut mox ſequitur h. t. & ſi creditores fraudati non ſint, dominus poteſt retractare libertatem, & dicere eſſe nullam *l. ſi credit. 5. C. de ſerv. pign. dat. manum.* ſicut & alias notant Dd. ſi ob dolum contractus ſit nullus, eum qui dolum admiſit, nullitatem allegare non poſſe, & contractum in ejus præiudicium pro valido haberi *gl. in l. & eleganter in pr. de dolo malo. Ang. in §. ſemel in fi. infr. h. t.* ſed enim hic, ut dixi poteſtate Legis Æliæ Sentiæ interim in ſuſpenſo eſt actus manumiſſionis, & ſiquidem creditores fraudati ſint, nullus eſt & manet, ſin fraudati non ſint, retro jam ſervi manumiſſi liberi fuiſſe intelliguntur. Propter quem effectū & huius caſus intuitu; ubi fraudati creditores ſunt, libertas dicitur revocari & reſcindi, quæ videlicet, ſi creditores fraudati non eſſent, ſalva maneret. Et fruſtra affertur huc actio revocatoria & reſciſſoria Pauliana ex Edicto, *t. t. C. quæ in fr. cred.* qua alienatio ipſo jure valida revocatur. Etenim ea non ad libertates pertinet, ſed ad alia bona, quoniam nō eadem que libertatis ratio eſt; tum non eadem edicti prætorij poteſtas eſt; quæ legis & denique lex uſa eſt urbis prohibentibus, non edictum prætoris, ut ex ipſis ejus verbis apparet in *l. 1. in pr. l. ait* 10. *in pr. quæ in fraud. cred.*

Lex Ælia Sentia.] De hac lege *A. Auguſt. de LL. pop. Rom.* Fallitur Mynſ. qui putat eſſe eā cuius meminit *Cicer. in Topicis.* ea enim Sanctia eſt, & mirum ſit Ciceronem meminiſſe Legis Sentiæ, quæ demum poſt mortem ejus imperante Auguſto anno Urbis Conditæ 756. lata eſt, quod ipſe magis Mynſ. probare videtur.

Licet autem.] Hottom. & Weſenb. legunt *tamen*, ſed etiam retenta particula *autem*, tamen

ſatis apparet proponi hic exceptionem *ad pr. tit.* qua manumiſſio valet etiam in fraudem creditorum, ſi adeo detur et libertas, vt ſit hæres debitoris, & nimirum ſi ſit ſolus; quam exceptionem ab ipſa L. Ælia Sentia adiectam eſſe mox ſcribit Iuſtinianus.

Neceſſarius.] Neceſſarius tantum *in pr. infr. de hared. qualit. & diff.* ad diſtinctionem liberorum in poteſtate, qui ſunt ſui & neceſſarii, ſcilicet jure civili. Nam cum hi jure prætorio poſſint abſtinere, vt dicemus d. t. jure iſto ſolus ſervus eſt neceſſarius hæres, cui videlicet poteſtatem abſtinendi prætor non facit.

Sed hic quæritur, In quo neceſſitas iſta poſita ſit; Hottom. & Weſenb. ita accipiunt, quod cogatur adire hæreditatem. Sed verius eſt ita dici neceſſarium, quod ipſo jure exiſtat heres, quoniam dicitur protinus fieri hæres. §. 1. *infr. de hared. qualit.* & iſtis hæredibus negari facultas abſtinendi *l. neceſſariis 57. in fin. de ad. hared.* quod arguit eos iam eſſe hæredes; facit apperte *l. furioſus 63. eod. tit.* ex qua furioſus ſit neceſſarius hæres domino, tum deniq; facit, quod ſervus invitus non poteſt cogi adire, per *l. 3. in fin. Cod. de hared. inſtit.* nec quiſquam ad factum præciſe cogi poteſt. Itaque ut L. Sentia ſcopum ſuum conſequeretur, ita ſtatuendum fuit, ut ipſo jure ſervus eſſet hæres.

Si modo ei nemo alius.] Nota, non eſſe neceſſe, vt ſervus ſit ſolus ſcriptus teſtamento hæres, ſed ut ſit ſolus ubi de aditione quæritur. Itaque ſi vel centum hæredes ſimul cum ſervo ſcripti deficiant omnes, locum habet L. Sentia & ſervus ſit hæres neceſſarius. Idque etiam in duobus ſervis hæredibus ſcriptis, quorum vnus ante deceſſerat, receptum eſt *l. qui ſolvendo 42. de har. inſt.* Ceteroquin ſi uterque eo tempore quo de adeunda hæreditate quæritur, ſuperſit, neuter eſt hæres neceſſarius *d. l. 42. cum l. ſeq.* vbi videlicet vterque primo gradu ſcriptus eſt, alias ſecus, *l. qui ſolvendo 60. d. t.* Et amplius oportet nec ex primo nec ex ſecundo gradu ſupereſſe, qui velit eſſe hæres, adeo quidem, ut & qui ipſi ſervo ſubſtitutus eſt, præferatur. *l. ſi is qui 57. de inſtit. her.* Vnus tantum eſt caſus ſingularis, quo cum ſervo hærede neceſſario alius concurrit, *l. ei qui 88. de hared. inſtit.*

Valde enim proſpiciendum erat.] Ratio redditur exceptionis, quam ſane oportet eſſe prægnantem, ut etiam in creditorum fraudem (alias enim exceptio non eſſet) talis manumiſſio & inſtitutio valeat. *l. 1. C. de neceſſ. ſerv. her. inſt.* & amplius ita valeat, ut ſervus fiat Romanus civis (neque enim alias heres eſſe poſſet) licet alias Latinus aut dedititiæ conditionis libertus fieri debuiſſet, ut ſcribit Vlpianus *tit. 2. de libertis. §. ab eo 9.* Ceteroquin ſi quæ Lex alia aut ſanctio impediat libertatem, fuit inſtitutus heres, licet dominus ſolvendo non ſit *l. ſi non 83. de hared. inſt.* ſicut & tum ſi ſervus ſpecialiter pignori nexus ſit *d. l. 1. C. de nec. ſerv. har. inſt.* quia nec hic manumitti poteſt *l. 1. & 3. C. de ſerv. pign. dat.* Ratio in ſumma eſt, ut parcatur famæ defuncti, & ut hic *inf. §. 1.* dicitur, ne injuria defunctus afficiatur, unde deciſio *l. primo 23. Qua infr. cred.* ibi, *fama defuncti, conſervanda gratia.* Ita enim obtinebat olim, ut bona ejus qui ſolvendo non eſſet, ſive viventis ſive defuncti publice ſub haſta proſcriberentur & diſtraherentur, de quo *infr. lib. 3. tit. 13. de ſucceſſ. ſubl.* quod quam infame habitum fuerit, oratio *Cicer. pro P. Quintio* oſtendit. Hanc infamiam, quæ alias in defunctum expetiiſſet, quaſi vicarius ſubire cogitur ſervus, qui non magis patrimonium quam infamiam conſequi videtur *l. 3. C. Theod. de inoff. teſtam.* pro beneficio libertatis, quæ habetur inæſtimabilis. Ceteroquin nullum onus aut incommodum ſentit, quippe ſpecialiter ei conſultum eſt, ut quæ poſt mortem patroni adquiſivit, à bonis eius ſeparet, nec in ea jus ullum ſit creditoribus §. 1. *ver. pro hoc infr. de hared. qual.* & proinde falſum eſt, quod Weſenb. ſcribit, ſervum poſſe convenire in ſolidum ſi ad pinguiorem fortunam perveniat: & longe alia ratio eſt ipſorum debitorum qui bonis ceſſerunt ex §. *ult. inf. de actionibus* quo textu ipſe abutitur: ita loquitur Cicero d loco, tamquam ex iſta re vera infamia ſe queretur debitorem; quod tamē poſtea ſublatum docet *l. debitores 11. C. Ex quib. cauſ. infa. irr. l. ult. in pr. C. qui. bon ced. poſſ.* Vtique hoc modo ſugillari famam & debitoris & conjunctorum haud dubium eſt: unde in *l. paterf. 28. verſ quod prator. de bon. aut. ind.* pudori filij parci dicitur, ne eius bona veneant; & *Plin. 2. Epiſt. 4.* monet, filiam ut ſuſcipiat patris hæreditatem, & ita famam pudoremque defuncti, & vel hac de cauſa intereſt defunctorum ut habeant hæredes. *l. 6. de interrog. act.*

Et ſi ſine libertate,] In univerſum ita jus olim fuiſſe videtur, ut ſervus non adſcripta libertate fruſtra inſtitueretur hæres, & ita *Caius inſtit. 3. §. vlt.* Neceſſarij hæredes ſervi qui cum libertate inſtituuntur §. 1. *inf. de hared. inſtit.* ubi dicemus pluribus. Et itaq; conſequenter iuxta L. Æliam Sentiam, dominus qui ſolvendo non erat, ſervum libertate de-

tate debet instituere. Secundum quod *Vlp. tit. 2. de libert. §. ab eo 9.* servus ut testamento liber esse jussus sit, requirit. Justin. humaniter voluit, ut satis esset institui servum, licet nulla mentio facta sit libertatis, hoc text. quod scilic. in genere etiam extra hunc casum domini qui solvendo non est, disposuit *l. pen. in pr. C. de necess. hered. inst. §. 1. inf. de hered. inst.* ubi ait hoc jam olim Paulo & Attilicino placuisse: itaque non est id novum hactenus, quoniam etiam alii ita senserunt, sed est novum quatenus jam projure obtinet, quod olim ex plurium sententia contra obtinebat, *d. §. 1.* atque ita explicandum est, quod hic Justin. ait, se hoc nova humanitatis ratione constituisse: nam procul dubio illi quorum *in d. §. 1. de her. inst.* meminit Iustin hac eadem ratione usi sunt, quod qui dedit hæreditatem, sine qua hæres esse nō potest: loquimur enim de servo proprio testatoris, quem nulli alii fini videri potest instituisse testator, quem ut ipse servus esset hæres: quæ ratio fortius stringit in terminis hujus tit. & in casu quo dominus solvendo non est, qui utique omnino censetur in defectum aliorum voluisse ut servus omnino esset heres, & ut ipse effugeret infamiam, cuius in *f. §. 1.* mentio est: idque est quod in *f. §. 2.* dicitur non præsumi testatorem voluisse, ut nemo sibi esset heres. Hic vulgo Dd. cumulant illa protrita, Qui vult consequens, vult etiam antecedens: & qui vult aliquid, censetur velle omnia ea, sine quibus ad illud non potest perveniri.

TEXTVS.

2. In fraudem autem creditorum manumittere videtur, qui vel iam eo tempore quo manumittit, solvendo non est, vel qui datis libertatibus desiturus est solvendo esse. Prævaluisse tamen videtur, nisi animum quoque fraudandi manumissor habuerit, non impediri libertatem, quamvis bona eius creditoribus non sufficiant: sæpe enim de facultatibus suis amplius quam in his est sperant homines. Itaque intelligimus tunc impediri libertatem, cum utroque modo fraudantur creditores, & consilio manumittentis, & ipsa re, eoque bona eius non sunt suffectura creditoribus.

COMMENTARIVS.

1 *Error Mynsing.*
2 *Error VVesembecii.*
3 *Conciliatio duorum textuum.*
4 *Ampliatio notabilis.*
5 *Limitatio.*

Desiturus est solvendo esse.] Quod Lex Ælia Sentia simpliciter locuta erat de debitore qui non esset solvendo, quia cavillationem pati poterat, ita ex mente legis acceptū fuit, ut libertates illæ quoque impeditæ censerentur, quibus collatis debitor desiturus sit solvendo esse, *l. §. & l. in fraudem 10. Qui, & à quib. man.* id est non amplius solvere posse solidum quod debet. *l. solvendo 114. de verb. sign.*

1 Addit Mynsing. hic, an † quis sit solvendo nec ne, æstimari quoque ex facultatibus fideiussoris: secundum quod qui locupletem habet fideiussorem, nunquam dicetur dedisse libertatem in fraudem creditorum: quod ego falsum esse puto, & ex propriis bonis debitoris hoc æstimandum. Nec tuetur causam Mynsingeri *l. si plures 27. §. præterea de fideiuss.* ubi tractatur, an confidetussor sit solvendo, ad hunc effectum ut in eum actio sit dividenda; ubi respondetur scilic. ut dividatur actio satis esse, si secundi fidejussoris facultates adgregatæ faciant, ut solvendo primus intelligatur: quod ad nostram hanc rem male trahitur.

Prævaluisse tamen.] Hoc ita receptum favore libertatis: nam ut actioni Paulianæ revocatoriæ locus fit, sufficere videtur eventu creditores fraudari, ut

2 quidem Wesemb. † hic notat: sed puto eum falli: nam utiq; constat, nisi eventu fraudentur creditores, actioni Paulianæ locum non esse, *l. ait prat. 10. §. 1. qua in fraud. cred.* & illud perpetuum est, ut sit alienatio facta in fraudem: *rubr. & tit. qua in fraud. cred.* nec dici potest fraus cum abest malignus animus & propositum fallendi: ideoque tractant in hac materia Dd. de variis præsumptionibus & rationib9 ex quib. fraus colligatur, ut videre est apud Jasonem in §. *Item si quis in fraud. Inf. de action. n. 46. & seqq.* Nec quidquam juvat Wesemb quod non opus est scientia & participatione fraudis in possessore in quem titulo lucrativo res translata est, quoniam nō de possessore sed de debitore alienante quæritur. Et puto istud specialiter hic monitum de libertatibus, quoniam Lex Ælia Sentia simpliciter fortassis de debitore qui solvendo non erat, locuta

Digitized by Google

cuta fuit; ſed id ita acceptum eſt, ut oporteret libertatem animo fraudandi datam fuiſſe. Itaque impeditur libertas, ubi conſilium & eventus concurrit: *d. l.* 10. *Qui & à quib. l.* 1. *C. Qui manum. non poſſ.* non impeditur ubi vel conſilium ſolum, & ſi quis putet minoris bona ſua eſſe quam revera ſunt: vel eventus ſolus eſt, ſi quis putet pluris bona ſua eſſe, quod exemplis illuſtrat Theoph. hic. Et itaque creditores qui agunt, oportet probare utrumque concurrere, ubi locus erit præſumptionibus quibus fraus probetur, ut recte *Mynſing. poſt Laſ. d. loc.* quarũ multas referunt *Angel. & Iaſon in addit. ad Chriſt. Porc. & Plat. hic*: ſicut & præſumptiones facient ad fraudem excludendam, ſi quis ſervis bene meritis dederit libertatem, & juſtam cauſam habuerit exiſtimandi, plus eſſe in bonis: veluti ſi fortuitis caſibus, quos ignoravit dominus, bona fuerint diminuta, quod accidere ſæpe iis, qui in aliis & maxime tranſmarinis regionibus per alios negotiantur ait JCtus *l. in fraudem* 20. *Qui & à quib. manum.* (alias cauſas ex quibus poſſint ignorari vires patrimonii aſſignant *Angel. & Porc. hic.*) ex quo loco apparet, quod hic traditur, non tantum ad actus morientium & libertates teſtamento datas pertinere; Sed etiam ad libertates quas quis dedit inter vivos, ut recte tradit contra Bart. *Iaſon. in d. §. Item ſi quis infr. in f. de action. n.* 48. pro ampliatione ad hunc §. de concurſu conſilii & eventus, notandum eſt, hic inſuper requi-

3 ri ad impediendam † libertatem, ut utrumque in ejuſdem perſona concurrat: ceteroquin ſi quis animo fraudandi debitoris Titii libertatem ſervo dederit, & poſt dimiſſo Titio tum Sempronium creditorem habere ceperit, licet hic eventu fraudetur, libertates ratæ manent, *l. ſi quis* 15. *Quæ in fraud. cred.* Cui tamen omnino obſtat. *l. in fraudem* 25. *Qui à quib.* & proinde aut ea intelligenda eſt de caſu, quo priores creditores pecunia novorum dimiſſi ſunt *arg. l. ait.* 10. *§. 1. quæ infr. cred.* aut intelligendi ſunt non revera novi creditores, ſed reſpectu aliorum qui dimiſſi ſunt, cum tamen & ipſis jam tempore teſtamenti facti pecunia deberetur: aut hoc erit vitium Pandect. Florent. nam in vulgatis omnibus legitur; non *propter novos creditores*, ſed, *propter novos reſiduos creditores.* Addendum inſuper & hoc ad explicationem huius loci ſpectari eventum eo tempore, quo creditores agunt aut potius ubi ius agendi habent. Unde reſponſum eſt in *l. ſi mortis* 18. *Qui & à quib.* impediri libertates, ſi hereditas non ſit ſolvendo cum aditur, licet ſolvendo eſſet, cum moreretur teſtator: quia jacente hereditate non eſt, cum quo experiantur creditores: intelligendum autem eſt procul dubio in ea ſpecie, animo fraudandi libertates

4 fuiſſe datas. Denique † addo & hic, eventum, & quod quis non ſit ſolvendo, & bona non ſuffectura creditoribus, æſtimari ex bonis ipſius defuncti debitoris. Ideoque ſi fraus adſit, & bona debitoris non ſint ſolvendo quamvis hæres ſit locuples & ſolvendo impediri libertates *l. cum hereditas* 3. *in fr. Qui & à quib.* ubi vitioſe in editionibus Florent. Goth. Ruffardi & Pariſina, particula *Non* tamquam ſpuria virgulis circumſcripta eſt: tum per textum in *l. Stichum*, 39. *§.* 1. *de ſtatu lib.* tum per textum expreſſum in *l. Si mortis* 18. *§.* 1. *inf. Qui & à quib.* ubi dicitur, quod hæres locuples non proficiat ad libertatem, & idem in *l.* 5. *C. de manum. teſt. text. eleg. in l. ſi locuples* 57. *ubi ratio dub. & decid. D. eod.* Cujus rei, quæ dura videtur, hanc rationem eſſe puto, quod lex noluit hoc pendere ex bonis alterius, & ex incerto caſu, an hæres locuples futurus eſſet nec ne.

Supereſt ad hunc locum limitatio. Procedit

5 enim † in libertatibus directe datis: ut fideicommiſſariæ impediantur ſufficit eventu fraudari creditores, licet abfuerit animus fraudandi in teſtatore. *l.* 1. & apertius *l. ult. C. Qui manum non poſſ.* Et tamen videbatur contra facilius ſuſtineri fidei commiſſarias, *arg. l. ſi autem* 9. *D. de inoff. teſt.* Reſpondet Chriſtoph. quod teſtamento inofficioſo pronunciato omnia ea ſcripta corruant, ſed fideicommiſſa etiam ab inteſtato præſtari poſſunt. In noſtris terminis, hanc idem reddit rationem differentiæ, ideo facilius ex ſolo eventu fraudis impediri libertatem fideicommiſſariam, quia hic removeatur voluntas teſtatoris ab actu, qui cenſeatur, ita mandaſſe hoc heredi, ſi id fiat ſine præjudicio creditorum: ubi autem directo dat libertatem teſtator, eam ob ipſius domini poteſtatem difficilius revocari, à cujus actu abeſt dolus. Et tamen non dubium eſt, quin teſtator velit fideicommiſſariam libertatem præſtari, & in *d. l. ult. C. Qui man. non poſſ.* dicitur, voluntatem teſtatoris nihil prodeſſe: quamvis ſane abſit ab ipſo actu proximo manumiſſionis: itaque cum moriente eo res adhuc integra ſit, & per alium libertas præſtanda, viſum fuit facilius impediri poſſe libertatem: & potuit hic prima origo fideicommiſſorum infirma & fragilis aliquid moviſſe,

TEXTVS.

3. Eadem lege Ælia Sentia domino viginti annis minori, non aliter manumittere permit-

Digitized by Google

permittitur, quam si vindicta apud consilium, iusta causa manumissionis adprobata fuerint manumissi. Justæ autem manumissionis causæ hæ sunt: veluti si quis patrem aut matrem, aut filium filiamve, aut fratres sororesve naturales, aut pædagogum vel nutricem, ut educatorem aut alumnum. alumnamve, aut collectaneum manumittat, aut servum procuratoris habendi gratia, aut matrimonii habendi gratia ancillam, dum tamen intra sex menses in uxorem ducatur, nisi iusta causa impediat: & servus qui procuratoris habendi gratia manumittitur, non minor decem & septem annis manumittatur. Semel autem adprobata causa, sive vera sit, sive falsa, non retractatur.

Commentarius.

1. *Apud quos fiat manumissio.*
2. *Alumnus quis.*
3. *De servo procuratore minore.*
4. *Explicatio l. 51. de rit. nupt.*
5. *An falsa causa noceat libertati.*

HOc est alterum caput L. Æliæ Sentiæ, de quo hic & alibi jure nostro agitur. Ne minor viginti annis manumittat, nisi apud consilium causa cognita & approbata. Lubrica enim est hæc ætas & quę facile à servis sibi persuaderi patiatur: Et intelligimus, nec consensu curatoris, si quem habeat minor, sine consilio libertatem servo dari posse.

Vindicta.] Ergo nec testamento, nec per censum, nec ullo alio modo: quia cognita causa opus erat, quæ non nisi à magistratu adhibetur.

Apud consilium.] *l. 1. in pr. de offic. cons.* Explicat hoc *Vlp. lib. 2. de libert. §. Eadem 8.* In consilium, inquit, adhibentur, Romæ, quinque Senatores, & quinq; equites Romani, in provincia, viginti recuperatores (qui videlicet alias privatis causis diiudicandis à magistratu dari solebãt) cives Romani. Theoph. autem hic de temporibus activis & hybernis, & postrema die conventus, nugatur. Hinc intelligimus hanc rẽ non nisi apud magistratus ipsos ordinarios tractari potuisse: non apud mandatarium jurisdictionis, quoniam huc consilii exercendi jus non habet *l. 2. in pr. de offic. eius.* Ex quo textu imperite colligit & hic scribit Baro, consilium exercere esse Imperii meri, quod perspicue falsum est; siquidem Imperium merum tantum pertinet ad causas criminales. Neque vero quæcunque mandari non possunt, aut mandata jurisdictione non transferuntur, omnia sunt Imperii meri, neque hæc propositio, quæ sunt Imperii meri mandari non posse, convertibilis est: sed sunt & alia cognitioni & prudentiæ magistratuum nominatim commissa, quæ non mandantur, vt apparet ex *d. l. 2. §. 1. de offic. eius l. 6. §. tutoris de tutel. l. cum si 8. §. sed nec 28. de transact.* & omnino decem illi, fuerunt decem viri qui dicebantur litis iudicandis, de quibus in *§. deinde 29. l. 2. de orig. iur.* qui prætori quasi ordinario ut iudices aderant in causis gravioribus & quos propter dignitatem eorum solus prætor non mandatarius cogere & convocare poterat. *d. l. 2. de offic. eius.* qui etiam haud dubie per judices intelliguntur *l. 16. de manum. vind. l. 1. C. eod.* & vide Rævard. *lib. pro tribunal. cap. 18.* Sed & non tantum prætorem, sed etiam consulem huiusmodi consilium habuisse docet *l. un. de offic. consulis.*

Lege Ælia Sentia.] Videtur hoc tribui SCto in *l. Vn. inf. D. de offic. cons. Cuiac. in Notis* putat, aut SCtum aliquod factum circa Legem Æliam Sentiam, super examine causæ: (quod suadet *l. 13. in f. de man. vind.* his verbis, *ita enim Senatus consuit.* facit eodem *l. matrimonii 21. in f. Qui & à quib. man.* aut ex Notis errorem natum, & legendum, *qui ex Lege.* Probabilius est quod Hottom. monet, pro *ex SCto consilii* legendum, *ex sententia consilij.* Quod si enim subtituas *ex Lege*, expungendum fuerit amplius, verbum, *consilij*, quod tum nullius rei fuerit: & non est solius consulis vel alterius magistratus, examinare causam, sed cum consilio, & huius potius sententiam sequi quam propriam. Itaque aptissime dicitur, consulem examinare causam ex sententia consilij.

Quam si vindicta &c.] Aspera & barbara locutio est, *minori non aliter manumittere permittitur, quam si fuerint manumissi*: sensus perspicuus est, quem his verbis exprimit Hottom. non aliter manumittere permittitur, quam si dicta apud consilium causa adprobata fuerit manumissio.

Justa autem.] Potest ingenuus & qui libertatus est habere servum patrem, vel qui post factus est, veluti per venditionẽ sui ipsius, vel qui semper fuit & cum libera consuevit: potest & habere matrem servam, quæ conceptionis aut medio tempore fuit libera, juxta *tit. sup. de ingenuis*, potest & habere libe-

re liberos ſervos, quos ex propria vel aliena ancilla ſuſcepit. Item fratres ſervos, quos pater ex ancilla ſuſcepit, vel mater eius antequam libera facta eſſet, edidit. In liberto facilius eadem occurrunt: & poteſt quis per contractus emptionis aut permutationis, aut donationem huiuſmodi perſonas acquiſiiſſe: poteſt etiam dominus communis, unum heredem inſtitutum ceterorum omnium qui ante erant conſervi, dominum efficere.

Veluti ſi quis.] Hæc exempla ſunt, quæ non exhauriunt propoſitionem. Sunt enim & aliæ juſtæ manumittendi cauſæ, *l. juſta 9. in pr. l. etiam 15. in pr. & §. 1. de manum. vind.*

Alumnum alumnamve.] Nonius *Marcellus cap. 4. 2* ſcribit † conſuetudinem velle, alumnos dici quos alas, & eos qui aluntur. Secundum priorem ſignificationem commode hic acciperetur, ut juſta cauſa ſit manumittendi eum eamve, qui domini adhuc infantis aut pueri curæ & educationi adhibiti fuerunt: niſi impediret, quod ſeorſum nieminit, nutricis & educatoris. Et poſterior ſignificatio magis propria & frequentior eſt, quo ſenſu apud *Virgil. lib. 11. in pr.* Pallas dicitur alumnus Acetis: & apud *Ovid. lib. 10. metamorph.* anus Myrrham cui alimenta prima dederat, vocat alumnam ſuam. Itaque intelligendus hic erit ſervus vel ancilla quem vel quam dominus educavit: de cujuſmodi ancilla alumna etiam agitur in *l. ſi quis 26. C. de nupt.* ubi proponitur dominus alumnam ſuam libertate donaſſe & uxorem duxiſſe, quam quaſi filiæ loco habuit. Sed an igitur omnes ex ancillis nati natæve, quos quaſve educat dominus, erunt ipſius alumni, & alumnæ? Id quidem dictum fuerit per abſurdum, ut omnes vernæ ſint alumni. Nec poſſunt alii intelligi, quam quos quis ab alio expoſitos ſuſcepit & aluit, hi enim alentis videntur olim ſervi effecti, quod ſuſtulit *Juſtin. in l. 5. C. de infant. expoſ.* itaque iſto novo jure, non poteſt hæc amplius eſſe juſta manumittendi cauſa. Et ego tamen quis affectus aut quæ pietas ſit domini erga talem ſuſceptum, non ſatis video, cum etiam olim id lucri cauſa ut ſervum haberet, quis feciſſe videri poſſet. Et tamen alia ratio non videtur huius rei explicanda: aut an forte ponimus libertum manumiſſum velle manumittere eum quem ipſe cum ſervus eſſet, educavit: idque ſuadetur *arg. l. alumnos 14. de man. vind.* ubi dicitur, quod magis mulieribus conveniat manumittere alumnos: nec enim mulier libera & domina mammam præbeat infantib. ſervis: alumnorum etiam mentio eſt in *l. 8. de pig.*

Servum procuratoris habendi gratia.] Requiritur in eo ætas 17. annorum *h. §.* Nec pugnat *l. ſi collactaneus 13. de manu. vind.* (propter quē vitioſe Hottom. hunc text. mutavit) quoniam intelligitur *d. l. 13.* dum ne ſit infra 18. annos, & iſtum annum attigerit, completo anno decimo ſeptimo: ita enim in *l. 1. §. 3. de poſtul.* poſtulare poſſe dicitur, qui totum annum 17. implevit, & conſequenter iam incipit 3 eſſe 18. annorum. Sed an † intelligimus hic procuratorem ad negotia an ad judicia & lites? Illi obiicitur, quod & ſervus poteſt eſſe talis Procurator, imo etiam qui eſt infra annum 17 Huic, quod minor 25. annis non videatur eſſe idoneus procurator ad judicia, ut quidem communiter opinantur Doctores: quibus plerique Neoterici contradicunt, & inter hos *Cuiac. obſ. 16.* & eam opinionem, quod minor 25. annis poſſit eſſe procurator ad lites, bene hic confirmat Porcius, quam queſtionem hic exſequi non libet; unum dico, veriſſimam eſſe ſententiam eorum quos citat *Ioh. de Plat.* poſſe eſſe ipſo jure procuratorem, ſed obſtare ipſi exceptionem, quia multa recurrunt in judicio ex quibus lædi poteſt procurator, & aliquando cautiones præſtandæ ſunt ex variis cauſis: ut proinde cū minor læſus in integrum reſtitui poſſit, ſatis conſultum non ſit adverſario, cum minore procuratore litigare: Quod ſi prætor deprehendat talem eſſe cauſam, ex qua damnum ipſe procurator nullum ſenſurus eſt, admittere eum poterit. Et igitur non male accipietur hic §. de procuratore ad lites: ſed tamen, quidquid etiam Cujac. & alii contradicant, puto cum Dd. eum etiam recte explicari poſſe de procuratore ad negotia: quippe quæ commodius per hominem liberum explicantur, qui præſertim ſimul in judicio cauſas agat, quod non raro procurator facere neceſſe habet. Et ſane, vel ideo hæc explicatio probabilior eſt, quod quisque paterfam. op. fere habet eo qui negotia ejus gerat, non autem quivis etiam habet negotia in judicio, & negotiorum geſtore perpetuo quis opus habet, non autem procuratore ad judicia: & nec juſta cauſa videri poſſit, ut quis propter actionem inſtituendam unam aut alteram ſervum manumittat: nam utique ad defendendum minor 25. annis idoneus procurator non eſt.

Ancillam matrimonii cauſa.] Verbum *habendi* hic otioſe repetitur, quin & parum Latine: & Ruſſardus à pluribus manuſcriptis abeſſe teſtatur: & abeſt quoque in *l. ſi collact. 13. verſ. Item ſi de manum. vind. l. matrimonii 51. de rit. nupt. l. matrimonii 12. Qui & à quib. man.* abeſt etiā apud Theophilū. Notant hunc caſū Interp. quo cōſtringitur liberta matrimonii, contra

contra *l. Titia* 134. *inf. pr. de verb. oblig.* quippe qui ita ancillam hac cauſa manumittit, jurare cogitur ſe eam uxorem ducturum *l. ſi collact* 13. *inf. de manu. vind.* Sed ſatis eſt initio adeſſe liberam voluntatem, nec debet decipi magiſtratus, qui ex hac cauſa manumitti ancillam permittit. Verum quid eſt, quod in *l. matrimonii* 51. *in pr. de ritu nupt.* dicitur patronum poſſe renuntiare matrimonio? an intelligimus manumiſſam à majore 20. annis, atque adeo ſine juramento? an præſupponimus juſtam cauſam, hæc enim excuſat, ut hic mox ſequitur: veluti ſi Senator fiat, qui ex ratione juris veteris libertam uxorem ducere non poteſt. Utique præciſe ut ducat cogi non poterit patronus: & quid igitur juris erit, ſi eam non ducat? Perjurus ſane erit, & merebitur forte animadverſionem cenſoriam, nec enim apparet remedium aliquod civile, quo cogatur, ſed quid fiat manumiſſę? Et eam liberam non eſſe ſed ſervã manere reſponſum eſt in *l. matrimonij* 21. § 1. *Qui & à quib. man.* adeo quidem ut ſi alia uxore ducta, & ea repudiata vel mortua, intra ſextum adhuc menſem eam ducat, libera tamen non ſit *d. l.* 21. & cenſetur ſub hac conditione libertas data, ſi recta ducta fuerit: eoq; pertinet *l. minor.* 19. *de manum. vind.* ſi prægnans ancilla ex hac cauſa manumiſſa antequam ducta eſſet, peperit, in pendenti fore, an ſervus liber ſit partus: quoniam ſi ducta fuit, jam retro libera fuiſſe cenſetur.

Semel autem cauſa adprobata.] Et hic non deſunt, quæ † ſcrupulum moveant. Et in primis conſtat ſententiam ex falſis probationibus latam poſſe retractari, *t. t. C. ſi ex falſ. inſtrum. l. Divus* 33. *de re iudic.* & quod magis huc facere videtur, tutor ſi falſis allegationibus obtinuerit ſententiam abſolutoriam, nihilominus tutelæ obligatus manet *l. 1. & 2. C. ſi tut. falſ. alleg.* video à veteribus Interpp. quibuſdam (nam apud recentiores altum eſt ſilentiũ) diſtingui inter cauſam falſam & injuſtam. Et poſſunt iſta ita diſtingui, ut injuſtum pateat latius, & iniuſta cauſa dicatur, ob quam etiam probatam nõ debeat admitti manumiſſio: falſa autem, quę quidem in ſe juſta ſit, & una ex iis quæ h. §. recenſentur, ſed quę in facto non ſit vera, ubi per falſas probationes perſuaſus eſt magiſtratus cum conſilio, ſervũ v. c. eſſe pædagogum, collectaneum, fratrẽ &c. Sed vix apparet ſufficiens ratio, propter quam ob hanc potius quam ob illam aut vice verſa, debeat retractari ſententia, & amplius quod loco hoc de falſa cauſa, idem dicitur de injuſta in *l. iuſta* 9. *de manu. vind.* & ibi in genere dicitur in § 1. qualiscunq; cauſa probata ſit, & recepta libertatẽ tribuere oportere, & cauſas probatas revocari non oportere: &, cauſæ probationi contradicendum, non, cauſam probatam retractandam eſſe. Et videndum, an non hic ſpecialis quædam ſit ratio. Et hanc reddit Angel. quod Lex Ælia Sentia ſine aliqua limitatione permiſerit cauſæ cognitionem & probationem magiſtratui cum conſilio: & licet ICti tractaverint, de juſtis cauſis, id tamen tantum exempli cauſa fecerint, nõ autem ad illas cauſas cognitionem & magiſtratus poteſtatem reſtrinxerint, ut & docet *l. etiam* 15. § 1. *de manum. vind.* quod ſecus eſt in cognitione ſuper alienandis prædiis minorum, ubi cauſa alienandi nimirum æs alienum, expreſſa, & ita cognitio prætoris determinata eſt: itaque ſi ex alia cauſa & falſa ſit facta alienatio, ea nulla eſt *l. magis* 5. § *ſi ea.* 15. *cum* 6 § *ſeq. de reb. eor. qui ſub tut.* Hinc etiã † transactio ſuper alimentis facta ſine cauſæ cognitione nulla eſt, quia ſub certa limitatione ea res prætori permiſſa eſt *l. cum hi* 18. § *ſi prætor* 17. *de tranſactionibus.* Occurrit & iſtud in ſpecie *l. 1. & 2. C. ſi tut. ex falſ. alleg.* quod allegatio falſa non decet prodeſſe ipſi alleganti in præjudicium pupilli: hic autem quæritur de Intereſſe ejus qui libertatem accepit, qui ſi nihil admiſit doli, non æquum eſt libertatem retractari: quod etiam ſuadet favor ipſius libertatis & conditio ſtatus, qui mutatus eſt, ex quo minori adverſus libertatem non datur reſtitutio *l. ſi ex cauſa* 9. § *ult. cum l. ſeq. de minorib.* nec hic eſt decretum ſolum, ſed ipſa & quaſi ſolennis & autoritate rurſus magiſtratus accedit manumiſſio. Et limitat tamen *Angel. hic n.* 3 hunc §. ſi abſit obreptio & dolus judicis vel partis: apud quem vide plura de cauſis retractandæ ſententiæ, idemq; apud Fabrum hic, ex quo Angelus omnia pene ad verbum deſcripſit. Et tamen quod de obreptione dicitur ex *l. cum vero* 26. § *ſubventum* 7. *cum* §. *ſeq. de fideicom. libert* ad hunc caſum non videtur recte transferri: quoniam ibi falſo allegabatur libertatem fideicommiſſo eſſe relictam, & proinde SCto juxta quod pronuntiavit prætor, locus non fuit, quæ ratio hic ceſſat.

TEXTUS.

4 Cum ergo certus modus manumittendi minoribus viginti annis dominis per Legem Æliam Sentiam conſtitutus eſſet, eveniebat, ut qui quatuordecim annos expleverat, licet teſtamentum facere, & in eo heredem ſibi inſtituere, legatave

relinquere poſſet, tamen ſi adhuc minor eſſet viginti annis, libertatem ſervo dare non poſſet. Quod non erat ferendum: nam cui totorum bonorum ſuorum in teſtamento diſpoſitio data erat, quare non ſimiliter ei quemadmodum alias res, ita & de ſervis ſuis in ultima voluntate diſponere, quemadmodum voluerit, permittimus? ut & libertatem eis poſſit præſtare. Sed cum libertas inæſtimabilis res ſit, & propter hoc ante viceſimum ætatis annum antiquitas ſervo libertatem dare prohibebat; ideo mediam nos quodammodo viam eligentes, non aliter minori viginti annis libertatem teſtamento dare ſervo ſuo concedimus, niſi decimum & ſeptimum annum impleverit; & decimum octavum attigerit. Cum enim antiquitas hujuſmodi ætati, & pro aliis poſtulare conceſſerit, cur non etiam ſui judicii ſtabilitas ita eos adjuvare credatur, ut ad libertatem dandam ſervis ſuis poſſint pervenire.

COMMENTARIUS.

1 *Inſubtilis ratio Triboniani.*
2 *Vitioſa eiuſdem conſequentia.*
3 *Cur decimo ſeptimo anno licuerit poſtulare.*

Veniebat.] Argumentum eſt ab abſurdo, ut qui plus poteſt, & de bonis ſuis diſponere teſtamento, non poſſit teſtamento libertatem uni ſervo dare. Sed non defuit autori Legis Sentiæ ratio, quod nimirum à tam teneræ ætatis homine facile poſſunt ſervi eblandiri libertatem, præſertim ultima voluntate: cui rei occurrere voluit Legislator. Et juxta hanc diſpoſitionem, quæ demum anno decimo ſeptimo permittit manumiſſionem, idem vitium manet, quamvis ſint de numero Legis veteris tres anni detracti.

Quod non erat ferendum.] Lectio ſatis commodè ſe habet, & eſt omnium exemplarium: nec adeo quidquam cauſæ eſt, ut eam cum Cujacio & Hotmanno mutemus, utrumque illi ad Cod. manuſcriptos provocent.

Sed cum libertas.] Senſus eſt, licet ratio facere videatur, ut permittendum ſit jus dandi libertatem anno decimo quarto, quo eſt jus teſtandi, tamen iſtud alio vocare, quod res inæſtimabilis eſt libertas. Ceterum more ſuo mutavit poſt ſententiam Juſtinianus & N. 119. *cap.* 2. dedit jus teſtamento dandi libertatem, iis qui jus teſtandi habent: nimirum teſtamento, ut *d. N.* 119. & hoc quoque §. expreſſum. Caſus enim alter quo minor inter vivos vult dare libertatem, cum correctus expreſſe non ſit, manet in diſpoſitione juris communis veteris, ut non ſit utilis manumiſſio niſi minor 20. annis cauſam apud conſilium probaverit: idque ita & Accurſ. cenſet, & ſequuntur Interpp. alii & in terminis ſcriptum reliquit Theoph.

Et non immerito tamen *d. N.* 199. hoc mutavit † Juſtinianus, ſiquidem qua ratione hic movetur, cur requirat 17. annos, ea ſane inepta eſt, & inepte ad iſtam rationem à Weſemb. & aliis adducitur *l. libertas* 106. *de Reg. Iur.* quæ ſignificat non poſſe æſtimari ſtatum, ut quis ex libertate dedatur in ſervitutem: atquin nos quærimus de eo qui jam ſervus eſt, & utique certam habet æſtimationem & pecunia venire aut in alios contractus deduci poteſt: & certam æſtimationem ſervorum ipſe definiit Juſtin. in *l. 3. in pr. C. Comm. de legats.* Et quid ni igitur minor, ut alias res ſuas poteſt in quavis ultima voluntate transferre & procul dubio ſervos ſuos legare, cur non & libertatem dando minuere ſua bona, & minorem hereditatem relinquere poſſit? Neque verum puto, quod Juſtin. addit, hanc fuiſſe cauſam quæ moverit autorem L. Æliæ Sentiæ, ut adimeret minoribus viginti annis jus dandi libertatem. Hottom. ita explicat hanc rationem, quod libertas ejuſmodi res ſit, quę non niſi obgraviſſimā cauſam tribui debeat: cujus ipſius quoq; rationem non video, cum potius favorabiliores debeamus eſſe erga manumiſſiones, per quas homo in naturalem conditionem reſtituitur; ad quod quivis facile moveri debet. Potius hinc defenderem iſtam rationem, quod poteſtas dominica ſit pene res inæſtimabilis, eo ſenſu, quo poteſtas patria inæſtimabilis eſſe perhibetur *l. filius f.* 114. §. *ſed ſi liberos* 8. *de legat.* 1. quoniam pater omnia per liberos & maxime olim, acquirit, & omnino omnia dominus per ſervum, ut hic præcipue nudum corpus ſervi ſit æſtimandum: licet ego vix crediderim hoc in mente fuiſſe Triboniani cum iſtud ſcriberet.

Mediam nos quodammodo viam.] Extremum unum eſt tempus 20. annorū, quod L. Ælia Sentia requirit:

rit: alterum extremum eſt, tempus 14. annorum, quo licet teſtari, inter hoc medium eſt tempus 17. annorum quod hic præſcribit Iuſtin. ſed, ut diximus, poſt N. 119. extremum illud alterum 14 annorum probavit. Nimis autem jejunum eſt quod in addit. ad Porcium obiicit Iaſon. non eſſe hoc medium, quoniam Iuſtinianus requirat, ut impleverit minor decimum ſeptimum annum, & ſequentem attigerit: cum L. Ælia Sentia ita ſit accepta & explicata, ut ſufficiat attigiſſe ultimum diem anni viceſimi juxta *l. 1. de manumiſſ.* neque n. intervallum unius diei poteſt impedire, quo minus recte dicatur iſta media via: ut nihil neceſſe ſit, patrocinium hic peti particula *quodammodo*, quæ imo hic potius eſt otioſa. Ceterum, quando dies cœptus & quibus caſibus habeatur pro impleto vid. diſtincte hic explicantem Chriſtoph. Porc. *in §. Eadem num. 5.* & aliquid Vigil. habet in §. *prætera inſt. quib. non eſt perm. fac. teſt.* Non eſt alias infrequens, ut mediam viam vel medietatem ſequantur prudentes; & probent, velut in controverſia quæ eſt in §. *cum ex aliena 25. infr. de rer. diviſ. & in l. antiqui. 3. ſi pars her. pet. & rurſus in l. filio 7. ut legat. ſervand. cauſ.* quamvis aut ego valde fallor, aut non Pauli, ſed Triboniani eſt clauſula in extremo *d. l. 7. ſed melius eſt &c.*

Cum enim antiquitas.] Mynſing. hic monet diſcendum eſſe, quod etiam argumentum procedat à diverſis, ubi eadem eſt ratio in diverſis. Verum tum non revera eſt argumentum à diverſis, hactenus ſcilicet quatenus utrobique eadem ratio eſt.

2 Ego vero † ingenue puto agendum & libere philoſophandum, & fatendum, ut ſæpe alibi, dum colorem dare nititur novis ſuis conſtitutionibus, ita hic quoque parum bona ratione uſum eſſe Tribonianum. Revera enim hæc ſunt diverſa & vitioſe ita colligitur. Anno 17. poteſt minor pro alio poſtulare adde etiam, poteſt procurator ad judicia eſſe. Ergo poteſt ſervum ſuum manumittere ſine conſilio & cauſa non cognita: Ita enim ego totum illud jus evertero, quo etiam qui 20 annos egreſſus eſt uſque ad 25. annum nihil rerum ſuarum ſine curatore alienare poteſt. Cautius facit Legislator, ſi ſimpliciter ſanciet & diſponat, quam ut in reddenda ratione legis laboret. Lex ad inſtar ſententiæ debet pronuntiare: & ſolet pro parum cauto haberi judex, qui cauſam inſerit ſententiæ, quia hoc ipſo materiam præbet eam oppugnandi, ſed iſta ſunt alterius loci. Recte autem monet Hottom. rationem hujus rei cur hac ætate liceat poſtulare, & cur ea moderata habita ſit ad procedendum in publicum, ut eſt in *l. 3. §. de poſtul.* altius † & aliunde arceſſendam eſſe: & hinc nimirum, quod apud Romanos hac ætate ſacris factis in forum deducebantur, & mutabant togam. & ſcil. poſita toga prætexta, ſumebant virilem puram, ita dictam, tum quod alba eſſet, tum quod non haberet purpuram, quam habebat toga puerilis. Decimo ſexto anno id factum ſcribit *Sigon. 1. de iudiciis cap. 18.* quem juvat locus *Sueton. in Auguſto cap. 8.* Auguſtus 12. annorum aviam Iuliam defunctam pro concione laudavit, quadriennio poſt virili toga ſumpta &c. conſtat & anno decimo ſeptimo cœpiſſe Romanos militare. Verum crediderit quis puberes factos & ita anno 14. mutaſſe togam, motus autoritate Tertull. juris & antiquitatum peritiſſimi, qui in *lib. de veland. virginib.* tempus, inquit, Ethnici obſervant, nam fœminas à XII. annis, maſculos à duobus amplius ad negotia mittunt: facit iſtud *Horat. 1. c. d. 36.*

——— *Memor*
Acta non alio rege puericia
Mutatoq; ſimul toga.

Pubertas enim adveniens finem pueritiæ attuliſſe videtur. Sed hæc forte impertinentia alicui videbuntur, verum non pigebit in tranſcurſu iſta didiciſſe: adde *Sueton. in Nerone cap. 7. Senecam. 1. Epiſt. 4. Valer. Maxim. lib. 5. c. de pietate in parentes, ubi de Cotta Cicer. libr. 9. ad Attic. Ep. 4. 10. & 22.* ubi meminit togæ puræ Ciceroni ſuo dandæ & datæ. Crediderim non in omnibus idem præciſe tempus obſervatû, ſed pro ut cuiusque ætas ferebat, ita aut maturius aut paulo tardius in forum productos fuiſſe, utiq; tamen non ante pubertatem & decimum quartum ætatis annum.

AD TITVLVM VII.

LIBRI PRIMI INſtitutionum,

DE LEGE FVSIA CANInia tollenda.

TEXTVS.

1. Lege Fuſia Caninia certus modus conſtitutus

ſtitutus erat in ſervis teſtamento manumittendis : quam quaſi libertates impedientem, & quodammodo invidam tollendam eſſe cenſuimus : cum ſatis fuerat inhumanum, vivos quidem licentiam habere, totam ſuam familiam libertate donare, niſi alia cauſa impediat libertatem: morientibus autem hujuſmodi licentiam adimere.

COMMENTARIUS.

1 *Error Hottomanni.*
2 *Argum. à contractibus ad ult. voluntates.*
3 *Familiæ appellatio.*

SUavis eſt Accurſius, qui ſuſpicatur, hanc Legem hic invidam appellatam, à cane nomen accepiſſe. Nimirum Caninia fuit inter gentes populi Romani ; quam & nominatim recenſet Fulu. Vrſinus & alii. Sententia huius L. refertur ab *Vlpiano tit. 2. de libertis. §. Lex Furia* 14. *& Caio 1. inſtit. 2. in pr. Paul. Sent. 4. c. vlt. in extremo. Hottom. eam latam ſcribit Ann. V. C.* 752. Furio Camillo & Caninio Gallo Coſſ. A. Auguſt. diligens iſtarum rerum ſervator, in Tr. de LL. nullius temporis meminit, Notat Hottom. hic mirum artificium (ita loquitur) iſtius Legis in impedienda libertate, qui cum liceret à 2. uſque ad 10. manumittere partem dimidiam: à 10. uſque ad 30. tertiam, à 30. uſque ad 100. quartam partem, ita factum fuiſſe, ut cum ille qui 10. ſervos haberet, poſſet manumittere quinque, tamen qui 12. haberet, non plus quam quatuor manumittere poſſet. Item cum qui 27. haberet, poſſet manumittere novem tamen qui haberet 32. tantum 8. iure manumitteret. Hæc enim vero non artificium, ſed vitium Legis fuerit, ut qui plures ſervos habet, pauciores manumittere poſſet, quod & rationi & ſcopo Legislatoris repugnat: & ſunt, qui ob hoc reprehendunt Legislationem Juſtiniani in N. 18. de quantitate legitimæ pro numero liberorum ; quod iuxta eam accidat, ut aliquando ex pluribus liberis plus ſinguli habeant, quam pauciores ; veluti quinque liberi in ſemiſſe ſinguli habeant unciam & quintam unciæ partem, cum quatuor liberi in triente ſinguli tantum ſingulas uncias ferant. Sed non ob id reprehendenda eſt Lex ſi præter eius intentionem aliquando tale quid contingit, verum excuſanda; non autem in huiuſmodi caſibus artificium Legis agnoſci aut laudari poteſt. Sed enim in noſtris terminis aperte labitur Hottom. & cum plane ſocorditer Ulpiani verba inſpexiſſe oportet ; nam Lex Caninia vitio illi, quod propoſui diſerte occurrit. Lex Caninia, ait Ulp. à duobus uſque ad 10. dimidiam partem manumittere concedit, à 10. uſque ad 30. tertiam partem, ut tamen adhuc quinque manumittere liceat. Quæ perſpicue iſtud vitium excludunt, & ita hic tertiam partem manumittere tantum permittunt, ut tamen ad minimum quinque liceat manumittere ei qui 10. & amplius ſervos habet. Et adeo falſum eſt, quod ait Hottom. eum qui 12. ſervos habet, tantum poſſe 4. manumittere, idque nominatim expreſſit *Caius.* eum qui ſervos 11. 12. 14. 15. 16. 17. habet poſſe quinq; manumittere. Ita porro ait Ulp. à 30. uſq; ad 100. manumitti poſſe quartam partem, æque ut decem ex priori numero liberari poſſint, hoc eſt, ut quam minimum decem poſſint liberari, quippe cum tot poſſit liberare qui tantum 30. habet. Itaque rurſus falſum eſt, quod qui 32. ſervos habet, ſolos 8. poſſit liberare. Hæc dicere viſum fuit, tum ut coarguerem errorem Hottom. tum ut explicarem eum locum Ulpiani, quem nec Cuiacius attigit. Porro quid ſi quis habeat novem ſervos? Et humanius eſt, quod Hottom. putat, adhuc quinque potuiſſe manumitti ; licet fruſtra hoc allegimus humanitatem, cum ſcopus Legis fuerit, impedire libertates; & facit contra Hott. quod Caius ſupra relatus ſcribit, eum qui 17. ſervos habuit, tantum quinq; potuiſſe manumittere, cum tamen qui 18. habebat, poſſet manumittere ſex. Illud dubitare non debet, ſi plures manumiſſi fuiſſent, non omnium, ſed poſterius & ultra numerum ſcriptorum libertatem impeditam fuiſſe *arg. l. qui ſolvendo* 60. *& l. ſi non* 83. §. 1. *de hared. inſt.* ſi appareat ordo: ceterocquin ſi quis in circulo ſcripſerit, & non fuſe ſervos omnes liberos eſſe juſſerit, nulli libertas competet, ut ſcribit *Gaius 1. Inſt.* 2. non præſertim eadem L. Caninia juſſerit libertates nominatim dari ut Ulpianus autor eſt. Addit *Gaius & loco* per L. Caniniam occurſum eſſe fraudibus, ſi quis ægrotus citra teſtamentum tanquam inter viros plures ſervos liberare voluerit.

2 *Cum ſatis fuerat inhumanum.*] Hinc notant valere argumentum à contractibus ad ultimas voluntates. Licet hoc inter vivos ; ergo etiam licet in ultima voluntate quod quando procedat & vice verſa aliquid notet. *Mynſ. v. & Enerhard. in locis legalib. & Ioh. Fab. hic.* Sed enim ſicut quædam recte fiunt in ultima voluntate, quæ non licet inter vivos, veluti

véluti, de quo *in* §. *ult. tit. præced.* ita quoque non ſequitur omnia recte fieri teſtamento; quæ fiunt recte per contractum vel actum qui dicitur inter vivos. Et hic nominatim ſpecialitatis illa ratio eſt, quod homines ſæpe minus ſibi conſtant qui ſunt vicini morti & teſtamento, eo facilius etiam ſibi perſuaderi & blanditiis ſe vinci patiuntur: tum vero cum non amplius ſciunt ſe poſſe uti rebus ſuis, longe ſunt liberaliores & forte an prodigi, ad ea vel donanda vel alias facienda, quæ ſani & valentes non facerent. Accedit, quid multi vanæ jactantiæ gratia ut plures eſſent, qui funus pileati proſequerentur (hoc enim faciebant, qui libertatem teſtamento conſecuti ſunt, *fac. l. un.* §. *Ped. & qui* 5. *C. de Lat. l. bell.* libertates dabant & quidem indiſcriminatim, etiam minime meritis & indignis libertate hominibus. In quam rem inſignis eſt locus apud *Dionyſ. Halic. lib.* 4. *ant. Rom. pag.* (*edit. Sylburg.* 228. ait quoſdam conſequi libertatem per dominorum κυφορτα ἐ κατὰ δολοχοσίαν, & mox ſubjicit, ſe noviſſe, qui omnibus ſervis ſuis conceſſerint libertatem poſt mortem, ut mortui appellarentur boni & multi pileati, funus proſequerentur: & mox, in pompa ejusmodi pileatorum fuiſſe nuper ex carcere dimiſſos, ſceleratos, & ἀμφὶ σφαγμὸν ἕξιν μορίων θανάτου. Et igitur fortaſſis juſtior cauſa iſtius Legis rogandæ quam abrogandæ fuit: cum alias quoque Lex ſolebat inhibere id, in quod homines ſunt faciliores. Ita enim SCtum Vellejanum inhibuit interceſſionem non donationem *l.* 4. *ad ſe Velleian.* Lex Julia alienari fundum dotalem cõſenſu mulieris permiſit, oppignorari vetuit, *L. in pr. quib. alien. lic.* Ipſe Juſtin. interceſſionem omnem uxoris pro marito ex eadem cauſa irritam eſſe voluit *Auth. ſi qua mulier C. ad ſe Velleian.* Eadem cauſa eſt interdictarum decurionibus venditionum non donationum juxta *l.* 1. *& ult. C. de prad. decur.* Hæc ita pro Lege Juria Caninia diſputari poſſunt: Addit aliam rationem Baro. hic, quod teſtator non tam ex benignitate quam odio hæredis manumittere intelligitur; quod non ſatis capio: æque enim eriperentur ſervi heredi, ſi eos teſtator legaret, quod vetitum non eſt. Conveniunt autem Juſtin. hic, Ulp. Gaius & Paulus, iſtam Legem modum impoſuiſſe libertatibus quæ teſtamento dantur; poſſit tamen ſcrupulum facere, quod *Vopiſcus* de Tacito ſcribit, ſervos urbanos omnes manumiſit utriusque ſexus, intra centum tamen, ne Caniniam tranſire videretur. Neque vero ibi Tacitus Imp. teſtamentum condidiſſe, ſed Janus volensque de bonis ſuis jam Imp. factus tractaſſe proponitur; Aut an ille præmodeſtia Caniniæ modum licet extra teſtamentum manumittens obſervare voluit?

Totam ſuam familiam.] Tres ſocietates, ut 3. docet *l. Polit. Ariſt.* conſtituunt familiam, inter dominum & ſervum, uxorem & maritum, patrem & liberos. Itaque & ſervi & uxor & liberi hoc ſenſu ſunt in familia. Hinc paterfamilias dictus qui quaſi caput & princeps eſt familiæ & domus, quæ facit œconomiam communionem ſive œconomiam. Ceterum omnes illas partes concurrere ſimul neceſſe non eſt, ex quo in iure noſtro etiam pupillus qui nec uxorem nec liberos habere poteſt, paterfam. dicitur. Iuris enim ſui quem eſſe ſufficit *l. pronuntiatio* 195. *ver. Iure proprio de verb ſign.* Proprio ſignificatu dicebantur apud Romanos familiæ plures unius gentis, veluti gens erat Cornelia; familiæ ejus cognominib. diſtinguebantur, Cornelii Scipiones, Cornelii Lentuli. Ita gens Fulvia habuit Fulvios Nobiliores Fulvios Centimalos. Diverſo plane ſenſu familia ſignificat hereditatem *tit. famil. erciſc. d. l.* 195. *in pr. de V. I.* Per ſynecdochen familia dicuntur ſervi unius domini, ut hoc loco, & in *tit. D. ſi famil. furt. fec. dic. l. ſi familia* 9. *de iurisdict. l. illud* 32. *in pr. ad L. Aquil. d. l.* 195. *verſ. ſervitium* quo ſenſu familia in urbanam & ruſticam dividitur *l. Urbana* 166. *de verb. ſign.* Sunt qui ſervos putant dictam familiam à famulando: non recte ut puto. Alii ita dictos quaſi familiares ad lenſendam invidiam dominii in ſervos: ad quod adducunt locum è *Senec. in Epiſt.* 47. Ne illud quidem videtis, quam omnem invidiam majores noſtri dominis, omnem contumeliam ſervis detraxerunt: dominum patremfamiliæ appellarunt: ſervos familiares. Ego magis puto Senecam id ſcripſiſſe, ut cauſæ ſuæ ſerviret quam ibi agit: neque enim verum eſt, quod paterfamiliæ tantum reſpectu ſervorum dicatur. Poſtquam plane receptum fuit, ut familia ſervorum diceretur, potuit inde in uſum veniſſe, ut ſervi dicerentur familiares; ut apud *Plaut. Amphit. Act.* 1. *ſc.* 1. ubi de ſe, *advenisſe familiares dicit.* Eadem tamen quæ Seneca habeat & *Macrob.* 1. *Saturn.* 11. Dicitur autem familia, totum corpus ſervorum; quo ſenſu alibi Cicero vocat *familias gladiatorum.*

Niſi alia cauſa impediat.] Duas in præced. propoſuit; alteram de domino qui ſolvendo non eſt, alteram de minore 20. annis & hoc Theoph. notat.

Morientibus.] Fruſtra hic Accurſ. Chriſtoph. & alii argutãtur in hoc verbo, fruſtra etiam huc affertur, quod moriens adhuc vivere dicatur, & quod momentum mortis vitæ computatur: de quo dicemus.

dicemus in §. *poſt mortē* 35. *infr. de legat. & in* §. *poſt mortem* 12. *infr. de inutil. ſtip.* neque vero qui animam agit & iam moritur, licet etiamnum vivere dicatur, teſtamentum facere, & legata libertatesque dare poteſt: ſed uſurpatur iſtud verbum hic latius, & intelligit Iuſtin libertates ultima voluntate datas, quæ demum domino moriente imo dum mortuo ſunt valituræ, & opponuntur libertatibus quæ dantur inter vivos & protinus vivente adhuc domino valent.

AD TITVLVM VIII.

LIBRI PRIMI Inſtitutionum.

DE HIS QVI SVI VEL alieni juris ſunt.

TEXTVS.

1. Sequitur de iure perſonarum alia diviſio. Nam quædam perſonæ ſui juris ſunt, quædam alieno juri ſubiectæ. Rurſus earum quæ alieno iuri ſubjectæ ſunt, aliæ ſunt in poteſtate parentum, aliæ in poteſtate dominorum: Videamus itaque de his, quæ alieno jure ſubjectæ ſunt: nam ſi cognoverimus quæ iſtæ perſonæ ſunt, ſimul intelligemus quæ ſui juris ſunt. Ac prius diſpiciamus de his, quæ in poteſtate dominorum ſunt.

COMMENTARIUS.

Alia diviſio.] Hæc quidem diviſio ita propoſita facit, ut non recte videatur ſumma diviſio appellata fuiſſe tit. 3. ea qua omnes homines deducūtur in liberos & ſervos. Et enim cum non niſi una diviſio ſumma eſſe poſſit, quæ talis eſt illius membris omnes poſſe ſubdiviſiones ſubjectas eſſe oportet. Prorſus ſi illa eſt ſumma, hæc erit ſubdiviſio; atqui ſubdiviſio eſſe non poteſt, quoniam alterutri membro diviſionis quæ eſt tit. 3. ſubjici & aptari non poteſt. Et imo hæc potius vt ſumma ponenda, & illa huic ſubjicienda videtur. Ita enim dicemus quod omnes homines vel ſunt ſui juris vel alieni; & hi vel in poteſtate dominorum vel parentum. Quod ſi hic ſubdiviſioné tradere voluiſſet Tribon. tantum liberos homines ita diſtinguere debuiſſet, excluſis ſervis, quod ipſum tamen non ſatis accurate factum fuiſſet, cum ſervos non ſui, ſed alieni juris eſſe conſtet.

Rurſus earum.] Videri poſſint hæc duo membra & duæ ſpecies, filiorum fam. & ſervorum non recte ſubjici uni communi generi. Eorum qui ſunt alieni juris aut utique genus iſtud eſſe non ſynonymū; ſed æquivocum, & ex eorum numero, quæ Logici vocant συνώνυμα, quæ ſpeciebus ſubjectis non æqualiter ſe communicant. Et ita ſane eſt, ſi poſteriora tempora & maxime ſeculum Juſtiniani, & quod paulo anteceſſit conſideres. Verum ſi hoc exigas ad veteris juris rationem, & ad eam poteſtatem quam patres ex L. Romuli, imo adhuc ex LL. 12. Tabb. in liberos habent, genus iſtud recte dicetur ſynonymum, per ea quæ mox tit. ſeq. dicemus.

Nam ſi cognoverimus] Ad eundem modum ICtus in *L. qui accuſare. 8. de accuſat. & in L. 1. §. Stipulationum 5. de prætor ſtipul.* Hinc autem. Dd. confirmant, contrariorum eandem eſſe diſciplinam, & uno contrariorum cognito, alterum quoque cognoſci. Mihi ad huiuſmodi propoſitiones confirmandas inepte videntur adduci teſtimonia ex jure: Sunt enim iſta probanda ex propriis principiis, quæ ex illis diſplinis petuntur, in quibus hæc tractantur & traduntur. Itaque niſi hæc propoſitio de contrariis in ſevera eſſet & apud Logicos, autoritas Iuſtiniani nec hili aut pili eſſet, ſunt enim hæc extra poteſtatem Legislatoris. Et tamen Iuſtin. hoc tantum ait, ſi ſciamus quæ perſonæ ſunt juris alieni, nec intellecturos quæ ſunt ſui juris, nō accurate, ut ſingularum ſpecierum protinus naturam intelligamus, ſed in genere ſciamus hoc, quod reliquæ omnes perſonę ſint juris ſui. Ubi enim diviſio habet oppoſita membra, quę exhaurtunt genus diviſum, neceſſe eſt ut explicata una ſpecie, cætera quæ ſub genere comprehenſa de illa ſpecie non ſunt, ad alteram ſpeciem pertineant. Ita cum dividatur animal in irrationale & rationale, ubi cognovero quid ſit homo & ſcilicet animal rationale, cætera omnia animalia præter hominem irrationalia eſſe intelligo; & hoc ſaltem ſcio, neque enim propterea ſingulo-

Digitized by Googl

singulorum animalium brutorũ naturas cognosco, prorsus hoc tantum verum est, quod unum oppositum juvat alterius cognitionem in eo quatenus oppositum est. Notandum autem, hic quoq; servis tribui appellationem personæ.

TEXTVS.

2. In potestate itaque dominorum sunt servi, quæ quidem potestas juris gentium est: nam apud omnes peræq; gentes animadvertere possumus, dominis in servos vitæ necisq; potestatem fuisse, & quodcunque per servum adquiritur, in domino adquiri.

COMMENTARIUS.

1 *Qui ius habeant servitutis in captos.*
2 *Inter Christianos an servi.*
3 *Mitius tractandi servi.*
4 *Crudelitas Romanorum in servos.*

NOtat *VVesenb. ad fin. pr. h. t.* ideo prius agi de potestate dominica, quia hæc sit summa & antiquissima. Verum non propterea qui summa est & maxima & gravissima, priori loco de ea tractari debere infertur: ceteroquin in politicis prius de tyrannide tractandum esset; tum etiam, ex LL. priscis Romanis potestatem parentum summam potius esse ad *tit. seq.* dicemus: & ibid. hoc quoque ostendemus falsum esse, quod potestas dominica patria sit antiquior.

Potestas iuris gentium.] De hoc & ex quo jure sint bella & servitutes, satis egimus tit. 2. & 3. supra.

Apud omnes gentes peraque.] Satis fuerit apud plerasque gentes id ita receptum, ut hoc ex jure gentium esse defendatur. Parthos servos habuisse testis est Justinius libr. 41. & de Germanis Tacitus d moribus German. & de utrisque ICtus *in l hostes 24. in fin. de capt. & postlim.* de Assyriis, Syris, Arabibus *Xenophon. lib. 4. παιδείας.* & apud eundem elegans & generalis locus *lib. 7. παιδείας*, ubi Cyrus maior inducitur ita loquens, quod si lex perpetua νόμος ἀΐδιος in omnibus hominibus, ut si hostium urbs capta fit, capientium sint & corpora eorum qui sunt in urbe & pecuniæ: & apud *Plat. 1 de LL.* πάντα τὰ τῶν πολεμίων αὐτῶν ἄρχοντα, τῶν πολιτῶν γίγνεται. Omnia devictorum bona sunt vincentium, *Plato censet lib. 5. de republ.* captos in bellis, quæ Græci invicem gerunt, † in servitutem deducendos non esse: Sed qua movetur, ratio, magis hoc Justiniani effatum confirmat, quod videlicet omnes Græci quadam inter se propinquitate juncti sint, adeoque non bella eorum, sed seditiones intestinas appellandas. Eadem ratio est, ex qua autore *Nicephoro Gregora libr. 4.* in bellis, quæ inter se tum temporis gerebant Græci, (quos ipse Romanos appellat) Illyrij, Thessali, Triballi, Bulgari, captis spolia tantum ablata, in servitutem autẽ abducti non fuerint: quoniam omnes tum erant Christiani. Idque convenienter Legi Dei, qui prohibuit vera servitute opprimi aliquem ex gente Israelitarum, *Levit. 25.* Hinc cum Flaviani milites bello civili Vitellii exercitu profligato Cremonam cepissent & diripuissent, captivosque plurimos abduxissent, irritam, inquit *Tacit. lib. 3. hist.* fecit prædam militibus consensus Italiæ; emtionem talium mancipiorum aspernantis; quia scilic. non justum nec cum veris hostibus bellum fuerat. Hinc notant inter

2 Christianos † hodie servos non esse, videlicet ex Christianis, nam ex Turcis v. c. capti utique servi erunt, tractant de hoc *Gail. de pignorat. c. 8. Bodin. 1. de republ. c. 5. Alciat. in l. hostes* 118. *de verb. significat.* cuius tamen ratio, quod omnes Christiani faciant populum Romanum, falsa mihi videtur; Siquidem Reges Europæ, Gallus, Anglus, Hispanus, suprema jura majestatis in terris suis habent; neque si hodie Turcæ aut Tartari Christo nomen dent, propterea Romani efficientur; & olim ampliſſimo Imperio Romano etiam in Persiano Christianos fuisse Ecclesiastica historia testatur. Melior illa altera ratio est, qua utitur Alciat. quod Christiani omnes inter se fraternitatis quodam vinculo sint connexi, quamvis ista fraternitas non tollat distinctionem ordinum; & olim Christianos Christianis servis usos fuisse, haud dubium est, & in primis Epistola Pauli ad Philemonem facit fidem; nec omnino Deus interdixit populo suo mancipiis ejusdem gentis, sed perpetuo vinculo servitutis illos attineri volu-

3 it. Et jus gentium quod † servitutem introduxit humaniter, servis uti nos voluit, quin imo cum jus illud gentium, non nimium à jure gentium primævo, quod naturale dici solet, recedere debeat, quo jure æquales sum omnes homines & liberi, huius communis conditionis omnes dominos meminisse, & servos tanquam homines, inter quos & cum quibus ipsis cognatio est *l. 3 de inst. & iur.* tractare decet, quod multis locis monet Seneca, præsertim *3. de benefic. 21. & Epist. 42. 46. & 47.*

Ex quo fit ut minus probare possim, quod hoc §. nostro scribit Justinianus, apud omnes gentes ex iure gentium peræque potestatem vitæ & necis in servos fuisse. Nam & supra monui, id ex iure gentium fas esse, ut hostis arma tenens mihique adeo mortem intentans, occidatur, sed ut armis positis qui dedidit se, occidatur, ubi nullum amplius periculum est, nulla ratio permittit, & iniuriam faciunt iuri gentium, qui hoc ab eo iure esse statuunt. Abusus est iste potestatis, iure gentium concessæ, quam sibi malitia humana usurpavit & sævitia, & huic crimini maxime ob-

4 noxii † Romani, qui sæviissime ius dominii in servos exercuerunt, quod ab iis ex ratione iuris gentium sincera factum qui crediderit, eum rationis exsortem dixerim; Facit huc quod Tacit. supra citato loco ex lib. 3. histor. scribit, milites occidisse captivos suos, quos pro mancipiis distrahere non poterant, scil. sævo illo suo more, quem pleræque aliæ gentes damnarunt. De Parthis scribit *iustin. lib.* 4. Servos apud eos pro liberis quasi tractantur, & militasse, & in exercitu eorum contra Antonium amplius 40000. servorum fuisse. Germanos quoque humaniter usos servis autor est. *Cornel. Tacit. de morib. German.* Idem de Hispanis & Græcis affirmatur testibus *Bodin. 1. de repub. 5.* & in primis Athenæus lib. 6. scribit, Athenis actionem pro iniuriis illatis servo datam fuisse. Quo fit, ut inepti sint qui per moderationem potestatis de qua in 5. seqq. ius civile à iure gentium recessisse dicunt, ut vulgo interpp. decepti h. §. etenim illa in §. sequ. non usus qui ex iure gentium est. Sed abusus moderatio est, adeoque fallitur Wesembec. qui potestatem in servos qualis describitur §. seq. non iuris gentium, sed iuris civilis esse dicit. Longe gravius errat Mynsing. qui quam potestatem iure dominii in servos habent domini, eam principibus Germaniæ, Marchionibus & Comitibus in subditos tribuit; quo nihil absurdius est, aut falsius, etiamsi intelligas de potestate dominorum prout in §. seq. mitigatur; quomodo hoc accepit Wesembec hic ubi falso in hanc sententiam citat *Bald. & Salic. in l. un. C. de emendat propinus*, & falsissimum est, quod scribit Mynsing. validum esse argumentum, à jure dominii ad jurisdictionem quoniam in illo infinitis partibus plus est quam in hac.

Neque contra ea quæ dixi movet, quod *Arist. 8. Ethic. 12.* confert potestatem dominicam cum tyrannica; vel quia intelligit potestatem qualem de facto sibi usurpabant domini; vel quia sibi potestatem tyrannicam opponit Regiæ, à qua sane diversa est, dominica, quippe quod illa tota ad subditorum utilitatem dirigitur: Servi autem propter dominos sunt, & nec tyranni quidem liberam potestatem vitæ, & necis sibi usurpant.

Sed hoc plus satis ad istum locum, ut intelligatur, in quo consistat Dominica potestas & servitus subjectio, & nimirum in summa, in utilitate & comodo dominorum, non vero ut dominis quoliber modo servis uti liceat.

Et quodcunque per servum.] Duo sunt generales effectus potestatis de qua hoc & sequ. tit. tractatur Jus coercendi servum, & jus omnia per servum adquirendi; qui hoc §. ponuntur. Et de hoc posteriori agitur plenius *infr. lib. 2. per quas pers. 1. l. iur.*

TEXTVS.

3. Sed hoc tempore nullis hominibus, qui sub Imperio nostro sunt, licet sine causa Legibus cognita in servos suos supra modum sevire. Nam ex constitutione D. Antonini, qui sine causa servum suum occiderit, non minus puniri jubetur, quam si alienum servum occiderit. Sed & major asperitas dominorum ejusdem principis constitutione coercetur. Nam Antoninus consultus à quibusdam præfidibus provinciarum de his servis, qui ad ædem sacram, vel ad statuam principum confugiunt, præcepit; ut si intollerabilis videatur sævitia dominorum, cogantur servos suos bonis conditionibus vendere, ut pretium dominis daretur: & recte: expedit enim Reipublic. ne sua re quis male utatur. Cuius rescripti ad Ælium Martianum missi verba sunt hæc. Dominorum quidem potestatem in servos suos inlibatam esse oportet, nec cuiquam hominum jus suum detrahi: Sed & dominorum interest, ne auxilium contra sævitiam vel famem vel intolerabilem injuriam denegetur iis qui juste deprecan-

deprecantur. Ideoque cognosce de querelis eorum, qui ex familia Julii Sabini ad sacram statuam confugerunt, & si vel durius habitos quam æquum est, vel infami injuria affectos esse cognoverit, venire jube, ita ut in potestatem domini non revertantur. Quod si meæ constitutioni fraudem fecerit, sciat me hoc admissum adversus se severius executurum.

COMMENTARIVS.

1 *Sævitia Roman. in servos.*
2 *Asyla & eorum usus.*
3 *Impp. sibi honores divinos usurparunt.*

Sed hoc tempore.] Ergo ante licuit in servos supra modum sævire. Et sane publice & privatim † crudeliter habiti. Ut nihil dicam de Jurisconsulto Silanino, ex quo occiso domino omnes servi qui sub eodem tecto fuerant, etiam quos manifesto innocentes esse constabat, ad supplicium ducebantur, de quo est *tit. Dig. libr.* 29. cuius rei insigne exemplum apud *Tacitum* 14. *ann.* & præfecto urbis domi suæ interfecto, quadringenti servi, quorum, ut Tacit. non dubia innocentia erat, & quod atrocius est, sine discrimine sexus, aut ætatis ad supplicium rapti. Ne hoc dicam, quod etiam Jurisconsulto cautum fuit, quid sævius aut immanius cogitari potest, quam in theatro frequentissime à magistratibus & privatis etiam centum, etiam mille exhibitos gladiatores, qui oblectando populo mutuis se vulneribus conficerent. Myriades aliquot hominū ita assumptas, quod nemo sine stupore & horrore legat, *Lipsius* scribit *l.* 2. *Saturnal.* Huic sævitiæ nullum modum statuit Antoninus quam demum vetuit Constantinus.

Infinitum fit persequi exempla privatæ sævitiæ. Vnum loci omnium esse poterit. Vedius Pollio civis Romanos & genere libertinus, murenas in piscinis habuit, quas humana carne, servorum, scilicet suorum alebat, & ne quis putet gravium criminum reus iis obiecisse, puerum qui casu vas cristallinum fregerat ei supplicio addixit, autores. *Dionys. Cassius libr.* 54. *histor.* non longe autem finem, & *Seneca libr.* 3. *de ira cap.* 40.

Ait textus hoc tempore.] Ubi duo quæruntur. 1. An tale quod demum ab Antonino fuerit constitutum. 2. An id post Antoninum quoque constanter fuerit observatum. Quod ad prius verisimile est, quod de fœneratoribus scribit Tacitus, eos multis legibus coerceri non potuisse; idem & his obtinuisse; ut impotentia & sævitia dominorum repetitis Legibus & edictis esset cohibenda; nam, ut Sparsianus autor est, Hadrianus jam ante decreverat quæstiones adversus dominos qui sine causa servos occidissent. Imo *Seneca* testatur 3. *de benefic.* 22. Positum esse qui de injuriis dominorum in servos audiat, qui sævitiam & libidinem compescat. Itaque, (ut jam ad alterum respondeam) credibile est, sævitiam & libidinem dominorum perrupisse quoque Edictum & rescriptum Antonini, & post illud quoque sua potestate dominos abusos fuisse, utique enim non uno textu confirmatur, quod qui servum promissum occidit, liberetur, quod fieri non posset, nisi jure occisus servus esset, & tanto magis occidet jure servum, quem non debet. Sunt de ea re textus in *l. qui servum* 96. *de Verb. obligat. l quid ergo* 35. §. *si hæres.* 3. *de legat.* 1. Equidem sit illis locis mentio servi merentis, & in facinore deprehensi; verum tamen non videbatur esse domini occidere servum, sed reni ad magistratum deferre, quod expresse faciendum scribit *Gaius* 1. *Instit. tit.* 3. §. *pen.* nisi iste locus fortassis & ut alii ab Aniano interpolitus est, aut quod dd. textibus dicitur referas ad servum in adulterio deprehensum, quo casu & liberum occidere licet, & forte liberius servum; aut ad casum quo servus conatus est occidere dominum, arg. *l. etsi* 6. §. *ult. de se si Can.* ubi dicitur, dominum ipsum posse infamiliam animadvertere. Ceteroquin convenit cum Caio, quod servum proprium quoque adulterii accusandum esse scribitur in *l.* 5. *inf. de accus. l.* §. *si quis* 5. *de offic pref. urb.* adeo videtur etiam post istud Antonini rescriptum observatum fuisse; nam & juxta hunc §. tenetur dominus tum demum, Si servum occiderit *SINE CAVSA*, poterit autem causæ loco haberi; si eum in quo alio scelere deprehendat, saltem ut ignoscatur domino. & ut extra ordinem forte & leviter coerceatur.

Non minus puniri] Non potest hoc accipi de Lege Aquilia; tum quia ex illa actione revera non irrogatur pœna, ut dicemus *infra lib.* 4. tum quia cum per hanc actionem restitutio damni petatur, & agat dominus, non potest locus esse actioni isti ubi quis servum proprium occidit. Et igitur

intelligitur dominum teneri publico judicio ex Lege Cornelia, & esse reum homicidii, juxta *l. un. C. de emendat. Servor.* Certi porro juris est, eum qui servum alienum occidit, teneri L. Cornelia *l. inde* 23. §. *si dolo.* 9. *Ad L. Aquil. fac. l.* 1. §. *& qui* 2. *Ad L. Cornel. de Sic.* Ergo juxta hunc §. tenetur etiam qui proprium servum occidit. Putat autem Wesemb. non improbabiliter, non ordinaria, sed extraordinaria pœna dominum coercendum esse.

A quibusdam præsidibus.] Videtur hoc explicari mox dum ait rescripsisse M. Antoninum ad Martianum, qui in *l. 2. in princ. h. t.* dicitur fuisse proconsul Africæ, & proinde fatendum erit nomen præsidis hic sumi in genere, juxta *1. l. de offic. præsid.* Ceterum in specie proconsul & præses differūt; sed ista differentia seculo Justiniani, quin & ante diu, mutatis magistratibus nulla fuit.

Ad eadem sacram.] Rescriptum est Ethnici Im-
2 peratoris: itaque † non recte de Ecclesia explicatur; sed sublato paganismo Ecclesiæ & templa Christianorum veræ & solæ ædes sacræ sunt. Antiquissima fuerunt Asyla, & à Deo quoque instituta. *Num.* 35. *Deuteronom.* 19. & ea apud Romanos tribus personarum generibus paruisse, colligitur ex *Tacito* 3. *annal.* Complebantur; inquit templa, pessimis servitiorum, eodem subsidio obærati adversus creditores, suspectique capitalium criminum receptabantur; quæ genera referuntur quoq; in *l.* 1. *& l. præsenti.* 6. §. *Series. C. de his qui ad Eccles.* & de servis *Pollux c.* 1. πρὶ ἀνάλωτα τέμενη ἐφ' ὧν τοῖς οἰκέταις ἐφώλεια. Itaque templa pro Asylis fuerunt; & confugiebant ad aras, & signa Deorum amplectebantur. Virgil. 2. *Æn.*

Hic Hecuba & nata nequidquam altaria circum
Condensa & divum amplexa simulacra folebant.

Servorum qui hoc perfugio usi, exempla apud Plautum *Mostellar. act.* 5. *sc.* 1. & *in Rudente act.* 2. *scen.* 7. & satis probat hic locus, & de iis qui ad asyla confugiunt. Plutarch de superstitione ἂν ἀναλαβεῖν τινὰ θεραπόντα. confidunt si signum apprehenderunt, aut in templum confugerint. Christiani quoque Impp. idem privilegium templis, in quibus verus Deus colitur, esse voluerunt, qua de re est tit. *Cod. de his qui ad Eccles. conf.* Graviorum autem scelerum reos hoc præsidio se tueri non permittunt jura nostra *N.* 17. *cap.* 7. *Nov.* 37. *N.* 117. *cap. ult.* §. *qui vero.* Id Lege Dei convenit, *Exod.* 21. quæ jubet homicidam abstrahi ab altari, & eleg. Thucyd. lib. 4. πρὶ ἀκουσίων ἁμαρτημάτων καταφυγὴν εἶναι τὰς βώμους, involuntariorum delictorum perfugium esse aras; quod rursus Legi Dei convenit *Numer.* 35. *& Deuter.* 19. Et apud *Tacit.* 3. *ann.* Senator Cestius differit, neminem in Capitoliū aliave Urbis templa confugere, ut eo subsidio ad flagitia utatur. Adde procedere hunc locum, ubi servus humiliter deprecans ob servitium domini cōfugit v. c. in ædem sacram. Quod si enim eo fugiat cum armis statim extrahitur *l.* 4. *C. de his qui ad Eccles.* si forte metuens justam coercitionem domini id faciat; domino reddendus est, quo pertinet *l. præsenti* 6. §. *sane.* 5. *C. d. t.*

Jus Canonicum tamen quosvis admittit *c. inter alia de immun. Eccles.* Ubi solos excipit nocturnos populatores agrorum & publicos latrones.

Ad statuam principum.] Vetus ista statuarum veneratio. Meminit *Livius lib.* 23. statuæ Ptolo-
3 mæi † Regis ad quam confugerit Decius Magius Campanus. Principum Romanorum statuas consecrari solitas, & in eas crimen majestatis commissum fuisse docent *l.* 5. *&* 6. *ad L. Iul. maiest.* Itaque quod hic dicitur simpliciter statua. mox inf. h. loco sacra statua vocatur; & principibus etiam viventibus adhuc templa exstructa & sacerdotes lectos fuisse constat, de Tiberio & Augusto est apud *Tacitum* 4. *annalium.* Christiani Imp. quo minus id ferrent, religio obstitit, illi tamen non minus magnifice & tamquam de Diis de se & senserunt & locuti sunt, sua oracula, numina, divinos vultus, adorandam purpuram, ipsam etiam divinitatem suam & talia multa partim ingeminant *l. præsenti.* 6. *in pr. C. de his qui ad Eccl. confug. l.* 3. *C. de usur. fiscalib. l.* 2. *C. de petit. bon. subl. l.* 12. *C. de annonis l.* 8. *C. de exactor. trib. l.* 2. *C. quand. & quib. quart. pars. l.* 2. *C. de quib. mun. vel præstationem. l. omnem* 42. §. *si autem* 8. *C. de Episc. & cler. & l. seq. ibid. in pr. &* §. 1. *&* 2 *& l. sanctiss.* 44. *in pr. &* §. 3. *&* 4. *C. eod. l. pen. & ult C. de hæreticis, & passim alibi*, Græcis & Theophilo quoque solent dici θεοὶ πατοί quæ non immerito improbat *Socrates in histor. Ecclesiastica* & Christianorum Imp. arrogantiam an imprudentiam confutant & coarguunt Ethnici. Impp. qui modestius de se senserunt, & Tiberius fastuosus alias, noluit tamen occupationes suas sacras dici, ut refert *Sueton. cap.* 27.

Sævitia dominorum.] Mox adduntur aliæ duæ causæ, fames, quæ potest tamen ad sævitiam referri; & injuria intollerabilis, quam mox appellat infamem injuriam, & Jurisconsultus in *l.* 2. *h. t.* impudicitiam & turpem violationem: obscœnitatem *l. 1.* §. *quod autem* 8. *de offic. præf. urbi.* videlicet si ancillas prostituant, ut stuprum etiam servis inferant, cujus in-

ſus injuriæ metus comparatur cum metu mortis, *l. ſed iſti 8. infr. quod met. cauſ.* & quam fœde abuſi ſervis Romani, paſſim obviam eſt. Ceterum juxta *l. ſi leones 11. C. de epiſc. aud. & l. 6. C. de ſpectac.* ancillæ quas dominus proſtituere vult, conſequuntur libertatem. Itaque mutatum erit hactenus ius vetus, aut cum Acc. dd. textus in ſpecie ad proſtitutionis publicæ injuriam reſtringemus.

Cogantur vendere.] Regulariter nemo cogitur *l. invitum C. de contr. empt.* nec juſto quidem precio *l. non eorum. 9. Rer. am.* Exceptio generalis eſt, ab utilitate vel neceſſitate publica. In ſervis duæ ſunt ſpeciales: altera à favore libertatis *§. ult. infr. de donat.* altera hic à ſævitia domini. Alia exceptio eſt favore religionis *l. ſi quis 12. inf. pr. de religioſ.* Simile eſt, quod ob ſævitiam pater cogitur emancipare *l. ult. ſi quis à par. man.*

Bonis conditionibus.] Juſto pretio ut explicant Weſemb. & Hottom. Quod ut non improbo, ita non video, quare Hottom. improbet explicationem Theophili, quam conjunctim cum illa proponit Acc. ut ne conditiones ejuſmodi addantur, quas irati & ſævi domini adiicere ſolebant, v.t. ut exportentur Italia, ut ne manumittantur &c. quo etiam pertinet, quod in extremo dicitur, ita vendi debere, ne ad dominum revertantur.

Expedit Reipublicæ.] Hæc eſt ratio decidendi, ob quam præter regulam cogitur dominus rem & ſervum ſuum vendere: unuſquisque quidem rei ſuæ moderator eſt & arbiter *l. in re 21. C. Mandati*, ſed Lex, quæ domina eſt, modum ei arbitrio præſcribere poteſt. Eſt alias hoc certiſſimum, quod ubi res privatorum bene & recte ſe habent, ipſa reſpubl. melius habere intelligitur, quæ præſertim ius habet, exigentibus neceſſitatibus, utendi rebus privatorum, facit quod dicitur in *l. 1. §. in cauſa 20. de quæſt.* in tributis eſſe Reipubl. nervos. Et hæc ratio ſumta ab interdicto legis eſt expedita, quam probat *Iaſon. in addit. ad Porc. hic.* Ceteroquin poſſe etiam re ſua abuti quem, probatur ex *l. ſed etſi 25. §. conſuluit 11. de petit. hared.* Accedit hic conditio perſonæ; quæ utique homo & natura domino æqualis eſt.

Dominorum quidem poteſtatem.] Hæc eſt ratio dubitandi, ob quam non videbatur cogendus eſſe dominus vendere; propter jus poteſtatis; nam nec princeps poteſtatem hanc habet, ut auferat res ſubditorum, niſi imperio ſuo tyrannice abuti velit, de quo alibi tractatur,

Sed & dominorum intereſt. Prior ratio dividendi erat, quod interſit Reipubl. &c. Hæc altera eſt, quod interſit ipſorum dominorum; vel quia fracti malis & injuriis ſervi auſugiunt: vel quia exacerbati ex deſperatione contra ipſos dominos ſe armant; cuiuſmodi exempla conſpirationum in dominos, refert *Bodin. 1. de Repub. c. 5.* quæ res & periculum quod à ſervis imminet dominis; fecit ut SCto Silaniano, cujus ſupra meminimus, domino domi ſuæ interfecto, omnes ſervi occiderentur, itemque fecit locum proverbio: Quot ſervi, tot hoſtes. Sed enim eos ſævitia dominorum hoſtes fieri, ſcribit Seneca, & *libr. 3. de benef. cap. 21. & ſeqq.* multa exempla ſervorum fidelium & in dominos beneficorum refert, ſed & aliqua refert *Dion. Caſſ lib. 47.* Vera autem ratio decidendi inde petenda eſt, quod ſupra diximus, tam infinitam poteſtatem in ſervos dominis ex vera ratione non competere, ſed eſſe eum poteſtatis abuſum, quem merito Lex coercet. Rectiſſime *Cicero 1. de offic.* Meminerimus, inquit, & adverſus infimos juſtitiam eſſe ſervandam; eſt autem infima conditio & fortuna ſervorum, quibus, non male præcipiunt, qui ita jubent uti, ut mercenariis, ad operam exigendam, &c.

Qui iuſte deprecantur.] Rectiſſime uſus eſt Imp. verbo *deprecari*: Neque enim ſervi ulla actione aut accuſatione contra dominum in hoc negotio conſiſtere poſſunt; ſed tantum ipſis ſuppliciter officium nobile magiſtratus implorare, licet in eam rem eſt elegans locus in *l. 1. §. quod autem 8. de offic. præf. urb.* ibi. *verecunde expoſtulent, &c. fac. l. cum 8. Codic. de liber. cauſa l. ſi liber 9. in fin. C. de condict. ob cauſ. d. t.*

Cognoſſe de querelis eorum.] Recte ait cognoſcendum eſſe. Neque enim temere ſervis conquerentib. de dominis credendum eſt. Docet locus ſup. ex *Tacito lib. 3. ann.* citatus; complebantur templa *PESSIMIS* ſervitiorum; & paulo ante eodem libro, ſtatuis principum ſervos quoque ad impunitatem, & in dominorum invidiam & injuriam abuſos eſſe docet. Incedebat, inquit, deterrimo cuique licentia, impune probra & invidiam in bonos excitandi, arrepta imagine Cæſaris, libertique etiam ac ſervi patrono vel domino cum voces cum manus intentarent, ultro metuebantur, itaque recte mox hoc loco ſubjicitur *ſi cognoveris.*

Quod ſi fraudem fecerit.] Forte cum emptore colludendo, ut ſervus ſibi revendatur. Fraus lege fit, ubi ſervatis verbis Legis mens ejus circumvenitur,

ut est *in l. contra 29. cum l seq. D. de LL.* Potest etiam intelligi, si præverterit cognitionem & officium magistratus, & servos graviter nimis tractet & sæve. Comminatur pœnam postremis verbis, *Severius se executurum* &, nimirum pœnam & coercitionem extraordinariam, pro qualitate fraudis admissæ.

AD TITVLVM IX.

LIBRI PRIMI INstitutionum.

DE PATRIA POTESTATE.

TEXTVS.

In potestate nostra sunt liberi nostri quos ex justis nuptiis procreavimus. Nuptiæ autem sive matrimonium, est viri & mulieris coniunctio, individuam vitæ consuetudinem continens.

COMMENTARIUS.

1 *Liberi non sunt in potestate matris.*
2 *Nuptiæ unde dictæ.*
3 *Nubere non dicuntur viri.*
4 *Polygamia.*
5 *Nuptiæ quomodo consuetudo individua.*
6 *De iure divertendi.*

TItulus & inscriptio est, *De patria potestate.* Certum est jure nostro liberos in potestate ma-
1 trum non esse † qua in re labitur egregie Mynsinger. qui exceptionem ponit si fœmina adoptet filium ex rescripto Principis, juxta §. fœminæ 10. inf. de adopt neque enim alio iure hic filius adoptivus erit apud matrem, quam filius naturalis; neque mater per talem filium adquiret. Plerique hactenus ius civile abire à jure naturali, quo idem ius utrique parenti sit in liberos. sed falluntur. Reverentia quidem matri debetur etiam iure naturæ. *l. 4. de in ius voc.* & ipse Deus jubet honorare patrem & matrem. Sed enim ista non inferunt æqualem potestatem, imo nec veram potestatem. Et potestas patria ex ipso eo jure, ex quo matrimonium est, deducitur. Nimirum pater & principium est generationis, & ut Aristoteles docet 1. *polit* 1. qui ætate & prudentia antecedit, ceteris imperat, talis autem est maritus, qui caput est familiæ, & licet diversa imperandi ratione, uxori, servis & liberis imperat; ex cuiusmodi familiis vici, & porro civitates constituuntur. Unde ibid. Aristot. ait, regiam formam imperandi esse antiquissimam, quoniam ex familiis pluribus constituta ab initio fuit civitas, quibus familiis omnibus, hic à quo earum origo, jure quodam patris, & adeo regio (ut mox dicemus) imperabat; & eleganter ibi Aristot. κώμην vocat ἀποικίαν οἰκίας, quasi coloniam domus, quod expressit *Cicero 1. offic.* Sequuntur, inquit, fratrum coniunctiones. Item consobrinorum, sobrinorumque, qui cum iam una domo capi non possunt, in alias domos tamquam in colonias exeunt. Hinc igitur dicitur potestas patria, in qua sunt liberi, ex iustis nuptiis procreati, *in pr. h. t.* quibus verbis unam eamque primam & naturalem causam potestatis patriæ proponit, alias autem quas proponit *§. ult. tit. seq. & t. t. undecimo,* non excludit.

Ait, *iustis nuptiis.*] Quoniam ut sup. diximus ad tit. de Ingenuis, liberi extra matrimonium nati nō patrem, sed matrem sequuntur, eoque nec in illius potestate esse possunt. Notant tamen Interpp. in §. *pen. in f. tit.* 12. casum, quo ex justis nuptiis natus nō est in potestate, velut ex deportato, sed nimirum matrimonium non tam ex ratione juris civilis quam gentium sustinetur *l. 1. C. de repud.* eoque iure gentium in potestate quoque esse quis dixerit; sed juris civilis effectus cessabunt;

2 *Nuptiæ*] Vulgatum est † nuptias dici à nubendō vel obnubendo, eo quod novæ sponsæ solebant pudoris causa faciem obvelare & obnubere; hoc enim significat obnubere; veluti in illo tristi carmine apud *Livium libr. 1.* caput obnubito, infelice arbore suspendito. Illud enim, sed ex longa alia causa damnatis, fieri solebat. Et hanc notationem inter alias quoque refert *Festus,* & probat *Varro 4. de Ling. Latin.* Neptunus inquit, quod mare terras obnubit, ut nubes cœlum, à quo Nuptiæ: Probat, & *Isidor. lib. 10. cap. 8.* Obnubebantur autem flammeo, id est, quo usa erat & utebatur Flaminica, uxor Flaminis, boni omnis causa, quoniam inter illos non erat licitum divortium, autore eodem Festo, unde Catullus in Epithal. *Flammeum cape.* Idque, ut velarentur nuptiæ, post etiam apud Christianos obtinuisse judicio est, quod *Ambros. in fin. lib. 1. de virginib.* scribit, de puel-

de puella quæ cum à matre & propinquis urgeretur, ut nuberet, ad sanctum altare confugit; & inter alia hæc ad matrem: Num melius mater tu me velabis, quam altare; Nam & quæ castitatem Deo consecrabant virgines, ad altare velabantur; uſ ex *eod. lib.* 1 patet.

3 Hinc eſt, † ut *nubere* tantum dicatur de fœminis, non etiam de viris, niſi nota cauſa, ut apud Martialem 8. *Epig.* 12.

Uxoram quare locupletem ducere nolim,
Quæritis, uxori nubere nolo meæ.

Nec aliter uſurpavit Pomponius citatus à Non. Marcello, capit. 2. in *Nubere*, cum ſcripſit. *Nupſit dotata vetule*, quo loco deceptus Marcellus, putavit, apud veteres etiam viros doctos Nubere. Tertullianum tamen, ſedſæpe non ſatis bonum linguæ Latinæ autorem, non ſemel ita locutum reperio, *ut contra Hermogenem in pr.* Pingit licite nubit adſidue; & *de corona militis ſub finem*, non nubimus ethnicis; & *lib.* 1. *ad uxorem.* Pontificem Maximum rurſum nubere nefas eſt. Nuptiarum verbum triplicem fere habet ſignificationem 1. uſurpatur pro feſtivitate & ſolēnitate, ut ſere in *l. Sancimus* 24. *C. de nupt.* 2. pro ipſa corporum coniunctione, ut apud *Apul.* 7. *metamorph.* ad nuptias invitare, ſignificat invitare, ad coitum *& hoc ſenſu ap. Plaut. Ciſtell. act.* 1. *ſc.* 1. Hæc quidem ecaſtor, quotidie viro nubit, nupſitque hodie, nubet mox noctu. & *Mart.* 1. *epig.* 25. Nohto fronti crederē, nupſit heri. 3. ut hoc loco pro conjunctione animorum, quæ naſcitur ex conſenſu matrimoniali, atq; ita accipitur cum dicimus, nuptias fieri conſenſu non concubitu *l. cui fuerit l.* 5. *de condit. & demonſt. l. nupt* 30. *d. R. iur.* Eſtque hæc coniunctio ipſa matrimonii vera forma cuius tamen quia finis principalis eſt, procreatio ſobilis tum etiam vitatio vagarum libidinum, tales perſonas eſſe oportet, inter quas coniunctio quoque corporum locum reperire queat. Et Ang. hic ait, quod requiratur. propoſitum hoc ut copula ſequatur Rectius videtur *Iaſon. in addit. ad Porc.* quod non neceſſaria ſit copula ad producendum matrimonium in eſſe, ſed poſtea utique ſit neceſſaria, quia in ea eſt conſummatio matrimonii ſicut in traditione, venditionis.

Viri & mulieris] Ergo utriuſque ſexus; coniunctionem duarum perſonarum unius ſexus, damnant ipſæ naturæ Leges & Dei, damnat graviter *Plato lib.* 1. *&* 8. *de LL.* Damnant omnium gentium Leges, utcunque Græcis pleriſque non admodum vetitum fuiſſe colligere liceat, *ex d. lib.* 1. *Plat. de LL. Herod. lib.* 1. *Xenoph. lib.* 2. *inſtitutionis Cyri & in Repub. Lacedæm.* Ponitur numerus ſingularis, ad exclu-

4 dendam † Polygamiam, quæ & Græcis & Romanis improbata, licet pleræque gentes ea uti, & ea Iudæis quoq; permiſſa, ut videlicet uni viro plures eſſent nuptæ, (de quo & *inf. tit ſeq. text.* 7.) nam apud nullam gentem hoc obſervatum legimus, ut una mulier plurib. nupta eſſet, quamquam de Britannica gente hoc referat Euſeb. lib. 6. præpara. Evang. Sed etenim faciles fuiſſe mulieres illas, & cōmunibus etiam fœminis quoſdam uſas, diſcimus ex *Laoniceo lib.* 2. *& ex Cæſare li.* 5. *de bell. Gallico*, veras autem iſtas nuptias fuiſſe credibile non eſt, dixi de eo late *ad Treutl. de nupt.*

Individuam vitæ conſuetudinem.] Multis modis hæc

5 verba † accipi & explicari poſſunt, 1. de communi & individuo omnium rerum uſu. 2. de participatione omnis fortunæ, proſperæ & adverſæ, juxta *l. ſi cum.* 22. *§. ſi maris.* 7. *ſolut. matrim.* 3. de arctiſſima coniunctione quæ eſt inter coniuges; & ad omnes has tres ſignificationes referri poteſt, quod in *l.* 1. *de ritu nupt.* dicuntur nuptiæ conſortium omnis vitæ. Et denique 4 de inſeparabilitate matrimonii. Conveniens hoc erat communicationi divini quoque juris, ut eſt in *d. l.* 1. *de ritu nupt.* & apud *Halic. l.* 2. mulierem factam fuiſſe » οικοδε χρημα των και ἱερων, Sacrorum ſcil. quæ privata cuiuſque familiæ apud Roman. erant. Hæc res efficiebat (ut mox *ibidem* Dionyſ.) ουδεν δι ἀκεκοινωνητως ἁπαντα ειναι, ut nihil eſſet, quod tale coniugium diſſolveret, ob ſtuprum uxoris, aut ſi ſe inebriaſſet, vindictā mariti permiſſam, & primis 520 annis nullum divortium Romæ fuiſſe, primum Cervilium uxorem dimiſiſſe ob ſterilitatem. Itaque huic veteri iuri & mori explicatio iſta individuitatis, maxime conveniens eſt. Sed poſt obtnuit † ut ex levioribus quoque cauſis divortia fierent, imo etiam nullis expreſſis cauſis uxores dimitterent, quod oſtendit exemplum relatum à *Plut. in vita Æmilij Pauli.* Romani cuiuſdam uxorem, pulcram & fœcundam & pudicam dimittendis; & amicis improbantibus factum, reſpondentis, calceum quoque quem indutus erat. bene factum videri, ſed neminem noſſe, qua parte premat pedem. Ius autem non fuiſſe vicißim uxorib. repudiandi maritos, & ab illis diſcedere indicio eſt querela mulieris ap. *Plaut. in Mere. act.* 4. *ſc.* 6.

Nam ſi vir ſcortum ducit clam uxorem ſuam,
Id ſi reſcivit uxor, impune eſt viro
Vxor viro ſi clam domo egreſſa eſt foras,
Viro ſit cauſa, exigitur matrimonio.

Sed po-

Sed postea morib. in peius, ruentib. non minus uxori permissum fuit, repudium mittere marito; quod ex jure nostro liquidum est, & elegans est locus apud *Iuven sat.* 10. de muliere quæ crebro divertendo intra quinque annos octies nupsit.

Imperat ergo viro sed mox hæc regna relinquit,
Permutatq; domos & flammea conterit, inde
Advolat, & spreti repetit vestigia lecti:
Ornatas paulo ante fores pendentia linquit.
Vela domus, & adhuc virides in limine ramos;
Sic crescit numerus, sic fiunt octo mariti
Quinque per autumnos: titulo res digna sepulchri.

Posita hac facilitate divertendi, imo levitate, vix imo non poterit hoc sensu matrimonium dici individua consuetudo vitæ, nec propositum nudum & votum ad hoc sufficere poterit: quamvis vulgo hoc sensu explicetur, *l. 1. de iur. dot.* ubi causa dotis dicitur esse perpetua; quin & in tanta levitate & licentia vix poterit proposita perpetuum appellari matrimonium. Ista autem levitas displicuit merito Impp. Christianis. qui tantum graviores causas divortii admiserunt, *l. 7. 8. 10. & 11. C. de repud.* quæ ad pauciores redactæ sunt. *N. 117. cap. 8. & 9.* Theologi Protestantes tantum agnoscunt justas causas divortij, duas, adulterium & malitiosam desertionem. Jura Canonica nullam causam admittunt ex qua ipsum vinculum solvatur, à qua sententia non alienus est *Alber. Gent. 6 de nupt. 6.* Pluribus de hoc agere instituti nostri ratio non patitur. Plane secundum Jus Canonicum vere demum dicetur matrimonium inseparabile & individuam vitæ consuetudinem cõtinere; nec male tamen etiam eo jure, quæ gravissimæ saltem divortii causæ admittuntur.

TEXTVS.

2. Jus autem potestatis, quod in liberos habemus, proprium est civium Romanorũ: nulli enim alii sunt homines, qui talem in liberos habeant potestatem, qualem nos habemus.

COMMENTARIUS.

QUod proxime diximus, de potestate patrisfã. in omnes familiæ partes, cum ait necessario potestatem patriam esse ex jure gentium, & ex eo ipso jure quo matrimoniũ est, quod procul dubio antiquitus est bello & servitutibus; itaque errat V Vesemb. qui *ad tit. praced.* ideo prius de potestate dominica scripsisse ait Justinianum, quod hæc sit antiquissima. Illud quidem recte ad mentem Justiniani dictum videtur, qui non obscure ita opponit potestatem dominicam & patriam, quod illa sit à jure gentium, hoc à jure civili. Docet id collatio utriusque loci *h. & praced. tit.* Ait enim in §. 1. *tit. prec.* potestatem dominicam esse juris gentium, quia omnes gentes ea potestate in servos utantur; hoc autem §. ait potestatem patriam esse propriam civium Romanorum; idque ita accepit Theophil. hic, qui utrumque locum quasi coniungit, & ait jus hoc potestatis esse proprium Romanorum, potestatem autem in servos esse juris gentium. Ut non immerito Triboniamus hoc nomine reprehensus videatur à *Bodino 1. de repub. 4.* nec satis ex eo excusetur, quod plerique Justinianum de qualitate potestatis patriæ exaudiunt, etenim appareat, ut dixi, à Justiniano has duas potestates ita à causa efficiente distingui. Ceteroquin illa excusatio in se satis commoda est, cui nec obstat quod Bodinus adfert, Gallos in liberos suos vitæ & necis habere potestatem, ex *Cæsare lib. 7. de bell. Gallico*: non etiam quod *Aristot. 8. Ethic. 12.* de Persis attestatur, apud eos potestatem in liberos ut in servos esse tyrannicam. Nam præterquam quod ad quantitatem id pertinet, non ad qualitatem, insuper non potuit nec debuit Justin. respicere ad institutu quorundam populorum, unius aut alterius; à quibus potestatem suam Romanos non accepisse certum est, sed confertur potestas quam Romani habent, cum potestate, quæ ex ipso jure gentium parentibus competit. Et est ista expedita & verissima excusatio Justiniani contra reprehensionem Bodini. Et Romani scil. nihil aut parum addiderunt potestati, quam ex jure gentium domini in servos habent, jure belli; sed plurimum differt potestas Romana patria, ab ea potestate, quam gentes in liberos habent, utique ex jure gentium habere debent; & eo respectu recte potestas patria & dominica inter se opponuntur, & dum Justin. negat alios populos talem in liberos habere potestatem, hoc ipso innuit, eos habere potestatem; & in *pr. 6.* non ait, jus hoc potestatis esse proprium civium Rom. sed cum restrictione *ius potestatis quod in liberos habemus.* Nam ut cepimus dicere *ad pr. huius tit.* potestas patria ex ratione juris gentium descendit, ex eo fundamento, quod maritus est caput familiæ, adeoque dominatur & potestatem habet in omnes

omnes familiæ partes. Hinc poteſtas in liberos, ſed qualitatem poteſtatis docet Ariſtoteles tum *d. lib.* 1. *Polit.* 3, ubi aît genus poteſtatis in liberos eſſe βασιλικὸν regium ; tum 8. *Ethic.* 12. ὁ πατὴρ, inquit, ἀρχὴ ἔοικε καὶ γενέσεως, καὶ τροφῆς, καὶ παιδείας. Rationem eius rei elegantem reddit utrobique, *& d. cap.* 8. *li.* 1. *Polit.* τὸ γὰρ γενόμενον κατὰ φύσιν ἄλλο ἔοικεν εἶναι. *& ad cap.* 12. τὸν πάντων γὰρ τοῖς τέκνοις μάλιστα pater curam gerit liberorum. Nimirum Rex imperat ſubditis volentibus per amorem : amat ſubditos & eorum curam gerit, & ad eorum commodum & utilitatem rempub. gubernat. Unde & ab Homero Iupiter pater hominum & Deorum, & Principes & Reges patres & paſtores populorum vocantur. Ita & pater liberos ex ſe editos amat & eorum curam gerit. Quæ ſolidiſſima ratio convincit, nimiam poteſtatem in liberos à vera ratione & ab ipſo jure gentium abire & abhorrere. Et proinde forte rectius Græci Legumlatores modicam dederunt parentibus poteſtatem, utcunque eos hac in re improbet *Dionyſ. Halicarn. lib.* 2. quod ſolum permiſerint liberos domo pellere & exheredare : quæ erat abdicatio dicta ἀποκήρυξις, ut eſt in *l.* 6. *C. de pat. pot.* ubi Impp. eam negant moribus Romanis aut LL. probari. Simile quid tamen eſt apud *Valer. Max. lib* 5. *cap.* 8. ubi Torquatus cognita cauſa ita contra filium ſuum pronunciat. Cum filium meum pecunias à ſociis accepiſſe mihi probatum ſit, & rep. eum (alii malunt RE) & domo mea indignum judico, protinuſque è conſpectu meo abire jubeo ; & verbum *Abdicare* explicat *Nonius cap.* 6. de patris facto dici, cum filium abiicit familia & *Quintil.* 7. *Inſt.* 5. formas abdicationum refert : aut an hoc ex republ. Græcorum, ut declamatores ſæpe ficta argumenta tractare ſolebant ; ſed ut redeam, unde digreſſus ſum, amplius omni rationi repugnat, ut eadem ſit poteſtas & maior parentum in liberos, quam dominorum in ſervos, inter quos nulla eſt amicitia & quos tantum noſtræ utilitatis cauſa paramus, & quos hodie poſſidemus, cras in alios diſtrahimus. Quod longiſſime abeſt ab amore quem natura ipſa parentibus erga liberos inſtillavit, & arctiſſimo vinculo copulavit; quin nec convenit ei, quod votum naturale parentum eſſe ipſæ Romanæ Leges, & alij autores perhibent, ut liberi ſint ſuperſtites parentibus, *l. nam & in. de inoffic. teſtam. l. ſcripto* 7. *inf. unde liberi.* Author eſt *Cicero* 2. *de nat. Deor.* hinc ſuperſtitioſos, qui totos dies precabantur & immolabant, ut liberi ſibi ſuperſtites eſſent. Hinc apud *Tacit.* 16. *ann.* precati ut relinquerent ſuos ſuperſtites. Et *Senec. conſolo ad Marc. cap.* 10. quos nobis ſuperſtites naſcendi Lege optamus, de quo *& inf. ad* §. 1. *de inoffi. teſtam.* Idem Romani filium ipſo jure hæredem patri & quaſi adhuc vivo patre dominum omnium bonorum eſſe cenſuerunt *l. in liberis* 11. *inf. de liber. & poſth.* Nego cum his convenire immenſam illam poteſtatem, quam patri in liberos Romulus dedit ; nego cum ratione & jure gentium convenire. Nec hilum movet, quod Bodinus tantum eſſe parentum in liberos amorem eſſe ſcribit, ut patrem ſua poteſtate abuſurum credibile non ſit. Etenim ille ipſe amor tantus in liberos natura inſitus, averſatur tyrannicam poteſtatem ; nec ego diſputo an pater forte poteſtate ſua abutatur nec ne, ſed tantum poteſtatem patri ob rationes jam dictas, concedendam eſſe, & fuiſſe nego. Et videamus autem breviter, quam poteſtatem Romulus patri dederit, quam etiam pene 300. annis poſt Decemviri confirmaverunt. Non aliunde id rectius & certius cognoſcere poſſumus, quam ex *Dionyſ. Halicarn. libr.* 2. *antiquit. Rom.* ubi in ſumma ſcribit, patri per Romulum OMNEM conceſſam poteſtatem in liberos, idque toto vitæ tempore, ita ut eos in carcerem detrudere, flagris cædere, vinctum ablegare ad ruſtica opera, necare etiam ad poſtremum liceat, etiamſi filius tractet Rempub. etiamſi magiſtratus geſſerit, imo etiamſi adhuc gerat, eaque poteſtate ſæpe patres uſos in filios magiſtratu abutentes, ibidem ſcribit. Dubito tamen an licuerit hoc in Tribunos plebis, qui ſacroſancti. An quia viciſſim ſancta patria poteſtas, filiifam. non potuerunt creari Tribuni plebis? Suadet quod apud Livium extat, Tribunum plebis non poſſe eſſe, cujus pater ab hoſtibus captus eſſet ; videlicet propter jus poſtliminii, de quo infr. tit. 12. Et mox hoc quoque conceſſum patri ait, ut tertia venditione filii pecuniam ſibi quærere poſſit, maiori conceſſa poteſtate in filium quam domino in ſervum qui una venditione à poteſtate domini eximitur ; cum filius etiam bis venditus, bis à domino manumiſſus in patris poteſtatem redeat, hoc jus poteſtatis LL. 12. Tabb. repetitum ibid. affirmat. Et cur igitur in *l. patre* 8. *de his qui ſunt ſui &c.* Jus poteſtatis dicitur moribus receptum? an forte reſpectu quorundam effectuum, velut ſubſtitutionis, *l.* 2. *in pr. de ſubſtit.* an quia jus hoc poteſtatis utique origine & forma eſſentiali eſt à jure gentium ; cujuſmodi quæ ſunt non raro à moribus eſſe dicuntur *arg. l. ult. de ritu nupt.* an quæ à primis Urbis cu-

bis cunabulis receptæ, propter antiquitatem ad mortes retulerunt? quod præsertim exactis Regibus quæ ab aliis sancita fuerunt, illis accepta referri visum non fuit. Eodem sensu videtur dici jus potestatis consensu receptum *in fin. pr. infr. de adquir. per adrog.* Et de jure necis suppetunt & testimonia in jure nostro in *l. in suis* 11. *de lib. & post. in fi.* Sed quo ad jus vendendi contradicit *l. vlt. C. de pat. pot.* ubi Imp. Constantinus, licuisse olim patri filium occidere ait sed libertatem eripere non licuisse. Fortasse citius jus vendendi ademptum patribus fuit, quam jus vitæ & necis; & filios à parentibus necatos quosdam legimus, venditos vix legimus. Vt dicamus quod quidam conatur, plus credendum esse Constantino, quam Græculo homini, mihi probari non potest; cum autor iste sit accuratus indagator antiquitatum Romanarum, qui insuper ibi refert Legem Numæ, ex qua pater non poterat amplius vendere filium postquam hic consensu eius uxorem duxisset. Et convincit ratio solida, quod cum vetus illa duritia displicuisset, imago tamen manfit, in emancipationibus filiorum, ut terna venditione in imaginariam servitutem deducerentur. *l. 3. d. cap. min.* de quo dicemus *infr. tit.* 12. quod aliunde natum esse non potuit, quam ob antiquo jure vendendi filium; Sed contrahenda vela sunt. Dico istam potestatem summam parentibus dari non debuisse, & eam plusquam tyrannicam & dominicam esse. Eoque etiam merito sive LL. sive moribus sensim abrogata est, & sc. in *d. l. 11. de lib. & post.* verba, *quos & occidere licebat*, ostendunt tum non amplius licuisse &jus adquirendi per filium, quam mutatum & imminutum fuerit, dicemus *infr. per quas pers. adquir.* Et recte *l. vn. C. de emendat. proping.* Senioribus jus coercendi juniores propinquos jure patrio permittitur; Si gravius delictum atrociorem pœnam exigat, ad magistratum deferendam rem esse; & ipsa Lex Dei vult deduci filium inobedientem ad magistratum, ut ejus autoritate pœna infligatur, & simul causa cognoscatur; neque enim alias magistratum adire necesse esset, olim autem moribus Romanis patrem; privatim de filio, vel etiam adhibitis propinquis cognoscere potuisse, multa exempla ostendunt, quorum quædam exstant apud *Valer. lib. 5. cap. 8. Liv. lib. 2. Cic. 1. de finib. & Senec. 1. de Clement.* Id autem post non amplius permissum. Itaque Bodinus frustra est, dum 1. *de repub.* 4. potestatem vitæ & necis, perniciosо, ut ait exemplo, patrib. ademptam, restituendam ijs contendit, sed ineptis plane rationibus. Et imo nulli privato, talis potestas concedenda est, sed magistratui, qui huic fini constitutus est, ut delicta coerceat, quidni enim & matri alias talis potestas permittatur. Sed ista sufficiant, de isto effectu, qui est in coercendo. De altero qui est in eo ut pater adquirat per filium, agitur *in f. lib. 2. tit. 9.* ubi dicemus de iis quæ hic tractat gl.

TEXTVS.

2. Qui igitur ex te & uxore tua nascitur, in tua potestate est. Item qui ex filio tuo, & uxore eius nascitur, id est, nepos tuus & neptis, æque in tua sunt potestate: & pronepos & proneptis & deinceps ceteri. Qui autem ex filia tua nascuntur, in potestate tua non sunt, sed in patris eorum.

COMMENTARIUS.

REs ista perspicua est, nec multis verbis opus. Unus in potestate duplici ejusdem generis esse non potest; nec qui in potestate est, alium eodē genere potestatis subjectum habere potest; quo pertinet *l. si evenias* 21. *ad L. Iul. de adulter.* Hinc enim est, ut nepos non sit in potestate patris, qui ipse adhuc patrem habet, cui subjectus ipse est. Et hoc cōvenit etiam rationi juris gentium, de qua ante egimus, quod omnes qui sunt ejusdem familiæ, id est, in una quasi domo, sunt subjecti capiti familiæ, qui est v. c. avus. Atque hinc est, quod emancipato filio, ejus liberi manent in potestate avi §. *admonendi 7. infr. quib. mod. jus. pat. pot. solv.* Effectus huius rei est, ut nepos non adquirat patri suo, sed avo; nisi quis dicat, immediate quidem patri, & per hunc recta rursus avo adquiri: nā potestas in filio inest potētia quadam, cujus actus propter superstitem avum inhibetur, ceteroquin hoc mortuo, nō possent eius nepotes esse in potestate patris sui, quod contra est, *in pr. infr. d.* §. 12. Plane pater liberos leviter castigare poterit, sed (quod potestatis proprium jus est) de delictis eorum cognoscere & sententiam in eos ferre: ex veteris juris ratione, non poterit, quam diu avus superstes est. Unde est quod jus occidendi, adulterum in filia deprehensum non habet, nec jus occidendi filiam. *d. l. 21. de adulter.*

Qui igitur ex TE] Est descriptio filii juxta *l. filium 6. de his qui sunt sui iur.* & quod mox adjicit, *in vers. Item qui*, aperte docet, loqui pr. de eo qui patrem supra se non habet, ut nihil necessum fuisset à Mynſ. hanc limitationem adscribi.

Qui

Qui autem ex filia.] Fœminæ nubentes egrediuntur familiam patris ſui, & fiunt pars familiæ mariti, vel patris ejus, eoque liberi ex his nati in familia & poteſtate avi materni eſſe non poſſunt. *l. familia 196. de verb. ſign.* quæ certa etiam juris gentium ratio eſt; ad quam ſane perinepta ſunt, quæ hic pro rationibus dubitandi movet Hottom. quod fœmina quæ eſt in poteſtate patris videatur eſſe ſolum alienum; ut proinde ſementis in eo ſolo facta, aut patris ejus tota, aut ſaltem communis eſſe debeat; ineptæ quoque reſponſiones, quod maritus habeat uſum fructum uxoris, & quod mariti ſemen ſolum ſufficiat ad generationem. Equidem ſi hoc attendamus, qui ſemina in alienum agrum ſparſit, quæ terra tantum fovet & producit, erit dominus frumenti; quod falſum eſt, ſed omnino utcunque conſideremus jus vetus poteſtatis in liberos, tamen inepte hæc diſputantur, & naturalis ratio adquirendi per acceſſionem ex rebus ſuis huc male transfertur; quia non agitur de adquirenda re aliqua per facturam & ſimplici iure dominii, ſed de adquirendo hærede bonorum & ſacrorum, & familiæ. Neque propter jus poteſtatis Romanum, ſublata eſt ratio juris gentium, ex qua natus ex conjugio eſt in familia patris, qui familiæ caput eſt, ex quo in *l. 19. & 26. de ſtat. hom.* hæc Lex naturæ ſeu potius juris gentium eſſe dicitur, ut natus ex juſto conjugio ſequatur patrem. Quæ ratio procedit, etiam ſi filia maneat in poteſtate patris, quam etiam hactenus laxare cenſetur pater, dum filiam ipſe alteri in matrimonium ſecundum Leges elocat. Hæc ſcil videtur mutuatus Hottom. ex *Can. ad tit. de conjug. ſerv. & tit. ſeq.* Iure enim Can. etiam cum ſervis eſt connubium, & nihilominus ſi ſerva nupta ut libero, partus, ſequitur ventum ut notavi *infr. tit. ſeqq §. Illud 10. in fi.* An autem aliquo modo nubendi filia exeat de poteſtate patris, videbimus *inf. tit. 12.* Illa porro quoque mihi diſputatio videtur inepta, quam hic movet Hottom. an liberi nati ex uxore, quæ non convenit in manum, ſint in poteſtate patris. Equidem ſufficit conjugem eſſe, licet non omnes effectus conjugii ſpecialiter contracti habebat, ut liberi ſint in poteſtate & familia; & dicemus aliquid de hoc tit. ſeq.

(o)

AD TITVLUM X.

LIBRI PRIMI Inſtitutionum.

DE NVPTIIS.

TEXTVS.

1. Juſtas autem nuptias inter ſe cives Romani contrahunt, qui ſecundum præcepta Legum coeunt, maſculi quidem puberes, res, fœminæ autem viri potentes: ſive patres familiarum ſint, ſive filiifam. ſint: dum tamen ſi filiifamiliarum ſint, conſenſum habeant parentum, quorum in poteſtate ſunt: nam hoc fieri debere, & civilis & naturalis ratio ſuadet, in tantum ut juſſus parentis præcedere debeat.

COMMENTARIUS.

1 *Juſta nuptiæ quæ, & n. 3.*
2 *Error Triboniani.*
4 *Iniuſta uxor quæ & n. 6.*
5 *Modi nuptias contrahendi.*
7 *Ætas contrahentium.*
8 *Emancipata an opus conſenſu parentum.*
9 *Quid ſi nepos uxorem ducat.*
10 *Et quid ex iure gentium.*

VIx ullus textus eſt magis prægnans, & qui paucioribus verbis plures res & materias cõtineat. Ideoque hic paululum pedem figemus & immorabimur; nec pigebit tyrones juris hic didiciſſe, quæ ad plura cognoſcenda ſternant viam. Illud in primis hic notandum; non eſſe propoſitum Iuſtiniano, totam iſtam materiam hic tractare, ſed fere quatenus nuptiæ ſunt cauſa patriæ poteſtatis; nos tamen paulo latius hæc exequemur. Ait.

1 *Juſtas nuptias.*] Iuſtum † puto hic ſignificare, quod legitimum, jure videlicet Romano. Nemini enim dubium eſſe poteſt, quod matrimonium

Digitized by Google

fit juris gentium, & ut ſacræ Paginæ teſtantur, ejus juris, quod cum ipſo humano genere cepit; & vix ullæ fuerunt tam barbaræ gentes, apud quas non fuerint matrimonia & conjugia, & ea quidem diſtincta à vagis concubitibus & ſtupris; nec dubita-
2 vi ego unquam, quin penitus falſum † ſit, quod Iuſtinianus ſcribit in *N. 89. cap. 1.* natura omnes liberos eſſe æquales, & ead. *N. c. 9.* ante leges ſcriptas nullam inter legitimam & aliam ſobolem differentiam fuiſſe; quod etiam repetit *N. 24. cap. 1.* hoc inquam, falſum eſt, ea omnibus imo gentibus, ſicut matrimonium fuit, ita etiam juſta ex matrimonio proles. Sed ſingulæ gentes, quæ ex jure communi gentium hauſerunt, ſibi quodammodo propria fecerunt argum. *Lim civil. 6. de iuſt. & iur.* & civibus ſuis quoque proprios tantum voluerunt eſſe effectus & propria jura, quæ illis ſpeciatim conformatis attribuerunt; Scilicet ſucceſſiones inteſtatorum juris gentium ſunt, ſed Legibus Romanis & in Romana Repub. nemo ſuccedit, aut ulli ſuccedítur, niſi qui eſt civis Rom. Ad hunc modum civium tantum Romanorum juſtæ ſunt nuptiæ, quo ad effectus qui Legibus Romanis, ſunt attributi nuptijs in uxores, in liberos inde natos &c. Verbum juſti pluribus alias rebus pro epithe-
3 to adjicitur. Dicitur † juſta ſervitus; ut notatum *ſup. ad fin. tit. 4. & pr. tit. 5.* Iuſta libertas; & alia injuſta, quæ non facit civem Romanum, ut
4 d. tit. 5. & propius ad rem noſtram, dicitur † injuſta uxor, in *l. ſi uxor. 13. §. 1. Ad L. Iul. de adult.* quod de illa explicat *Cuiac. 6. obſ. 16.* quæ non ſolenniter accepta eſt aqua & igni Quod ut intelligant tyrones, paucis quibus modis apud veteres Romanos contrahebantur nuptiæ, explicandum eſt; quod & ad juris noſtri, & antiquitatis cogni-
5 tionem utile eſt Tres modi † referuntur à *Boetio com. 2. in Topic. Cicer.* uſu, farre, & coemptione; uſu, cum mulier ſine aliqua ſolemnitate affectione tamen conjugali ducta, per uſum anni juſta uxor efficiebatur; coemptione; cum imaginaria venditione interveniente, mulier in manum viri conveniebat. Farre ubi ſacris factis & adhibito farre nuptiæ coibant Sed verius & accuratius dicitur, tantum duos fuiſſe modos, uſum & coemptionem: confarreationem fuiſſe ſpecialem ſolemnitatem adhibitam in matrimonio Pontificum & Flaminum, ut colligitur ex *Tacito lib 4. annal.* Quod ſi ita eſt, oportet hunc modum poſtea Pontificum & Flaminum proprium factum eſſe: nam initio per confarreationem omnia matrimonia contracta fuiſſe diſerte ſcribit *Dionyſ. Halicarn. lib. 2. antiquit. Rom.* Effectus iſtius diverſitatis non pauci, nec exigui erant. Nam quæ in manum convenerat, ea materfamilias, ceteroquin tantum matrona dicebatur, *Gellius lib. 8. cap. 6.* Itemque illa in manu & poteſtate mariti & ei loco filiæ, & hæres vel in ſolidum, ſi nulli eſſent liberi, vel in æquas partes cum liberis hæres erat; ſicut ex adverſo omnia bona mulieris quæ ita nubebat, dotis loco mariti fiebant; quod diſerte ſcribunt *Boet. d comm. 2. in Topic. Cicer. Dionyſ Halic. d. lib. 2. & ipſe Cicer. in Topicis,* cum mulier, inquit, in viri manum convenit, omnia quæ uxoris fuerunt, viri fiunt, dotis nomine. *Servius in lib. 4. Æneid.* ad illa verba.

——— *dominum Æneam in regna recepit.*

Et hoc, inquit, de iure, quaſi per coemptionem: coemptio vero certis ſolennitatibus peragebatur apud priſcos, & ſeſe coemendo invicem vir & uxor interrogabant. Itaque mulier in viri manum conveniebat, & erat mulier materfamilias viro loco filiæ. Eodem jure non quidem initio erat, ſed poſtea eſſe incipiebat uxor, quæ ſimpliciter ducta, ſed anno continuo (qui erat modus acquirendi juris Quiritum) uſucapta erat à viro. Docet *Cicero pro Valerio Flacco.* In manu, inquit, convenit, nunc audio, ſed quæro, utrum uſu an coemptione. Quoniam autem conventionem in manum ſequebatur, ut mulier & tutela liberaretur, & ex poteſtate patris exeret, ideo interrumpendæ uſucapioni, ex LL. XII. Tabb. introductum fuit, ut ſi mulier trimeſtri abfuiſſet à viro ante annum completum, uſucapio interrupta eſſet, quod diſcimus ex *Gellio lib. 3. cap. 2. Macrob. lib. 1. Saturn. cap. 3.* Hæc ita antiquitus obtinuerunt, ſed poſtea in deſuetudinem abiere, nec jam amplius temporibus ICtorum noſtrorum obtinuiſſe indicio eſt, & quod vix ullum horum ſupereſt jure noſtro veſtigium: & magis, quod imo cum iſtis, jam relatis, quæ jure noſtro tradita ſunt, conſiſtere non poſſunt. Nam jure noſtro indiſtincte traditum eſt, filiam nuptam manere in poteſtate patris, de quo agemus *in fin. tit. 12.* nec minus inauditum jure noſtro eſt, uxores cum liberis, authis non exiſtentibus, ante agnatos & cognatos ſuccedere, de quo *infr. lib. 3.* tum denique citra expreſſam conſtitutionem bona omnia doti non eſſe jure noſtro expeditum eſt. Et cum dici non poſſit, quod infinita loca juris immutaverit Tribonianus, fatendum erit, veterem morem contrahendi nuptias paulatim in uſu eſſe deſiiſſe; facit quod *Tacitus* ſcribit *lib. 4.* confarreationem in uſu eſſe deſiiſſe, quoniam paren-

parentes nolebant filias nuptas ex jure patrio exire. Deſuetis itaque priſcis ritibus dicemus ſimplicem contrahendi matrimonii modum receptũ fuiſſe, per ſimplicem conſenſum, addita tamen nõ raro ſolemni deductione in domum, cujus frequẽter in jure noſtro mentio, aut ſi hæc deeſſet; (quæ ſane & poſt eſſe deſiit, & tempore utique Iuſtiniani nulla fuit) teſtatione uxorem duci liberorum quærendorum cauſa, ut differret à concubina; huiuſmodi enim teſtatio in nuptiis ſolemniter contractis neceſſaria non fuit. Firmat hoc *l. ſi vicinis 9. & l. ſi donationum 21. C. de nupt.* in quibus nulla eſſet ratio dubitandi, ſi illis ſolemnitatibus etiamnum opus fuiſſet. Ut redeamus ex diverticulo in viam,

6 & ad id quod de † iniuſta uxore dicebamus ex *l. 13. §. 1. de adult.* ſiquidem ſolemnitates illæ & differentiæ nubendi per uſum & conventionem jam tum ſublatæ erant, difficile eſt, intelligere ibi uxorem, quæ non convenit in manum. Succurrebat & alia explicatio, Connubii & alia jura ita erant antiquitus civium Roman. propria, ut muris urbis Romæ fere continerentur, niſi quibus ſpeciali beneficio civitas data erat, quam nec Latini nec alii populi Latij tum habuerunt, de quo late agit *Sigon. lib. 1. de antiquo jure Italiæ.* Itaque ſi quis Romanus duxiſſet uxorem ex Latio, ea juſta uxor non erat. Sed iſta explicatio ad d l. 13. ideo accommodari non poteſt, quod longe ante tempora Ulpiani Italiæ toti jus civitatis Rom. datum erat, de quo Sigon. d. loco: quod poſt conſtitutione Antonini omnibus ſubditis datum eſt *in l. orbe 17. de ſtat. hom.* ut nec de provinciali in uxorem ducta explicari poſſit *d. l. 13. §. 1. de adulter.* Et fortaſſis rectior eſt explicatio *Cuiacii 3. obſ. 5.* ut intelligatur quæ ducta eſt ſine conſenſu patris: cum qua convenit explicatio poſtrema Accurſii in d. l. 13. quæ jure uxor eſſe non poteſt, uxoris tamen animo & affectu habetur: qui affectu facit, ut ſecundum quid pro uxore habeatur, maxime quo ad jus accuſandi eam adulterii, licet ſimpliciter uxor non ſit, juxta *§. ſi adverſus 12. infr. h. t.* Sed & extra caſum *d. §. 12.* poteſt poni quæ jure uxor non ſit, & ita injuſta uxor, v. c. ſimiles Germanam aut Parthicam fœminam ſibi uxoris loco junxerit; cum hac enim quæ peregrina eſt jus connubii non eſt, Item & amplius, ſi civis Romanus pro uxore ſibi aſſumit Latinam (ſcil. libertam) illa injuſta uxor erit, quod diſerte ſcribit *Ulp. tit. 7. de his qui in pot. ſunt. §. ex cive 9.* Idque accommodatum plane exemplum eſt ad *dict. leg. 13. de adulter.*

Cives Romani.] Diximus matrimonium eſſe juris gentium, ſed formam propriam & effectus proprios eius rei, & conjunctionis huius apud varias gentes fuiſſe & eſſe. Itaque etiam hactenus inter cives Romanos tantum juſtæ nuptiæ ſunt. Ita apud Athenienſes ſolum jus civitatis habuit, qui ex duobus civibus Athenienſib. natus eſſet, ut apparet ex oratione *Demoſthenis in Neæram.* (ſive ipſius ſive alterius eſt) & in *appellatione adverſus Eubulidem*, quam Legem à Pericle primum latam autor eſt *in ejus vita* Plutarchus. Ante enim & ex LL. Solonis etiam nothos (id eſt ex altera cive altera peregrina natos) in cives allectos fuiſſe ſcribit *Sigonius de Repub. Athen. lib. 2. c. 2.*

Secundum præcepta Legum.] Quid hæ præcipiunt, ſequentia huius tituli oſtendunt.

Maſculi puberes.] Cur fœminæ citius pube-
7 ſcant, † & ex quo æſtimetur pubertas, dicemus *infra tit. quibus modis tutela finitur.* Eſt autem hoc primum præceptum, de ætate ut ſint puberes, de fœminis, id ſignanter expreſſit Theoph. ἀνδρὸς ἀμυήτους cum impuberibus nuptias non eſſe probant textus in *lib. 4. de ritu nupt. l. hæc cont. 10. de cond. & dem. l. pen. Quand. dies leg. l. dotis 68. de jur. dot.* Voluerunt Romani ea ætate, qua natura dat habilitatem generandi, matrimonium permittere civibus ſuis, ne illicitis & vagis concubitibus indulgerent, quod præſertim perpetuis bellis hominibus, & ſobole ſemper ſubnaſcente indigerent: & corpora minus firma exercitatione durari poſſunt.

Hinc varia olim præmia patribus & maritis, contra pœnæ quædam & notæ cœlibibus & orbis datæ & irrogatæ, quæ diſtinctim proponit *Lipſ. in comm. ad libr. 3. Taciti.* Et ex jam dd. rationibus non difficulter removentur, quæ diſputat *Ariſtoteles 7. Politic. 16.* ubi vult maſculos demum conjungi circa annum 36. à quo non longo diverſus *Plato 5. de Repub. & 6. de Legib.* triceſimum annum maſculis præſcribit. Et longe plura incommoda habet hæc ſententia, quam illa; & reverentiam liberorum erga parentes, Legibus ſeveris ſanxerunt Romani; qua ratione tollitur præcipuum incommodum, quod Ariſtot. movet, parentibus ætate iunioribus, à liberis non ita multum ætate diſparibus debitum honorem & obſequium non præſtari. Ab hac ætate porro quouſque liceat uxorem ducere, nullus hodie terminus eſt; & capiti Legis Juliæ ſive potius Papiæ Poppææ, (ſive hoc Tiberius addidit, ut colligitur ex *Suetonio in Tiber. c. 23.*) quæ, ut loquitur *Seneca in ludo de morte Claudii Cæſaris*, Sexagenariis fibulam im-

poſuerat, jam olim Claudius derogavit, ut *d. l.* refert Suet. & colligitur ex *Vlp. tit. 16.* nec dubio illud quoque caput de quinquagenaria fœmina, cujus eodem loco meminit Vlp. hodie ceſſat; nec enim tantum procreationem liberorum, ſed etiam alios fines nuptiæ habent. Porro jure Can. conſtat, ætatem nubilem non æſtimari ex annorum certo numero, ſed ex poteſtate coeundi, utique ſi malitia ſuppleat ætatem, etenim cum impubere, & qui 12. vel 14. annum necdum attigit, erunt nuptiæ.

Conſenſum habeant parentum. Scilicet filiifam. de quibus loquitur Iuſtin. Nam emancipati legitimas & juſtas nuptias ſine conſenſu parentum contrahunt, quod tamen pene ſecus videatur in fœmi-
8 nis † emancipatis, per *l. vidua 8. & l. in conjunct. 20. Cod. de nuptiis.* Et moribus Roman. illud jus patris erat, ut ſuo jure nec conſultam filiam quæ in poteſtate erat, deſpondere poſſet; cuius rei & in Comicis & in Hiſtoriis extant exempla, nec obſcure confirmat *l. ſed qua 12. §. 1. de ritu nupt.* Et itaque emancipatis filiabus id ſaltem conceſſum videtur, ut pater niſi explorata prius earum voluntate eas ne deſponderet, quod videtur omnino velle *d. l. 20. C. h. t.* quamvis communius putent, id non tam eſſe neceſſitatis quam honeſtatis; alii hæc tantum requiri putant, ut exploret filia conſenſum patris, quem tamen omnino ſequi neceſſe non habeat, & ſane in *l. 18. Cod. de nupt.* poteſt emancipata repugnare conſenſui patris, & judex debet potius mulieris ſententiam ſequi; plane liberum arbitrium emancipatarum non eſſe ſatis inde apparet, quod alias neceſſum non eſſet diſſentiente patre authoritatem magiſtratus interponi. Requiritur juxta hunc textum conſenſus parentum, in quorum ſunt poteſtate liberi. Et quid igitur ſi
9 nepos † uxorem ducat, hic enim in patris ſui quamdiu vivit avus, poteſtate non eſt, *§. ult. tit. præc.* Sed enim diximus ibid. quod jus poteſtatis potentia quadam ſit in filio, quod deducitur in actum avo mortuo, tum etiam quæ ratio facit, ut ne avus poſſit adoptare nepotem tanquam ex filio certo natum, niſi conſenſu filii, *l. cum nepos 6. de adopt.* eadem hic occurrit, ne videlicet invito agnaſcatur ſuus hæres; itaque nepote uxorem ducente & filius conſentire debet, *l. orationes 16. §. 1. de ritu nupt.* quæ poſterior ratio cum ceſſet in nepte, ex qua non agnaſcitur, ex ratione juris veteris hæres avo materno, ceſſat proinde & deciſio *d. §. 1.* eadem autem mutata hodie, cum per N. 118. nepotes ex filia æqualiter ſuccedant cum liberis aliis avunculis ſuis aut nepotibus ex filio, faciet, ut nepte quoq; nubente, neceſſarius ſit conſenſus filiis, nec ſufficiat ſolius avi. Limitatur autem deciſio *d. l. 16. §. 1* ſi nepos ducat uxorem, quæ itidem neptis ex alio filio eſt communis avi, cuius ſolius tum conſenſus ſufficit *l. 3. de ritu nupt.* forte quia hæc itidem agnata eſt patruo ſuo, quæ ex Lege habet jus ſucceſſionis; nam, illud prorſus ineptum eſt, quod Accurſ. ſecundo loco reſpondet, filium in ſpecie *d. l. 1. de ritu nupt.* mortuum fuiſſe, quo caſu ſtolida eſſet ratio dubitandi; & quod JCtus ait in *d. l. 2. ME SOLO* excludit utique alium.

Et civilis & naturalis ratio.] De ratione civili ſatis conſtat, & nuptias ſine conſenſu patris contractas nullas eſſe *L. Paulus 11. de ſtat. hom.* An etiam eodem modo ſuadeat naturalis ratio, ut nu-
10 ptiæ ſine conſenſu parentum contractæ † jure gentium nullæ ſint, non immerito quæritur. Et ego ſane in negantem ſententiam proclivior ſum, cum *A. Cont. 1. tit. 4. & Weſembec. hic.* nam perſonæ patris & filii omnino diſtractæ ſunt, nec adeo actus filii; qui alias omnes contractus recte celebrat *l. filiusfam. 39. de obl. & act.* ob defectum aſſenſus paterni poteſt videri nullus jure gentium. Et ratio juris civilis pendet à ſumma illa poteſtate, quam patrib. in liberos dedit Lex Romuli; poteſtas a. patria ex jure gentium talis non eſt, ut diximus *ad tit. præced.* Ceteroquin ſi ius gentium requireret de eſſentia conſenſum parentum, vix à peccato excuſaretur jus civile, quod emancipatis, qui ſane natura liberi manent, conceſſit arbitrium nuptias ex voluntate ſua contrahere. Neque obſtat quod ex Decalogo affertur, honorandos eſſe parentes; hinc enim efficietur, matrimonium nullum eſſe, niſi & conſenſus matris accedat. Enim vero dubio procul liberi graviter peccant, qui ſine conſenſu parentum nuptias faciunt, ſed non propterea ſequitur actum ipſum eſſe nullum. Non movet etiam quod de agnatione ſui hæredis per nuptias filii objicitur; quoniam utcunque interſit patris, non tamen ſequitur, actum eſſe nullum, tum etiam poteſt pater uti jure ſuo, & filium exhæredare, vel utique legitimam tantum dare; ſed & jure prætorio in effectu per nuptias emancipati agnaſcebatur hæres avo dum nepoti prætor per bonorum poſſeſſionem ſuccurrit, nec tamen hic opus eſt conſenſu patris. Et hinc etiam removetur; quod hic dicitur de ratione naturali, quæ ſcilicet ſuadet ut hoc fiat, & factum contra procul dubio damnat, ſed non ob id actum annullat; nec neceſſum eſt, ut ita hic locus accipiatur,

tur, quaſi æqualiter ratio naturalis & civilis exigeret conſenſum; & hæc nimirum non tantum ſuadet, ſed etiam diſponit, actum eſſe nullum: Ceteroquin ſi aliter accipias, hac in re autoritatem Juſtiniani non admitto; nec ex textibus Romani iuris hæc quæſtio decidi poteſt; hoc enim excedit poteſtatem Legislatoris. Quæ ſi ita ſunt, tanto rectius ſe habebit jus Canon. quod conſenſum parentum de neceſſitate requiri negat, idque etiam Concilio noviſſimo Tridentino confirmatum eſt. Illud denique addo, conſenſum parentum etiam requiri, ubi poſt divortium factum, de renovandis nuptiis tractatur inter eaſdem perſonas *l. nuptiis* 18. *de ritu nupt.*

Vt iuſſus parentis præcedere.] Hæc eſt natura iuſſus, ut præcedat veluti in iuſſu de adeunda hæreditate. *l. ſi quis* 25. §. 4. *de adquir. hæred.* notant *Interpp. in* §. *item vobis* 3. *infr. per quas perſ. adquir.* Apparet tamen humaniter receptum fuiſſe, ut pro iuſſu haberetur ſilentium patris ſcientis contrahi nuptias & non contradicentis; ut expreſſum eſt, *in l.* 5. *Cod. de nupt. l.* 7. §. 1 *de ſponſal.* quomodo ſane non poteſt dici pater juſſiſſe, ut omnino neceſſum ſit receſſum aliqua à priſco rigore, qui hoc § exprimitur, quoniam juſſum illud quod requiritur ut filius adeat hereditatem, & quod ut hic, dicitur præcedere debere *in d.l.* 15. §. 4. omnino præcedere oportet, ut probat *l. ſervo* 65. *in pr. ad SCtum Trebell.* contra quam falſo ſcribit Hottom. h. c. confundens additionem hæreditatis cum bonorum poſſeſſionis petitione, & acceptione hæreditatis ex fideicommiſſo, quæ in *d.l.* 65. expreſſe ſeparantur. Aut an dicimus hoc ita accipiendum, ut excludatur conſenſus ſequens, non conſenſus iuxta dd. textus, concurrens; Ita enim ea loca accipiēda ſunt quod pater cognoverit nuptias contrahi, non autem quod demum poſt, nuptias contractas eſſe cognoverit, (ut omnino male id accepit Hotto hic, qui nec putat eſſe omnino nullas nuptias ſine conſenſu patris, de quo dicemus infuper aliquid *ad* §. *ſi adverſ.* 12. *inf. h. t.*) Nam ſane illud iuris non dubii, ſi poſt pater nuptias filii habeat ratas, quib. aut ante contradixit, aut quas contrahi ignoravit, retro nuptias non confirmari, ſed demū à tempore conſenſus legitimas haberi, ut non obſcure probant textus *in l. ſi uxor.* 12. § *ſi quis* 6. *in f. ad L. Iul. de adulter. l. dotis* 68. *de iur. dot.* Quod tamen hodie contra eſſe, & patris etiam qui ignoravit ſecutum conſenſum retro operari, ut liberi ante nati ſint legitimi, humaniter defendi poſſit, exemplo legitimationis, & quod ſecuto matrimonio liberi ante nati iuſti ſunt & legitimi. Nam quamvis liberi nati ex fœmina quæ ſine conſenſu patris ducta eſt, poſſint videri ex ſtupro nati, humanius tamen talem fœminam habebimus pro concubina. Et ſane hodie pro tali habenda erit, aut futura nulla, plane amplius erit legitimatio, quoniam concubinatus hodie prohibitus eſt, & proinde conſuetudo cum ſoluta, habenda pro ſtupro fuerit. Legitimatio porro JCtis olim fuit incognita, ut eos aliter reſpondiſſe non ſit mirandum.

TEXTVS.

1. Unde quæſitum eſt, an furioſi filia nubere, aut furioſi filius uxorem ducere poſſit. Cumq; ſuper filio variabatur: noſtra proceſſit deciſio, qua permiſſum eſt, ad exemplum filiæ furioſi, filium quoque furioſi, poſſe & ſine patris interventu matrimonium ſibi copulare, ſecundum datum ex noſtra conſtitutione modum.

COMMENTARIVS.

FAlluntur, qui hinc tantum arceſſunt rationem, cur neceſſarius ſit conſenſus patrum quoniam patri agnaſcatur hæres, quoniam iure veteri per filiam avo materno non agnaſcebatur hæres, nec ei nepotes ex filia ſuccedebāt, quippe qui nec ſui nec agnati erant, & demum tertio loco à prætore inter cognatos vocabantur §. *Item vetuſtas* 15. *inf. libr.* 3. *tit.* 1. & tamen non minus erat conſenſus patris neceſſarius, ſi filia nubere. Itaque adæquata ratio iſtius rei pendet, ut paulo ante diximus, ex iure poteſtatis. Quod quamvis ita ſit, tamen iſta ratio ab agnatione ſui hæredis ſpecialis quoſdam effectus habet. Hinc enim eſt, quod ubi neptis ex filio nubit, ſufficit conſenſus rei. *l. Orationē* 16. §. 1. *de ritu nupt.*

Itemque hinc eſt, quod facilius permiſſum fuit, ut filia furioſi nubere poſſet, quam filius furioſi, quippe quod per hunc agnaſcitur avo hæres, non autem agnaſcebatur per illam; idque eſt, quod Juſtin. hic dicit, variatum fuiſſe ſuper filio, cum id in filia facilius fuiſſet receptum. Plane non debuit nec potuit quaſi adimi filio jus ducendi uxorem, patris furore durante, cuius finem expectare vel ideo non debemus, quod non ſemper iiſdem conditionibus uxor duci poteſt. Non habuit autem Juſtinian. cauſam, ob quam dubitaret filio hoc permittere, aut debuiſſet etiam dubitare de filia;

lia; ſiquidem quæ ex hac naſcuntur, non minus ſuccedunt avo materno, quam nati ex filio avo paterno, non tantum ex N. 118. ſed ex §. *ult. inſ. de hared. qua ab inteſt. fer.* de quo ibid. agemus. De eo ſatis conſtat, quod monet hic Hottõ furore non amitti patriam poteſtatem, imo filium & in furore genitum in poteſtate naſci patris, *l. patre* 8. *de his qui ſunt ſui jur.*

Cum ſuper filio variabatur.] Ita quidem affirmat Tribon. *in l. ſi furioſi* 25. *C. h. t.* Sed cum ipſe ibidē à Marco conſtitutum referat, ut liberi maſculi & fœminę patris menti capti, matrimonium contrahere poſſint, pene ſubineptum ſit dubitare an idem liberis furioſi permittendum ſit, cum in hoc eadē ſit ratio, nec dubitari poſſit adeo hoc admiſſum à Marco, quia pater mente captus conſentire non poterat, opus autem fuit conſtitutione, quia jus conſenſum patris requirit, nec furioſus qui nullũ conſenſum habet, pro ſciente & non contradicente haberi poteſt, quod hic notat Theoph.

Poſſe ſine patris interventu.] Parum ſubtiliter dicitur, poſſe hoc fieri ſine patris interventu; quia cum conſentire non poſſit nec de interveniente eo in hac re quæri & tractari poteſt. Itaq; dicendum erat, ut *in pr.* filium furioſi poſſe nuptias contrahere.

Secundum datum modum.] Scilicet cum autoritate & adhibitione quorundam, qui proponuntur in *d. l. 25. C. h. t.*

TEXTVS.

2. Ergo non omnes nobis uxores ducere licet: nam à quarundam nuptiis abſtinendum eſt: inter eas enim perſonas, quæ parentum liberorumve locum inter ſe obtinent, contrahi nuptiæ poſſunt, veluti inter patrem & filiam vel avum & neptim: vel matrem & filiam, vel aviam & nepotem, & uſque in infinitum. Et ſi tales perſonæ inter ſe coierint, nefarias atque inceſtas nuptias contraxiſſe dicuntur. Et hęc adeo vera ſunt, ut quamvis per adoptionem, parentum liberorumve loco ſibi eſſe cœperint, non poſſint inter ſe matrimonio jungi: in tantum ut etiam diſſoluta adoptione idem juris maneat. Itaque eam quæ tibi per adoptionem filia vel neptis eſſe ceperit, non poteris uxorem ducere, quamvis eam emancipaveris.

COMMENTARIVS.

1. *Cognitio ſpiritualis.*
2. *Cognatio ſecularis & eius ſpecies.*
3. *Religionis diverſitas.*
4. *Concubitus cum matribus.*
5. *Neſandum nefarium.*
6. *Inceſta nuptia.*
7. *Adoptionis linea.*
8. L. 55. §. 1. de rit. nupt.

Ergo non omnes.] Non apparet, unde & ex quo ſit hæc illatio, niſi forte ex eo quod in pr. dixit; juſtas eſſe nuptias, quæ ſecundum præcepta LL. ineuntur.

A quarundam nuptiis.] Generalis cauſa prohibitionis ſtatuenda eſt, cõjunctio inter ſe perſonarum ob quam nuptiæ inter eas vetitæ ſunt. Conjunctio illa duplex eſt, Cognatio & affinitas, Cognatio eſt vel ſpiritualis vel ſecularis, ut ita dicam, Cognatio-

1 nem ſpiritualem † dico, quę eſt inter ſuſceptorẽ & ſuſceptam ex ſacro baptiſmatis fonte, ob quam conjunctionem non tantum Canonica, ſed etiam jura noſtra inhibent nuptias *l. ſi quis* 26. *inſ. C. h. t.* ut iſtam prohibitionem plane veterem eſſe appareat, & eam continuatam, ſiquidem *Harmenop. lib. 4. tit. 6. §.* 18. provocat ad ſanctam Synodum Trullenſem, quæ celebrata anno Chriſti 670. vel ut alii 680. Cui ne quidquã objicitur, quod inter omnes Chriſtianos ſit ſpiritualis cognatio; nam & cognatio inter homines eſſe dicitur, *l.* 3 *de inſt. & jur.* ſed quę non ob id ſit impedimento nuptijs; ita & cognatio quæ eſt inter Chriſtianos, per illum actũ ſuſceptionis fit arctior. Cognatio ſecularis diſtinguitur

2 † in naturalem & civilem, utramq; puram & mixtam. Mere civilis eſt, quæ naſcitur ex adoptione, mera naturalis, quæ naſcitur ex concubitu non legitimo, vel ob qualitatem ipſius concubitus, vel ob qualitatem perſonarum, veluti ſi ſint ſervi; hic enim poteſt aliquatenus ob affectionẽ re ipſa maritalem dici non omnino illegitimus, cum & conjugis nomen ſervis tribuatur in *l. poſſeſſionũ* 11. *C. comm. utr. iud.* de quo aliquid dicemus *in* §. *illud* 10. *inſ. h. t.* in quo dicitur etiam ſerviles cognationes nuptiis impedimento eſſe, quod & in altera ſpecie naturalis cognationis obtinet *l. nuptia* 53 *cũ l. ſeq. de rit. nupt.* Mixta cognatio eſt inter eos, qui ex juſtis nuptiis procreati ſunt, de qua fere tantũ hoc titulo agitur. Conjunctioni cõtraria eſt nimia diverſitas quę etiam eſt cauſa injuſti aut nullius matrimonii; veluti inter civem & peregrinũ; liberam & ſervum, & olim inter Senatorem & libertinam; ubi illud tractatur,

3 ſtatur, an etiam † diverſitas religionis impediat matrimonium; velut Chriſtiani cum infideli Ethnico. Tribus verbis dico, hujuſmodi matrimonium habere quidem non pauca incommoda, ſed ipſo jure valere, ſi rationem ſequamur; neq; enim hoc ad ſubſtantiam matrimonii pertinet; & olim cum & Chriſtiani, & Ethnici communis Reipubl. eſſent cives, validum oportuit fuiſſe matrimonium; quod & confirmatur ex *l. 5. §. pen. C. de ſponſal l ſi legib. 16. in pr. C. de Epiſcop. aud.* quamvis facile concedam Lege civili induci ejuſmodi prohibitionem poſſe; quomodo matrimonio cum Judæis vetantur *l. 5. C. de Iudæis.* quamvis & Judæorum ſit ſpecialis & propria ratio. Porro definitio *in l. 1. de ritu nupt.* accommodata eſt à JCto ad rempub. veterem Romanam, cum eſſent privata ſacra familiarum, quorum particeps erat uxor.

Quæ parentum liberorumve locum obtinent.] Intelligit utique eos qui ſunt in linea recta. Cetero-
4 quin † etiam patrui & avunculi, matertera & amitæ parentum loco eſſe dicuntur *h. t. infr. 6. Item amitam.* Retulimus ſupra, *tit. 2.* prohibitionem iſtam inter parentes & liberos eſſe à jure naturali, non obſtante, quod aliquibus gentibus eæ nuptiæ probatæ, ut pluribus ſcribunt. *Hottom. de nupt. cap. 5. Alber. Gent. de nupt. libr. 5. cap. 7.* Idque de Perſis teſtatur *Agath. lib. 5.* Apud Perſas jus eſt miſceri cum matribus, inquit, *Octavius apud Minutium: & Euſeb. lib. 6. præpar. Evang.* περὶ Πέρσας νόμῳ τῶν γαμεῖν τὰς θυγατέρας καὶ τὰς μητέρας. *Tertull. in Apolog.* Perſas cum matribus miſceri Cteſias refert, & Arnobius l. 5. de Jove ſcribit, quod & matri & filiæ Proſerpinæ ſe commiſcuerit. Hæc non faciunt, quo minus hæ nuptiæ & hi concubitus recte dicantur eſſe contra jus naturæ. Itaque inepte *Harmenop. lib. 1. tit. 1. §. 16.* Jus gentium apud Perſas ait eſſe miſceri matribus.

Uſque in infinitum.] Hæc ita de iure: nam humanæ vitæ brevitas, inanem facit quæſtionem; & fruſtra hic eſt Accurſ. qui hinc infert ſi Adam reſurgeret, eum non poſſe ducere uxorem. Illud hic annotandum, verbum parentum, hic videri laxius ſumi, ita ut omnes etiam ſupra tritavum comprehendat, quos alias majores appellari Paulus autor eſt. *in l. ICtos 16. §. parentes 7. de gradib. & affin* quamvis nec illam ſignificationem eſſe impropriam oſtendat *l. 4. §. 2. de in ius voc.*

5 *Nefarias nuptias.*] Quaſi † nefandas, & non nominandas, quod in maledicto eſt, aut quaſi nefaſtas, quod eodē tedit, quoniam dies nefaſti erant, per quos non licebat prætori fari ſolemnia verba, ut *Varro ſcribit libr. 5. de Ling. Lat.* quamvis *Aſcon. Padian. comment. in 3. Verr. qua eſt de pratura urbana, poſt princip.* diſtinguat, nefandum & nefarium. Nefandum, inquit; eſt non fandum; nefarium quod ſacra polluit, farre pioſolita celebrati, ergo nefarii ſacrilegi; adeoque per metaphoram ita hæ nuptiæ dictæ fuerint, cui conſentit *Nonius Marcellus,* qui *cap. 1.* ex Varrone refert, nefarium dictum à farre, quo Romani utebantur in ſacris, quo ſcelerati uti non debeant, & addit, eos nefarios dictos, qui indigni ſint, qui vivant.

Inceſtas nuptias.] Adeo Juſtinian. hic nefarium
6 & inceſtum † pro iiſdem accepit: Ceteroquin etiam nuptiæ cum ſororibus inceſtæ dicuntur *l. ſororibus 39. junct. l. 8.* Imo & cum ſororis filia *l. etiam 56. de ritu nupt.* & pro regula traditur *in d. l. 39.* inceſtum toties committi, quoties matrimonium non lege civili prohibetur, ſed moribus, id eſt, jure gentium. Et Paulus tamen in *l. ult. de ritu nupt.* nuptias in linea aſcendenti tantum inceſtas appellare videtur, ita ut neget etiam eas inceſtas eſſe, ſi quis cognatam ex latere ducat; aut an dicimus non idem eſſe jure gentium prohibitas nuptias, & eo jure inceſtum committi, ut hoc aliquid amplius ſit, quomodo non quæ nuptiæ jure civili prohibitæ, protinus jure civili inceſtæ ſunt.

Duplex eſt notatio hujus nominis. Altera apud *Iſidorum libr. 5. cap. 26.* Inceſti, inquit, judicium in virgines ſacratas, ſive in propinquas ſanguine conſtitutum eſt, qui enim talibus miſcentur, inceſti, id eſt, incaſti habentur.

Verum apud Feſtum à Græco hoc verbum deducitur, inceſtus, inquit à Græco trahitur, nam illi facinus dicunt ἀνόσιον; quod *Suides Hæſych. & autor Etymologici magni,* interpretantur κακὸν ἄθυτον: à verbo ἄω: & erit itaque facinus ἀνόσιον ſcelus non expiabile & ita graviſſimum ſcelus. Et conſequenter errat Weſembec. hic, qui inceſtum deducit à verba *κυω ς,* quaſi a ſit particula privativa. Eſſet id alias aptum ad rem noſtram nam ut modo citati autores ſcribunt κυνὶς, ſignificat ζώνην Ἀφροδίτης: ζωστῆρα cingulum Veneris, poſt & de aliis fœminis uſurpatum: poſſit ita huc transferri, quod ut *Anton. Hottom. de vet. ritu nupt.* & alii ex Feſto tradunt, nova nupta apud Romanos olim cingulo procingebatur laneo, quod vir in lecto ſolvebat. Unde λύειν ζώνην apud Muſæum de Leandro, pro concubitu. Secundum hoc nuptiæ inceſtæ erunt, à quibus abeſt cingulum & pudor, &c. Sed ut dixi, eſt iſta tantū alluſio, imo abuſio, & ita futura eſſet vox inceſti Hybrida, ex Græco & Latino

compoſita, & alunde id nomen originem traxit: ſive Feſto credimus, ſive Iſidoro, haud enim puto ceſtum à cesto illo deduci.

Quamvis per adoptionem.] Sequitur de cognatione † mere civili, quod hoc prohibitionem quoque inducat in linea aſcendenti. Hic autem ante omnia præmittendum, quænam & inter quos ſit linea iſta cognationis mere civilis. Cognationis verbum uſurpatur dupliciter, & in ſpecie pro conjunctione inter eos qui per fœminas junguntur, citra alium familiæ nexum §. 1. *infr. de legit. agn. tut.* & in genere, ut etiam comprehendat agnationem, quæ, eſt inter eos, qui ſunt ejuſdem nominis & familiæ, & junguntur adeo per virilis ſexus perſonam *d.* §. 1. & §. 1. *inf. de leg. agnat. ſucceſſ.* Illa cognatio in ſpecie dicta & quæ ex ſanguine æſtimatur, per adoptionem non quæritur, ſed hæc quæ eſt à familiæ & nominis commutione, & ſolet civilis appellari cognatio: quoniam videlicet Legislator civilis, ſpectat dignitatem & conſervationem familiarum, & maxime Romanus, qui & ſolos ex familia ad ſucceſſionem olim admiſit: ceteroquin, quatenus iſta agnatio ex matrimonio deſcendit, & ipſa recte naturalis dicitur. Sed enim quoniam in hac non tam naturalem illam rationem, quam jura familiæ conſiderant leges noſtræ, hinc fit, ut per adoptionem hæc quoque cognatio quæratur, quia per adoptionem quis familiæ adoptantis inſeritur, & tum agnaſcitur patri & avo paterno perinde ac ſi ex legitima uxore natus eſſet, tum conſequenter ſit agnatus omnibus qui ſunt agnati patri adoptivo & in eius familia, & porro hic non quidem ſit naturaliter jure cognatus, (hoc enim adoptio tribuere non poteſt) ſed tamen jus cognatorum ſeu cognationis in bonis & ad bona illorum conſequitur, quæ habent alii agnati, qui ſimul jure naturali cognati ſunt: veluti, quod ex tertio ordine, unde cognati, jure prætorio ſuccedere poteſt *l.* 1. §. *cognationem 4. unde cognati*: idque eſt quod dicitur *in l. qui in 23. de adopt.* adoptatum his quib. adnaſcitur, & agnatum fieri, id eſt jura cognationis conſequi & in *l. ſi qua* § *ult. de rit. nupt.* cognationes contrahi in adoptionibus quæ legitimæ eſſent, & agnatorum jus haberent. Et igitur ceteris qui patri adoptivo non ſunt agnati, filius adoptivus eſt extraneus, quia deficit vinculum iſtud connexionis, nimirum familiæ Hinc eſt quod quoniam mater filio agnata non eſt, filio quoque adoptivo patris adoptivi mater aut avia non ſint ullo modo conjunctæ *d. l.* 23. *de adoption.* Quod autem ibidem nuptiæ interdicuntur, non fit propter ullam cognationis aut agnationis neceſſitudinem, ſed propter honeſtatem & reverentiam, quam propter patrem hujus quoque matri filius adoptivus debet: & fœdum fuerit, eum qui filius eſt, fieri vitricum patris ſui adoptivi. Hinc etiam eſt, quod reſpondetur in *l.* 14 §. *ult.* avunculum aut materteram, non fieri per adoptionem: quoniam ſcilicet mater non fit per adoptionem, & uxor, quæ viri non eſt agnata, nec agnata eſt aut cognata ei, quem maritus adoptavit. Patruus autem & amita fiunt per adoptionem, quoniam fratres & ſorores invicem ſoli ſunt agnati: Sed porro amitæ filia, agnata non eſt adoptivo filio, quoniam illa nec patri adoptivo, quippe ſororis filia, agnata eſt. Ut igitur ſummatim dicam, in linea adoptiva ſunt tantum agnati, ubi quæritur de jure ſucceſſionis, & nuptiis contrahendis, excepto quod ut diximus cum matre aut avia patris adoptivi ſunt prohibitæ nuptiæ propter honeſtatem & reverentiam.

In tantum ut etiam diſſoluto.] Poſſit videri obſtare, quod emancipatio omne illud tollit, quod colligavit adoptio: & cum igitur ante adoptionem nullum fuerit vinculum nec prohibitio matrimonii, conſequenter per emancipationem quæ rem in priſtinum ſtatum reduxit, videtur ſublata prohibitio, quæ durante vinculo erat. Sed nimirum ita eſſet, ſi conſideraremus ſolum vinculum agnationis: ſed jam diximus, & id alias occurrit quoque, aliquando reverentiæ cujusdam & honeſtatis reſpectum impedimento eſſe nuptiis: quod & hoc caſu contingit: tanta enim eſt nominis paterni reverentia, ut ad impediendas nuptias, ſufficiat aliquando patrem & filium fuiſſe. Et hac de cauſa in *l. in omn.* 13. *de adopt.* JCtus addidit particulam FERE, quia iſtud veſtigium remanet, quod hoc §. proponitur, & in *l. quin etiam* 55. *de ritu nupt.* Neque obſtat quod in *d. l.* 55. §. 1. permittitur † filio jam emancipato ducere matrem eius qui pater adoptivus fuit: quoniam in eius familia numquam fuit, & ut prædiximus, avia non fit per adoptionem: ſed hanc durante adoptione prohibetur ducere, *l.* 23. *inf. de adopt.* propter reverentiam quam debet patri ſuo adhuc patri: cui quoniam poſt emancipationem extraneus eſt, ceſſat ratio prohibitionis: quæ non ceſſat inter ipſum patrem qui fuit adoptivus, & eam quæ fuit filia adoptiva. Et inſuper quod eſt in *d. l.* 55. § 1. *de ritu nupt.* procedit in ſola matre patris adoptivi quodam, nam eam quæ fuit uxor ejus, & filii quaſi noverca, ducere nec emancipatus poteſt, *l. adoptivus* 14. *in pr. de ritu nupt.*

TEXTUS.

TEXTVS.

5. Inter eas quoque perſonas, quæ ex tranſverſo gradu cognationis iunguntur, eſt quædam ſimilis obſervatio, ſed non tanta; ſane enim inter fratrem ſororemque prohibitæ nuptiæ ſunt; ſive ab eodẽ patre eademque matre nati fuerint, ſive ab altero eorum. Sed ſi qua per adoptionem ſoror tibi eſſe ceperit, quandiu quidem conſtat adoptio, ſane inter te & eã nuptiæ conſiſtere non poſſunt: cum vero per emancipationem diſſoluta ſit adoptio, poteris eam uxorem ducere. Sed & ſi tu emancipatus fueris, nihil eſt impedimento nuptiis. Et ideo conſtat, ſi quis generum adoptare velit, debere eum antea filiam ſuam emancipare, & ſi quis nurum velit adoptare, debere eum ante filium ſuum emancipare.

COMMENTARIVS.

1 *Fœditas coniugii in linea recta.*
2 *De nuptiis fratrum & ſororum.*
3 *Sara an ſoror Abraham.*

LInea cognationis alia eſt recta, in qua parentes & liberi, de quibus dictum: alia tranſverſa: & & hæc duplex, inæqualis & æqualis, in qua ſcilicet qui ſunt paribus numero gradibus & æqualiter à ſtipite invicem diſtant: cuiuſmodi primo ſunt fratres & ſorores, de quibus hoc §. agitur, & de quorũ & ſequentium etiam diſtantia & gradu, & quæ hac in re inter Jus Civile & Canonicum ſit differentia, dicemus *infr. lib. 3. de gradib. cognat.*

Gradu cognationis.] Verbum cognationis hic latius ſumitur & in genere, ut etiam agnationem comprehendat.

Sed non tanta.] Id ex ſeqq. gradibus magis apparet. Sed & inter fratres & ſorores non eſt tanta: quoniam diſſoluta quoque adoptione in linea recta prohibitæ ſunt nuptiæ: at non inter fratres & ſorores, quæ per emancipationem tales eſſe deſierunt: nam quod ad fratres & ſorores attinet ex nuptiis natos, nec ſi emancipatus alteruter vel uterque ſit, nuptiæ inter eos locum habent, quia vinculum naturale ſanguinis durat.

Inter fratrem ſororemque.] Hoc gradu etiam jure divino nuptiæ prohibentur: ſed non convenit inter Theologos, an omnes illæ prohibitiones ſint juris naturalis: quod negant Pontificij, qui Papæ Romano in quibuſdam ibi prohibitis jus diſpenſandi concedunt: de quo ex profeſſo diſputat *Bellarm. de matrim. cap. 27.* Nos hanc diſputationem non ingrediemur. Illud plane certum eſſe debet,
1 non eſſe eandem † rationem prohibitionis inter parentes & liberos, & inter fratrem & ſororem. Illas nuptias natura ipſa averſatur, ut ſupra oſtendimus tit. 2. & quam illæ deteſtandæ deſcribit *Oedip. apud Senec. in Thebaid. Scen. 1.*

Avi gener patriſq; rivalis ſui
Frater ſuorum liberũm, & fratrum parens
Avo avia partu liberos peperit viro
Sibi nepotes, monſtra quis tanta explicet.

Et mox,

——nullum crimen hoc maius poteſt
Natura ferre.——

Et apud eund. in Agamemn. Scen. 1. Thyeſtes loquitur:

——Verſa natura eſt retro
Avo parentum, proh nefas, patri virum
Natu nepotes miſcui noctẽ diem.

Quæ fœdita & quaſi horror, non eſt in concubitu
2 fratrum † & ſororum. Non dicam, quod paulo ſuperius citato loco *lib. 6. præpar. Evang.* fas eſſe ait Euſeb. Perſis coniungi cum ſororibus: (nam & de parentibus idem teſtatur) nõ adeo etiam, quod *Lucian. tom. 3. de ſacrific.* jocans de conjugio Jovis cum ſorore, ait eum id feciſſe; ὡς τὰς Περσῶν Ἀδελφιδᾶς. Et Ægyptiis argumentum præbet, quod ſcribit *Dion. Caſſ. l. 42.* Cæſarem (ſcil. tam quam id ſolemne & legitimum eſſet) Cleopatram junxiſſe fratri ſuo. Itemq; hoc apud Cares licitum fuiſſe apparet ex *Diod. Sic. li. 16.* ubi ſcribit Artemiſiam Mauſoli, itemq; Adram Hedrici regum uxores & ſorores fuiſſe. Quin imo Athenienſibus connubia fratrum & ſororum LL. permiſſa, ſi fides *Octavio apud Minutium* Ægyptijs, inquit, & Athenis cum ſororibus legitima connubia ſed id ſc. accipiendum eſt de ſororibus non eadem matre, ſed eodem tantum patre natis, quas Romanę LL. vocant conſanguineas. Ita enim vetus *Scholiaſtes Ariſtoph. in Nebulis Act. 5. ſcen. 2.* παρὰ Ἀθηναίοις ἐξῆν γαμεῖν τὰς ὁμοπατρίους καὶ ἑτεροθαλεῖς. Apud Athenienſes licet ducere ſorores ex patre: & auror omni exceptione major Demoſth. *in orat. qua dicitur appellatio adv. Eubuliden.* ubi Reus ita loquitur, ἀδελφὴ ἦν ἡ μήτηρ μοι ὁμοπάτριος, οὐχ ὁμομήτριος.

Sororem avus meus duxit non uterinam. Itaque Herodianus qui ſcribit *lib.* 1. Ptolomeum duxiſſe ſororem ſuam κατὰ τὰ Μακεδονικὰ Ἑλλήνων νόμιμα, præter ſive contra Macedonum & Græcorum LL. aut errat, aut Ptolomei illa ſoror germana vel uterina fuit. Sed enim ſorte quis hic judicium Legislatoris Athenienſis deſideret: quod ſive ex ſententia Ariſtotelis vir ſolus ſemen ad generationem, ſive etiam juxta Galeni & medicorum ſententiam aliquid confert uxor, aut non minus, aut imo magis conjuncta eſt fratri ſoror, quæ communem ſaltem habet patrem: & poterit ita etiam cum ſorore conſanguinea, imo etiam cum germana connubium permitti. Sed potius fateamur hic offendiſſe & lapſum Athenienſium Legislatorem: (neque enim puto eo reſpexiſſe, quod mater certa, pater vero incertus habetur) & omnino rectius Legibus Romanis, & iuxta hunc §. prohiberi nuptias cum ſorore, ſive utrumque ſive alterutrum tantum parentum habeant communem, & ſive pater ſive mater ſit communis, quod etiam convenit legi Divinæ, quæ ſimpliciter nuptias cum ſorore vetat. Neque obſtat, quod de Thamar & Ammone adſertur ex *cap.* 13. *libr.* 2. *Samuelis*: nam quod puella trepida & ut præſentem impetum fratris effugeret, dicit, in argumentum adduci non poteſt. Magis videtur urgere, quod *Geneſ.* 12. & 20. Abraham ipſe 3 profitetur Saram † uxorem eſſe revera ſororem ſuam. Refert *Beza Tractat. de divort.* quorundam opinionem, quod Sara tantum fuerit privigna Thare: ſed rectè improbat, quoniam Abraham ait eam eſſe patris non matris ſuæ filiam: ut appareat eam non fuiſſe uterinam ſed conſanguineam, ex quo ut obiter dicam, confirmatur, facilius & tolerabilius eſſe, ut uxor ſit ſoror conſanguinea non uterina. Beza admittit fuiſſe vere ſororem, quam duxerit Abraham ante Legem Moſis, nec dum vocatus, more aliorum Orientalium populorum: quæ ſententia fuit olim *Hieronymi*, *in quæſtione ſuper Geneſin ad c.* 20. ubi etiam ex hoc factum excuſat, quod illæ nuptiæ contractæ fuerint ante legem: quamvis ex iis quæ *eod. tractat. cap.* 11. ſcribit, colligatur eum exiſtimare quod Sara fuerit fratris prædefuncti filia, quæ ob id, quod ſucceſſit quaſi in locum patris præmortui, non inepte ſoror appellatur: & inſuper in vetuſtioribus (nam in recentiori Antuerp. Mariani Victorini eſt inter γνήσια relatus) editionibus ille tractatus in vol. 4 inter opera notha rejectus eſt. Et ſane idem *Hieron. adverſus Helvid.* diſerte ſtatuit *c.* 8. fuiſſe Saram fratris defuncti filiam, quod & *Auguſt.* cenſet 16. *de Civ. Dei* 12. & 19. ubi hanc explicationem inde confirmat, quod Loth appellatur etiam frater Abrahæ, quem tamen fratris filium fuiſſe conſtat. Sed de hoc nimis forte multa, quæ eo pertinent, ut intelligamus, tum quid variæ gentes hic obſervarint, tum, non eandem hic parentum & liberorum inter ſe, & fratrum ſororumque eſſe rationem.

Sed ſi qua per adoptionem.] Hoc §. ſicut & præced. poſtquam egit de cognatione naturali, ſubiicit de civili, quæ eſt ex adoptione. Docet autem tribus verbis, vel in ſumma, durante adhuc vinculo nuptias fratris & ſororis eſſe prohibitas, ſed eo ſoluto licitas: ſive ipſe adoptatus, ſive naturalis filius ſit emancipatus. Vinculum enim & ratio ſola agnationis impedit has nuptias. Itaq; fruſtra tamquam dubium proponit Hottoman. an liceat filio adoptivo ducere ſororem uterinam: quoniam omnino pro confeſſo & certo habendum eſt, licere: ſiquidem omnino iſta nec ſoror eſt, nec magis quam matertera aut avunculus, conſtitui poteſt ſoror uterina per adoptionem: cum nec patris adoptivi ſoror uterina habeatur pro amita, ſed itidem & ipſa licet durante adhuc adoptione duci poſſit *l. ſi qua* 12. *inf. de ritu nupt.* & ceſſant hic rationes, reverentiæ & honeſtatis, quæ adoptivi patris matrem ducere vetant, contra autem locum habet ratio §. *ſeq. inf.* nam & iſta ſoror nec ratione civili, nec naturali coniuncta eſt: Ergo hanc ſororem quæ dicitur uterina, omnimodo ducere poſſum, quia imo ſoror non eſt: ſed eam quæ agnata mihi eſſe cepit, ſoluta rurſus agnatione duco, *h.* §. *& l. per adopt.* 17. *de ritu nupt. iunct. l.* 5. *de grad. & ad fin.* quæ iſtos fratres eſſe negat.

Et ideo conſtat.] Quoniam nuptiæ inter fratrem & ſororem, quorū vel alter vel uterq; adoptivus etiam eſt, non conſiſtūt, efficitur inde, quod filii, qui adhuc in poteſtate eſt uxor, vel filiæ in poteſtate, maritus, non poſſint adoptari: Ita n. frater & ſoror futuri eſſent coniuges. Ex quo ſuadetur, ut eſt in *l. per adopt.* 17. *h. t.* ut ſi quis velit nurum aut generum adoptare, prius emancipet filium vel filiam: idq; eum debere facere hoc loco ait Juſtinian. Sed quid ſi non fecerit, & non emancipato prius filio, adoptaverit nurum? Quæſtio in eo eſt, an ſolvatur matrimonium, quod in eum ſtatum deductū eſt, à quo incipere non poteſt; an vero potius nulla ſit adoptio, ut nuptiæ maneant: quoniam ut utrumq; valeat & conſiſtat ratio iuris nō patitur. Et Theophil. probat nuptias diſſolvi, quod & Hottoman,

man. ſequitur & Weſemb. Sed haud ſcio an non humaniter poſſit potius reſponderi poſterius, quod adoptio ſit nulla : quandoquidē ipſo puncto quo fit adoptio , nuptiæ conſiſtunt adhuc, quod impedire videtur, ne alteruter conjugum poſſit effici frater. Porro notat hic Accurſ. illud ſive conſilium ſive præceptum in *h.* §. & in *l.* 17. *h. tit.* de emancipando prius filio, hodie non valere, quoniam emancipatus quoque ſuccedat hodie jure civili. *N.* 118. quam gloſſ. Interpp. communiter reprehendunt, nec propter ius ſucceſſionis reliquos emancipationis effectus ſublatos eſſe putant. Res ex eo dependet, an emancipatio hodieque ſit capitis diminutio & tollat agnationem , de quo dicemus *infr. tit.* 12. § *præterea* 6. Alium ſcrupulum hic movet mutatio alia juris novi : quæ eſt in §. *ſed hodie tit ſeq.* an quoniam adoptione facta ab extraneo non tranſit filius adoptatus in poteſtatem & familiam, hodie etiam non ſecuta emancipatione poſſint inter fratres & ſorores adoptivos conſiſtere nuptiæ , cuius rei deciſio ex iis dependet , quæ non ita multo poſt ad *d.* §. *ſed hodie infr. tit. ſeq.* dicemus.

TEXTVS.

4. Fratris vero vel ſororis filiam uxorem ducere non licet. Sed nec neptem fratris, vel ſororis qui ducere poteſt quamvis quarto gradu ſint ; cuius enim filiam uxorem ducere non licet, neque eius neptem permittitur. Eius vero mulieris, quam pater tuus adoptavit, filiam, non videris impediri uxorem ducere , quia neque naturali, neq; civili tibi iure coniungitur.

COMMENTARIUS.

Nuptiæ cum fratris filia vel ſororis.

HIc de linea cognationis tranſverſa inæquali. Fratrum vel ſororum liberos ducere non licet, nec porro eorum neptes, quamvis quarto gradu ſint h. §. Ita ex adverſo nec materteram aut amitam magnam ducere licebit, nec licet, quæ & ipſæ quarto gradu ſunt: qua itidem ratione utitur ICtus in *l. per adopt.* 17. §. *vlt. h. t.* intelligamus alias in quarto gradu licitas nuptias, & videlic. ut ad §. ſeq. dicemus in linea tranſverſa æquali : quo minus autem in linea iſta inæquali idem admiſſum ſuit, facit ratio, quam mox ſubjicit Juſtinianus , quod cuius filiam ducere non licet, eius liceat nec neptē: nimirum (ita enim ratio iuvanda eſt *ex §. item §. h. t.*) ubi filiam alicuius ideo ducere non poſſū, quod ei parentis quodammodo loco ſum , hac enim ratione utitur juſtin. in *d.* § 8. quę facit ut porro nec ex quinto gradu proneptem fratris ducere poſſim *l. ſororis* 39. *h. t.* ceteroquin in linea æquali fallit iſta regula : ſiquidem avi mei filiam ducere non poſſū, quæ eſt patris mei ſoror & tertio gradu coniuncta, ſed avi neptem poſſum ; quæ mihi eſt conſobrina, in qua reſpectus ille parentis ceſſat. Ait autem in *d.* §. 1. Juſtin. eſſe parentis loco patruos aut amitas ſive materteras: proinde ut dixerat in §. 1. vetitas eſſe nuptias inter eos, qui parentum & liberorum locum obtinent. Et illa comparatio procedit ho-

1 dierno iure noſtro, quo pariter nuptiæ † iſtæ prohibitæ ſunt: id eſt, & prohibetur quis filiæ ſuę & nepti, & fratris filiæ & nepti coniungi : at ſi contra fiat, minime eadem utrobique pœna eſt. Et ubi res abſolute & in ſe conſideratur, longe aliud eſt, parentem eſſe, & eſſe loco parentis, quo ſenſu hoc loco patruus vel amita loco parentum eſſe prohibētur: etiam materia extra Romani juris rationem conſiderat. Equidem lege Moſis etiam hic gradus prohibitus videtur, dum utiq; prohibentur nuptię cum amita, quæ tertio & ipſa gradu eſt : quamvis quidam propriam rationem eſſe putent cur amita prohibeatur nubere fratris filio , quæ ceſſat in patruo ducente fratris filiam, quoniam amita loco matris eſt , & proinde non recte nubet fratris filio, cui poſtea tanquam uxorem ſubjectam eſſe oportet: & idem ſenſiſſe videtur *Ambroſ. Epiſt.* 66. ad Paternum , ubi admittit nuptias cum ſororis filia lege Dei expreſſim prohibitas non eſſe : & autem procul dubio inter fratris & ſororis filiam differentiam non agnoſcit. Sed quidquid ſit ratio ipſa loquitur, non ita fœdam eſſe coniunctionem cum fratris filia , ac cum filia vera: nam & ut paulo ſuperius diximus, Abraham fratris filiam habuit uxorem , & eiuſmodi quoque coniunctione natus eſt Moyſes , ut ea non videatur lege naturæ interdicta. Nec moror quod hic de confuſione nominum adducit : quæ ratio ſi nimis extendatur , nec permittendum erit, ut pater & filius duas ſorores, vel matrem & filiam ducant: quod tamen permiſſum eſſe conſtat. Apud Athenienſes ſororis filiam licite ductam oſtendit *oratio Demoſthenis* (ſive ea alterius eſt) *in Nearam* , in cuius initio profitetur Theomneſtus ſe ſororis filiam in uxorem duxiſſe : quo permiſſo non video cur prohibitæ

eſſe potuerint nuptiæ cum fratris filia: cum præſertim ſororem conſanguineam ducere liceret, ut ante demonſtravimus: Apud Romanos olim eas illicitas habitas apparet ex his, quæ de Claudii & facto & edicto, (quod & ipſe fratris filiam duxit, & aliis idem facere permiſit) ſcribunt *Sueton. & Tacit. 12. annal.* poſt id temporis ab alijs uſurpatum non dubitatur, & ipſe Titus optimus princeps, Domitiano fratri filiam ſuam uxorem dedit: *teſte Suet.* & de Antonino idem teſtatur *Capitolin.* Nec alio referri poteſt, quod eſt apud *Vlp. ſit. 5. de his qui in pot. ſunt.* ad quartum uſque gradum olim contrahi matrimonia non potuiſſe: nunc autem licere etiam ex tertio gradu uxorem ducere: ſi tamen fratris filia, non etiam filia ſororis, aut amita vel matertera ſit: quamvis eodem gradu iſtæ perſonæ omnes ſint. Et nimirum ſignificat Vlpianus. edictum illud Claudii, qui rationi non videbatur ſatis convenire, fuiſſe ſtricte acceptum, ut tantum locum haberet in fratris filia, non porrigeretur ad alios caſus, utcunque eadem eſſet in illis ratio: nam quo minus ſororis filiam ducere liceat, ubi cum filia fratris nuptiæ permiſſæ ſunt, vix ſufficiens ratio dari poteſt: nam quod amitam & materteram attiner, illa prohibitionis ſpecialis ratio occurrit, quod cum maritus caput ſit familiæ, cui uxor obſequium & reverentiam debet, minus convenit, mihi eam eſſe uxorem quæ mihi loco parentis eſt, juxta §. *Item 5. h. t.* Hinc eſſe videtur, quod in reſponſis ICtorum fere tantum ſororis filiæ fit mentio *l. miles 11. §. 1. l. ſi adult. 38. §. 1. de adulter. l. ſororis 39. §. 1. l. etiam 56. de ritu nupt. l. ult. de condict. ſine cauſa.* ubi proponitur avunculus, præterquam in *l. quin etiam 15. §. 1. eod. tit.* ubi vetatur adoptivus filius ducere neptem patris adoptivi ex filio: Neq; enim ferri poteſt quod *Hottom.* reſpondit *de nupt c. 5.* ita ſtricte acceptum fuiſſe edictum Claudij, ut nec fratris adoptivi filiam ducere liceret. Nimis utique ridiculum eſſet permittere nuptias cum fratris naturalis filia, & negare cum filia fratris adoptivi: quod præſertim edictum Claudii ſimpliciter ſine alia determinatione de fratris filia locutũ eſt: cum alias ratio ſuaderet, facilius permitti nuptias cum ſororis filia, propter agnationem illic cum ſanguine concurrentem. Et ita ſane ſenſit Paternus ille, qui conſuluit Ambroſium (ut refertur *Epiſt. 66. lbr. 8.*) ſuper nuptijs cum ſororis filia quas facilius admittendas putabat, quam cum filia fratris. Quod ſi ita eſt, ut tempore Vlpiani etiamnum licitæ fuerint nuptiæ cum fratris filia, oportet ut lex Neruæ quam teſte Xiphilino tulit μὴ ἐξεῖναι φίλῳ γαμεῖν, non habuerit vires: & probabile eſt, cum imperio eius, quod breve fuit, & ipſam illam legem finiiſſe.

Eius vero mulieris.] Servat inſtitutum Tribonianus, ut primo de cognatione naturali, mox de civili tractet. Docuit fratris aut ſororis filiam non poſſe duci uxorem. Ita enim omnino obtinuit tẽpore Juſtin. & diu ante: Licet enim edictum Claudij etiamnum temporibus Juriſconſultorum noſtrorum obtinuerit, tamen poſt abrogatum, & imo nuptiæ iſtę pro inceſtis habitę *l. nemini 17. C. de nupt. l. ult. C. de inceſt. nupt.* Ita in fratre & ſorore naturalibus. Sed & adoptivi fratris filiam ducere non licet *l. 55. §. 1. de ritu nupt.* quia agnata eſt: attamen putarim talem congreſſum pro inceſto non habendũ, cum non violetur jus ſanguinis: quin cum hodie adoptione ejus agnationis tribuat, non videntur iſtæ nuptiæ amplius prohibitæ, quod attingemus in §. *ſed hodie infr. de adopt.* ſororis autem adoptivæ filiam ducere licet h. §. & eadem ratione, adoptatus ſororis filiam jure ducet: quoniam nec civili nec ratione naturali hæc perſona, ſc. adoptivæ ſororis filia eſt conjuncta: non naturali, quia adoptio non tribuit jus ſanguinis: non civili, quia licet ſoror ipſa agnata ſit, tamen filia ejus cum ipſi matri non ſit agnata, nec mihi agnata eſſe poteſt: quoniam ſicut jus cognationis conſequitur adoptatus tantum cum ijs quibus agnaſcitur, ita & qui ipſi agnati non ſunt, non poſſunt pertinere ad familiam patris adoptantis.

TEXTVS.

5. Duorum autem fratrum vel ſororum liberi, vel fratris & ſororis coniungi poſſunt.

COMMENTARIVS.

1 *Nuptiæ conſobrinorum.*
2 *Locus Theophili.*

HIc 6. debet conjungi cum §. *Inter eas*, nam itidem tractat de linea tranſverſa æquali, in illo 1 §. de fratribus & ſororibus, hic de his, qui porro ab illis hinc inde deſcendunt: de quorũ appellatione agitur *infr. lib. 3. de gradib. cognat.* non dubium eſt recte ſe habere hujus § lectionem affirmativam ſiquidem pluribus aliis locis juris noſtri, quod Juſtin. colligi fecit, nuptiarum harum permiſſarum non veſtigia, ſed expreſſa exſtant teſtimonia in *l. 3. de ritu nupt. l. celebrandis 19. C. eod.* & caſus eſt in *l. Lucius 78.*

ciuit 78 §. filiam ‖ *ad SC. Trebell. l. uter. 22. cum l. seq. de condit. inſt. l. 2. C. de inſtit. & ſubſtit.* Itaque quod à Caio contra ſcriptum eſt *libr. 1. inſtit. tit. 4. de matrimon.* vel interpolatum eſt ab Amano, qui notas & ſummas ſcripſit ad Codic. Theod. Cancellarius Theodorici Gothorum Regis: aut non iſte vetus, ſed novus & recentior Caius eſt, ut ſupra quoque notatum. Eadem reſponſio eſt ad Theophilum, apud quem legitur negative, *ὁ δύναται τοῖς γάμοις συνιστορῆσαι*: non enim iſtum Theophilum fuiſſe ſocium Triboniani in componendo jure noſtro, ſed alium quendam recentiorem, cuius temporibus jam iſtæ nuptiæ vetitæ fuerint, putant. *Curt. 2. concurſ. ult. Baro ad tit. inſt. quib. mod. ius pat. pro ſolu. Albert. Gentil. 5. de nupt. 11.* quamvis cum iſte paraphraſtes, quicunque tantum ſit, perpetuo veſtigia & pene verba Iuſtiniani preſſerit & ſecutus ſit, vix ſit probabile, eum hic mutaſſe ſententiam textus noſtri. Obiter hic noto fœde corruptum eſſe lo-

2 cum iſtius Theophili † in §. præc. ubi de fratris & ſororis liberis tractatur. Cum dixiſſet Theoph. fratris quoque neptem non licere ducere, quamvis quarto gradu ſint, ſubiicit hæc verba, uti quidem in editione Curtii de anno 801 & Gothofredi de anno 680. habentur. *ἐξ ὧν βεβαιοῖ ὅ δύναμαι λαμβάνειν τοῖς γάμοις, ὅτι τὸν θετὸν θυγατέρα τοῦ ἰδίου ἢ τῆς θείας*. Quæ verba vel leviter Græce doctus intelligit hoc ſignificare, ex quo gradu non poſſum ducere uxorem veluti adoptivam filiam patrui, aut amitæ, ubi quidem cogor mirari oſcitantiam editorum & interpretum iſtorum, qui omiſſa particula negativa *ὅ* particula *θετὸν* & de ſuo adjecta particula *tamen* contrariam effecerunt ſententiam: quod ex quarto gradu liceat ducere patrui & amitæ filiam: nec inſuper animadverterunt hoc pugnare, quod ſtatim ſequitur apud Theophilum, duorum fratrum vel ſororum liberos conjungi nō poſſe: nam patrui mei & amitæ aut materteræ meæ liberi mihi ſunt patrueles & conſobrini: & inſuper affirmativa lectio iſtorum egregiorum Interpretum, qui tamen negationem in Græco reliquerunt, pugnat cum eo, quod mox Theoph. eam regulam ſubjicit, quod cuius filia duci non poteſt, eius nec liceat ducere neptem: Cererum non videtur ullo modo mens Theophili in §. iſto tractare voluiſſe de conſobrinis qui æquali gradu ſunt, de quibus demum agitur in §. ſeq. tum illud perſpicue falſum eſt, quod amitæ filiam adoptivam non liceat uxorem ducere: & inſuper inepte dicitur, quod fœmina habeat liberos adoptivos, niſi in caſu ſingulari, de quo in §. 10. *in. ſeq.* Nec mihi ulla ratio ſanandi illius loci occurrit, niſi ut verba iſta, *ὅτι τὸν τοιοῦτον θυγατέρα τοῦ ἰδίου ἢ τῆς θείας*, prorſus expungamus. Hæc pro illis qui Theophilum iſtum legunt autorem ſane non contemnendum. Jam aliquid adhuc de conſobrinis addamus. Lege Dei iſte gradus prohibitus non eſt, licet contra ſcribat *Ambroſ. Epiſt. 66. ad* Paternum: non quod expreſſe vetitum putet ſed per conſequentiam: nam & ibid. nuptias cum ſororis filia omnino damnat, tamquam Legi naturæ & Dei contrarias, quas tamen expreſſe non putat prohibitas & tamen diverſa ratio eſt: nam cum connubium cum amita prohibitum ſit, quæ eſt tertio gradu, eadem ratione cum ſororis vel fratris filia prohibitum exiſtimatur. Atquin conſobrini quarto gradu ſunt, nec ullo modo invicem parentum & liberorum locum obtinent. Rectius *Auguſtin. 15. de civit. Dei cap. 16.* jure divino permiſſas eſſe agnoſcit, ſed raro uſurpatas. Raro inquit, per mores fiebat, quod fieri per leges licebat: quia id nec divina prohibuit, & nec dum prohibuerat lex humana: quam intelligo Theodoſii, de quo Aurel. Vict. quod conſobrinarum nuptias vetuerit tanquam ſororum quod idem ſimpliciter atteſtatur *Ambroſ. lib. 8. Epiſt. 66. ad Paternum*, & utique vetuiſſe oportet, quas non niſi ex ſpecialibus cauſis petitas, reſcripto indulſit, ut docet *l. un. C. Theod. ſi nupt. ex reſcr. pet.* juxta formulam quæ eſt apud *Caſſiod. libr. 7. var.* ex qua apparet etiam ſub regno Gothorum in Italia id obſervatum fuiſſe. Sed poſt reditum ad ius vetus, & ipſi Theodoſii liberi ſanctionem patris ſui antiquarunt, ſi vera eſt inſcriptio *l. celebs. 19. C. de nuptiis*, (quoniam Arcadius & Honorius Theodoſii liberi fuerunt) quod negat *Cont. 1. ſucceſſiu. lect. 9. (iunct. 2. lect. 1.)* ubi putat injuriam iis factam à Tribon. per *d. l. un C. Th. ſi nupt. ex reſcr. l. 3. C. Th. de inceſt. nupt.* ubi iidem Impp. nuptias cum conſobrina inter inceſtas referunt. Aut dicendum erit, eos poſtea ſententia mutaſſe; quod rationi temporum congruit: ſiquidem conſtitutio *d. l. 3. C. Theo. de inceſt. nupt.* ſubſcriptos habet conſules, Arcadium 4 & Honorium 3. qui conſulatus incidit in annum Chriſti 400. atquin *d. l. 19. C. de nupt.* ſubſcriptionem habet anni 405. Cuique hic liberum judicium eſto. Autoritas plane Ambroſii qui ut modo dixi ſimpliciter provocat ad conſtitutionem Theodoſii) & Auguſtini pro Contio facit, qui circa illa tempora & poſt annum Chriſti 400. floruit: & quod ipſe teſtatur *libr. 2. Retract.* liberis de civitate DEI ſcribendis occaſionem dedit blaſphemia Ethnicorum, qui religioni Chriſtianæ imputabant cladem quam Roma capta ab Alarico Go-

co Gothorum rege passa est, quæ incidit in annum Christi 414. ut proinde, si quæ fuit talis Lex Arcadi & Honorii, qualis refertur in *l.* 19. *C. de nupt.* de anno 405. eam communi consensu damnatam & numquam receptam fuisse oporteat: sed probatam usu Legem Theodosii quæ vetuit nuptias consobrinorum: & ita *Augustinus d. lib.* 15. *de civit. Dei cap.* 16. Quis dubitet honestius hoc tempore prohibita consobrinarum esse conjugia: quoniam, ut paulo ante ibid scribit, quod fiebat cum consobrina, pene cum sorore fieri videbatur. Et seqq. porro temporibus ista conjunctio illegitima habita: quin & nescio quæ reverentia sanguinis & penesuperstitio ulterius rem provexit, ita ut *Nicetas Choniat in Manuele lib.* 3. appellet συγγενικὰ ἐπίμικτα conjunctionem Andronici cum patruelis filia Eudocia, quæ tamen quinto gradu est: & imo Pontifices veteres Romani usque ad septimam generationem, (in qua utrimque qui sunt de quorum nuptiis quæritur, juri civili 14. gradu coniuncti sunt) & quousque patentela cognosci potest, nuptias interdixerunt *cap progeniem* 16. *& can. seq.* 35. *quæst.* 3. quos tamen Can. autoritate Consilii sustulit *Innocent. c. non debuo* 8. *de consanguin.* & prohibitionem intra quartum gradum & generationem inclusive limitavit: ita ut qui in linea transversa æquali invicem ex computatione Can. quarto, ex civili octavo gradu sunt, conjungi non possint. Et sane jam olim in Oriente nuptias vetitas non tantum consobrinorum, sed etiam qui porro ex his nati sunt, sexto gradu & ἀνεψιαδελφοὶ appellantur, apparet ex *Harmenop. qui lib.* 4. *tit.* 6. §. 11. scribit. τρισανεψιαδελφὸς demum posse copulari qui sunt gradu octavo: idque evidentius apparet ex eiusdem *lib.* 6. *tit.* 4. §. 2.

TEXTVS.

6. Item amitam licet adoptivam uxorem ducere non licet: item materteram: quia parentum loco habentur. Qua ratione verum est, magnam quoque amitam & materteram magnam prohiberi uxorem ducere.

COMMENTARIUS.

L. 55. §. 1. *de ritu nupt.*
An quis avunculus per adoptionem.

QUæ ad explicationem huius loci pertinent jam dicta sunt ad §. *fratris vero* 3. *sup. h. t.* Illud saltem Primo notandum, verba, *licet adoptivam*, recte adjecta ad verbum *Amita*, & studio omissa de matertera; quoniam amita quæ fratri suo agnata est, eadem quoque agnata est ei quem frater adoptat. Matertera autem nulla fit per adoptionem, quia nec mater fit; nec quis prohibetur ducere sororem eius quæ patris adoptivi uxor est. Secundo verba eadem *licet adoptivam* repetenda quoque esse in *vers. qua ratione.* ad amitam magnam, quoniam & hæc agnata est; idque expressum est in *l. per adoption.* 17. *in fin. de ritu nupt. durante* scilicet adoptione; ea enim soluta utique licitæ erunt nuptiæ, quæ tum etiam cum ea quæ soror fuit, licitæ sunt; §. *Inter. supra h. t.*

Ei autem, quod diximus, nullam esse materteram adoptivam, nec vetitas esse nuptias cum sorore uxoris patris adoptivi quantumvis durante adoptione, non obstat, quod scriptum est in † *l. quinetiam* 55. §. 1. *de ritu nupt.* non licet ducere uxorem, eam quæ patris adoptivi matertera est.

Etenim supra diximus, duplicem esse rationem quæ hic inhibet nuptias, alteram ab agnatione quam inducit adoptio; alteram à reverentia, quæ facit ut nec post emancipationem liceat eam ducere quæ adoptiva filia aut neptis fuit; eademque facit, ut durante adoptione non liceat ducere patris adoptivi matrem, licet nulla avia fiat per adoptionem; quia turpe sit, quem ducta matre ei fieri loco patris cui filius est.

Eadem ratio & consideratio facit, ne liceat filio adoptivo ducere materteram patris adoptivi, quoniam hæc patri adoptivo loco matris est, *h.* §. quod non animadversum errorem & tenebras objecit Hottom hoc loco, ubi in *d. l.* 55. pro *materteram* censet reponendum, *amitam.*

2 Dixi materteram non fieri per † adoptionem, eadem enim prorsus ratio est materteræ & avunculi; quem Jurisconsultus negat fieri per adoptionem *l. si qua* 12. §. *ult. de ritu nupt.* Atquin, si avus meus maternus adoptet aliquem in filium vel filiam; hi cum matri meæ fiant soror & frater, an nō mihi erunt matertera & avunculus? Vtiq; nomine tenus esse videntur: Sed re ipsa & effectu non sunt; quoniam cum nec mater nec avus maternus mihi agnati sint; nec tales personæ ab uno materno adoptatæ mihi agnatę erunt, & per consequens nec cognatæ, ex ratione *l.* 3. *de adopt.* & inter me, & istas personas, nulla successio nec ulla prohibitio est nuptiarum. Frustra autem objiciunt Accurs. & veteres

teres Interpp. textum in *l. per adopt. 17. §. ult. in fin. de ritis nupt.*

Quod enim in vetuſtioribus vulgatis exemplaribus ita legitur: *Vtique autem materteram & amitam magnam prohibentur uxorem ducere, etſi per adoptionem nobis coniunctæ ſint*, Vitium eſt lectionis, quod jam olim emendavit Haloander, & pro *materteram* repoſuit *amitam*, & conveniunt exemplaria Florentina. Fruſtra enim in matertera magna hoc admoneret ICtus, quod multo magis in amita haberet locum, *de qua in pr. §. vlt. egerat.* ſed enim cum in pr. eo indiſtincte egiſſet de matertera & amita, declarationis loco inſ. ſubjecit, prohibitionem habere locum in amita, licet ſit adoptiva; ut innueret, quod in princ. dixerat de matertera ad adoptivam non pertinere. Itaq; fruſtra laborant Accurſ. Porc & prolixe Angel. & alij in cauſa ſingulari inveſtigando materteræ adoptivæ, cum qua nuptiæ ſint interdictæ.

TEXTVS.

7. Adfinitatis quoque veneratione à quarundam nuptiis abſtinere neceſſe eſt: ut privignam aut nurum uxorem ducere non licet, quia utræque filiæ loco ſunt. Quod ita ſcilic. accipi debet, ſi fuit nurus, aut privigna tua: nam ſi adhuc nurus tua eſt, id eſt, ſi adhuc nupta eſt filio tuo, alia ratione uxorem ducere non poteris, quia eadem duobus nupta eſſe non poteſt. Item ſi adhuc privigna tua eſt, id eſt, ſi mater ejus tibi nupta eſt, ideo eam uxorem ducere non poteris, quia duas uxores eodem tempore habere non licet.

COMMENTARIVS.

1 *Quid adfinitas.*
2 *Species adfinium.*
3 *Eorundem gradus.*
4 *Et porro genera.*
5 *Polygamia.*

DIximus *ſupr. ad §. 1. h. t.* coniunctionem perſonarum, quæ prohibet eas copulari matrimonio, eſſe vel cognationem vel adfinitatem; hactenus de cognatione; ſequitur de adfinitate. Ubi 1 initio conſtituendum eſt, quid adfinitas, † & qui veri ſint adfines. Ut quam breviſſime dicam, naſcitur affinitas ex unione viri & uxoris. Uxor quam arctiſſime viro, & hic viciſſim illi iungitur & quaſi unitur. Ex quo fit, ut v. c. uxor, ad hunc modum unita viro, neceſſario incipiat eſſe aliquo modo iuncta iis, quo viro coniuncti ſunt, & ſcilicet agnati vel cognati; quæ eadem ratio vice verſa eſt in viro. Hæc coniunctio, quæ per hanc unionē eſt inter uxorem & quæ viro coniuncti ſunt, & vice verſa, dicitur adfinitas. Ex quo efficitur verorem eſſe ſententiam eorum, quæ & communis eſt, qui putant affinitatem contrahi inter uxorem & viri cognatos, & viciſſim, inter virum & uxoris cognatos; non autem invicem adfines eſſe cognatos uxoris & mariti; quæ communiſſima *gl. & Interpp. Ioh. de Plat. Ang. Fabri & Port. in h. §.* ſententia eſt, quamvis contra ſed male putet *Duar. cap. 3. de nupt.* Qui communem hodiernum uſum ſecutus videtur. Et illa opinio confirmatur ex enumeratione affinium in *l. 4. §. 3. de gradib.* Porro cum cognati mariti fiant affines uxori, & vero minime omnes æqualiter & eodem gradu ei cognati ſint, ſequitur neceſſario, quod nec omnes æqualiter ſint affines uxori. Obſervandum autem hic agi de prohibitione nuptiarum, itaque tantum eos affines recenſe- 2 ri, cum † quib. vetitæ ſunt nuptiæ; qui omnino duorum ſunt generum; alij enim ſunt loco parentum & liberorum, veluti; Socer ſocrus, nurus, gener, alii loco fratrum, quos hoc tit. Iuſtin omiſit; Sed utique affinis uxori eſt viri frater, & viro uxoris ſoror, cum quibus ſolutis nuptiis interdictum eſt matrimonium, non ob aliam cauſam quā quia fratrum & ſororum loco invicem eſſe ceperunt, quod velim additum eſſe *in d. l. 4. §. hos itaq; 7. de gradib. & adf.* nam ex præcedd. in quibus etiam iam dd. perſonę refi runtur, apparet, non tantum ob reſpectum parentum & liberorum ex cauſa adfinitatis, nuptias prohibitas eſſe. Hæ nimirum perſonæ tantum in hac materia referuntur; quoniam ultra eas adfinitas non habet prohibitionem; Ceteroquin etiam alias perſonas in remotiori gradu iunctas marito quominus affines ducantur uxoris, quid obſtare poſſit non video; nec adeo porro, quo 3 minus gradus † etiam in adfinitate admittamus, non quidem eo ſenſu, quo in cognatione per generationem gradus conſtituuntur, quo reſpectu negantur gradus adfinitatis. *l. 4. §. gradus 5. de gradibus.* Sed in relatione ad conſanguinitatem, ut pro gradu quis eſt cognatus marito, eodem gradu dicatur eſſe adfinis uxori; quomodo *Covarr.* ſcribit *de matrim. part. 2. cap. 6. §. 7. n. 6.* gradus

Digitized by Google

peculiares adfinitatem non habere, præter eos qui conſanguinitate conſiderantur. Quæ conſideratio contractibus hanc rem ex jure Canonico, neceſſaria eſt, quo ſicut in terminis cognationis, ita & adfinitatis prohibitio nuptiarum longius porrecta eſt, ut nimirum, quam perſonam ex linea cognationis maritus ducere non poteſt, eam defuncto marito uxor propter affinitatem ducere non poſſit, & talem perſonam ex cognatione uxoris ea defuncta ducere non poſſit, cujuſmodi prohibitionem jure noſtro adfinitas non habet; & diſcimus ex *Cicer. libr. 1. de divin.* (ubi de Cæcilia) defuncta uxore fas fuiſſe marito ducere ſororis defunctæ uxoris filiam, quod à diſpoſitione Juris Canon. longe abhorret. Ita de gradibus adfinitatis. Statunt & veteres canones 4 adfinitatis † genera, qui ſicut longiſſime porrexerunt prohibitionem propter cognationem, & uſque ad ſeptimam generationem; ita & introduxerunt tria genera affinitatis, in quibus nuptias vetuerunt. Primum genus eſt verorum adfinium, de quibus hoc loco. Secundum genus dicitur, cum vere adfini & ſcil. in primo genere, alia perſona per nuptias conjungitur. Verbi cauſa uxoris ſoror mihi eſt in primo genere adfinitatis juncta, & cum uxoris cognatis illicitæ nuptiæ; ſi ſoror iſta nubat, eius maritus mihi eſt in ſecundo genere adfinitatis, & adeo cum hujus quoque cognatis mihi interdictæ erant nuptiæ; & ita porro in tertio genere, vel ut iſta explicant *Covarr. d. part. 2. c. 6. §. 7. numer. 6. Canoniſtæ & præſertim gl. in c. non debet 8. de conſanguin. & adfin.* Sed hanc prohibitionem in ſecundo & tertio genere adfinitatis, nimis late ſe fundentem recte in *d. c. non debet.* ſuſtulit Innocentius. Videtur tamen exemplum & ſpecies ſecundi generis adfinitatis ex jure noſtro dari poſſe, nimirum vidua privigni. Nam juxta deſcriptionem iam propoſitam, uxoris ex alio marito filius marito eſt primo genere adfinitatis conjunctus; & adeo ſi privignus ducat uxorem, hoc erit vitrico adfinis in ſecundo genere; neque alia quam adfinitatis ratio videtur prohibere, quo minus liceat vitrico ducere viduam defuncti privigni *l. uxorem 15. de ritu nupt.* Sed enim ſicut non ſemel diximus, reſpectum & reverentiam perſonarum & honeſtatem, citra vinculum agnationis impedire matrimonium, id hic quoque locum invenit, & facit, ut ejus qui ſemel filius fuit, propter matrem quæ uxor fuit uxorem, in matrimonio habere non liceat.

Ex his nullo negotio textus propoſitus intelligitur; nimirum unde deſcendat adfinitatis veneratio, & quod hæc in ſpecie veneratio dicatur, quæ eſt in perſonis hic & § ſeq. relatis, quæ habent inter ſe reſpectum parentum & liberorum.

Si fuit nurus] Ergo diſſoluta demum adfinitate locus eſt prohibitioni ex cauſa adfinitatis; quod & expreſſius dicitur *in § ſeq. ver. quod & ipſum.* Et tam igitur ſimile eſt ei quod dicitur in §. 1. *ſup. h. t.* diſſoluta quoque adoptione eſſe prohibitionem nuptiarum inter eos qui fuerunt parentes & liberi? Non puto, nam vinculum illud quod fuit inter filium & uxorem, & unio illa corporum & confuſio ſanguinis, longe magis operantur in prohibitione nuptiarum, quam civile commentum adoptionis; tum etiam nurus non eſt vera filia, ſed filiæ loco, atquin cum patruus quoq; ſit parentis loco, attamen non dubito quin hic filiam fratris adoptivam ubi emancipata eſt ducere, & amita fratris filio adoptivo emancipato nubere poſſit. Nimirum per nuptias contrahitur adfinitas, itaque & nuptiis ſolutis videtur diſſolvi; ſed ſane omnimodo diſſolvi dici non poteſt, cum cauſa affinitatis ex unione illa & conſuſione ſanguinis non tollatur. Itaque hactenus ſuo modo quodam durare videtur adhuc licet alibi ſecus, ut in *l. 3. §. 1. de peſt.* Et huc pertinet, quod ait *Pontif. in c. 1. cauſ. 35. qu. 1.* uno defuncto in ſuperſtite affinitatem non deleri.

Eadem duobus nupta eſſe non poteſt.] Dixi ſupra ad §. 1. *tit. præc.* nullam umquam gentem probaſſe, ut una fœmina duobus nupta ſit; quamvis ſane (quod non longe abit, fuiſſe dicantur gentes, apud quas in communi uſu mulieres; quale quid de populis Arabiæ Felicis narrat *Strabo l. 16.* de Maſſagetis *Herodot. lib. 1. in fin.* de Scythis ἀνανδρόφυγες *Nicol. Stob. ſerm. 3* de Garamantibus *Plin. 5. hiſt. nat. cap. 8.* Quin *Plato l. 5* in ea quam ſibi finxit Repub. uxores quodammodo facit communes. Fabulam eſſe puto quam ex *Gellio 1. noct. 23.* refert, *Macrob. 1. Saturn. 6.* mulieres Romanas publice petiiſſe, ut una fœmina eſſet potius nupta duobus, quam duæ uni.

§ *Duas uxores eodem † tempore habere non licet.*] Notavimus id quoque ſupra *ad d. §. 1. tit. præc.* ex numero ſingulari, quo ibi utitur Juſtin. *Viri & mulieris.* Diſputatur tamen an hæc prohibitio ſit juris gentium. Et cum jus gentium æſtimetur ex uſu gentium, ut ſæpe ſup. Juſtin. jus gentium deſcripſit, deprehendere ſane licet, pleriſque gentibus polygamiam receptam fuiſſe; ſtrictim id oſtendemus, allegatis ſaltem autoribus (neque enim eſt hujus loci) qui de polygamia plurimarum gentium atteſtantur. De Ægyptiis *Diod. Sicul. lib. 1. & 2.* Naſamonib.

Digitized by Google

ſamonib. *libr.* 4. *Herodotus.* Parthis *Euſeb. lib.* 6 *præpar. Evangel.* Juſtin. *libr.* 14. Perſis *Amm. Marcell. lib.* 23. Numidis, *Saluſt. bell. Iugurth.* Mauruſiis *Procop. libr.* 4. *de bell. Vand.* Gerbianus in Africa *Thuan. lib.* 18. *hiſt.* & hodie Turcis, *Busbeq. Epiſt.* 3. *de reb. Turc.* Nec omnino abſtinuiſſe Germanos, intelligas ex *Cæſare libr.* 1. *de bell. Gall. Cornel. Tac. de moribus Germ.*

Et ne tantum barbaras gentes quis advocari dicat, ipſe Deus populo ſuo polygamiam permiſit, & exſtant Patriarcharum, Regum aliorumque ſanctorum virorum exempla; & ſpeciem quandam polygamiæ Lycurgum LL. ſuis Spartæ probaſſe & ſanxiſſe *Xenophon* teſtatur *in repub. Lacedæmon.* & Athenis quoque id licitum oſtendit exemplum Socratis, qui duas ſimul habuit uxores. Quin apud *Nicetam. lib.* 3. *de Imperio Alexij.* legimus de Chriſtiano principe, duas uxores habente, & jam ante Valentinianus ſenior Imp. Orthodoxus, uxori viventi ſuperduxit alteram, lata etiam publice Lege, ut id cuivis liceret, ut refertur *tripart. hiſt. lib.* 8. *cap.* 11. Idque exſtat apud *Socrat. libr.* 4. *Eccleſ. hiſt. c.* 31. Quamvis eam hiſtoriam falſitatis & erroris arguere conetur Cæſar Baronius in annalibus tom. 4. anno Chriſti 370. n. 124. & ſeqq. Iſta *εἰς τὰ παράρτημα.*

TEXTVS.

8. Socrum quoque & novercam prohibitum eſt uxorem ducere, quia matris loco ſunt. Quod & ipſum demum diſſoluta adfinitate procedit: alioquin ſi adhuc noverca eſt, id eſt, ſi adhuc patri tuo nupta eſt, communi jure impeditur tibi nubere, quia eadem duobus nupta eſſe non poteſt. Item ſi adhuc ſocrus eſt, id eſt, ſi adhuc filia eius tibi nupta eſt, ideo impediuntur tibi nuptiæ, quia duas uxores habere non potes.

COMMENTARIUS.

NIhil hic novi, & prorſus eadem huius loci ſententia quæ §. prioris. Diximus ibi principalem cauſam prohibitionis ex affinitate naſcentem, eſſe eam, quæ efficiat, ut ſint invicem loco liberorum & parentum; diximus etiam quomodo accipiendum, quod nuptiis ſolutis affinitas diſſolvi dicatur.

TEXTUS.

9. Mariti tamen filius ex alia uxore, & uxoris filia ex alio marito, vel contra, matrimonium recte contrahunt, licet habeant fratrem ſororemve ex matrimonio poſtea contracto natos.

COMMENTARIVS.

HI ſunt qui dicuntur comprivigni, quod neutrum parentem communem habent, Germ. Zwey zugebrachte Kinder. Ex quo, & quia iſti recte contrahunt matrimonium, argumentum colligi ſolet pro opinione quam probavimus ad §. *adfinitatis*, non eſſe affines viri & uxoris utrimq; cognatos: Licet enim non omnis affinitas ſit impedimẽto nuptiis, attamen ſi iſti affines eſſent, fratrum & ſororum loco invicem eſſent, quæ conſideratio regulariter facit, ut nuptiæ ſint illicitæ. Fit hoc modo idem vitricus & ſocer, eadem noverca & ſocrus; ut vel hinc non ſemper à confuſione nominum liceat inferre impedimentũ matrimonii, extra quam ubi ſimul eſt confuſio rerum ipſarum & ſanguinis. Et non dubito licitum eſſe ut pater & filius, ducant duas fœminas matrem & filiam; ut nec obſtare videatur quidquam, quo minus filius eam quæ mater eſt, & pater filiam ducat, quomodo ſane nomina non leviter confunduntur. Sed hæc extra rem, quibus dicendis cauſam præbuit Hottom. hic quamvis ſane non diſſimili ratione licitæ ſint nuptiæ duorum fratrũ cum duabus ſororibus, & patris filiique cum matre & filia, quod & hic notat Weſemb. Ad hunc §. ſcrupulum movet, quod iſta coniunctio comprivignorum improbata videtur jure divino & Lege Moyſis; quem ſcrupulum movi Auth. Matthæus ita quidem ut hoc quod ſtatuitur hoc §. *ex l. generali* 34. §. 2. *de ritu nupt. l. Titia.* 134 *in pr. de verb. oblig.* ut contrarium juri divino inter nævos Juris Civilis referre non dubitaverit. Locus quem citat Matthæus eſt *Levit.* 18. *v* 11. Ego qui de veritate Hebraica judicium ferre nõ poſſum, Interpretationes varias & ipſiſſima verba interpretum variorũ ſubjiciam, ut inde de ſententia & judicio Matthæi judicium ferre omnes poſſint. Accepi à peritis Hebrææ linguæ, Chaldæum Paraphraſten ita eum locum reddidiſſe, Turpitudinem filiæ patris tui, quæ nata ex patre tuo eſt ne retegito. Vulgata verſio habet; Turpitudinem filiæ uxoris patris

Digitized by Google

tris tui, quam peperit patri tuo. Sanctes Pagninus ita; Turpitudinem filiæ uxoris patris tui, prolis patris tui, quomodo & Vatablus edidit. Græca Interpretatio, sive ea LXXII. interpretum sive alia est ita; ἀσχημοσύνη θυγατρὸς γυναικὸς πατρός σου, ἐκ δὲ ἀπεκάλυψεν, ὁμοπατρία σὴ ἀδελφή ἐστιν. Et ita quoque Interpretatio Germanica Lutheri, itemq; Italica Diodati & Gallica habent. Quæ interpretationes omnes ostendunt, videri temerarie fecisse Ant. Matthæum, qui eum locum acceperit de comprivignis, de quibus nullus jam dd. Interpretum eum explicavit. Idque solum sufficere debet & potest ad eum refutandum. Neque illum excusare potest, quod unus Iunius explicavit illum textum de fœmina & filia quæ ex patre nata non esset: maxime cum ipse Iunius in analytica explicatione ad eum locum sententiam mutaverit: & utique in editione Londinensi anno 93. & editione Hanovienſi anni 96. ita reddidit: *Nuditatem filiæ natæ ex noverca tua, cognata patris tui*: & nota quam ibi adjicit ad illius sententiæ explicationem penitus destruit opinionem Matthæi, qui rectius fecisset, si in hoc & aliis capp. ab juris nostri reprehensione abstinuisset. Videtur quidem ita repeti idem *in verſ.* 12. quod ante propositum erat *in verſ.* 9. siquidem *d. verſ.* 11. intelligitur de sorore, quæ communem patrem habet. Verum & quæ ad istud removendum dici possunt & solent, attuli ad *Tr. de nupt. th.* 2. *lit. B.* & consensus tot interpretum ad refutationem novæ & temerariæ explicationis sufficere debet.

Licet habeant.] Ratio hæc dubia est in hoc casu, quod per fratrem communem ex eodem matrimonio genitum videatur conjunctio inter comprivignos quodammodo arctior fieri.

TEXTVS.

10. Si uxor tua post divortium ex alio filiam procreaverit, hæc enim est quidem privigna tua: sed Julianus ab huiusmodi nuptiis abstineri debere ait. Nam constat, nec sponsam filii nurum esse, ne patris sponsam, novercam esse, rectius tamen & iure facturos eos, qui ab huiusmodi nuptiis abstinuerint.

COMMENTARIUS.

Affinitas perfecta & imperfecta.

1 *An affinitas ex coitu illicito.*

PRivignum inde dictum ait Festus, quod prius genitus quam uxor secundo nuberet, cui convenienter Græcis (ita n. Theoph. habet) προγαμος dicitur. Hinc putat Hottom. hoc loco Iustinianum argumentari, non esse privignam, quæ sit post genita, prorsus quomodo Theoph. φημὶ μὴ εἶναι αὐτὴν προγαμον γάρ ἐστι, ἐὰν προ τοῦ γάμου. Sed tamen ego non puto ad istam notationem respexisse aut Iustinianum aut JCtum in *l. si qua* 12. §. 3. *de ritu nupt.* sed magis (cum & alias ab Etymologia infirma plane ducantur argumenta, præsertim ubi ea non satis certa est) ipsam rem. Nimirum privigna est loco filiæ, ut est in *præcedd.* §§. Hæc autem quæ nata est postquam à me divertit uxor, mihi filiæ loco esse non potest, quoniam tantum mihi loco filiæ ob hanc causam est, quia mater eius uxor mea est, & utique tum filiæ loco fuit. Nam ut hoc obiter addam ad affinitatem veram & perfectam † requiritur, ut interveniat unio corporum quæ faciat confusionem sanguinis; tum ut illa unio sit legitima & scil. matrimonialis, & denique ut personæ quæ debent affines fieri, ipso illo unionis tempore, sint alterutri conjugum conjunctæ. Hoc posterius requisitum deficit hoc casu, quo ista de qua quæritur post divortium nata est. Et tamen quoniam ille de cuius conjunctione quæritur, per copulam unum corpus cum matre factus est, merito à nuptiis filiæ quodcunque natæ abstinere debet, & potest illa appellari species imperfectæ affinitatis, quæ inducit honestatis prohibitionem. Eadem aut non absimilis ratio militat in eo quod sequitur in verbis.

Nam constat nec sponsam.] Nam hic deficit requisitum primum istud amoris corporalis, ob cuius defectum non potest induci plena & perfecta affinitas, sed imperfecta, quoniam sponsalia inducunt tantum spem nuptiarum. Magis accedit istud ad veram affinitatem, si secuta fuerit deductio in domum; & sicut hodie dicimus, si intercesserint sponsalia de præsenti; & maxime deductio in Ecclesiam; quod Jure Canonico & moribus nostris habetur pro vero matrimonio. Ubi tamen copula secuta nec dum est, nõ potest esse plena affinitas. Hottom. ait esse argumentum in his verbis, à minori. Si non licet ducere filiam filij, multo minus licebit ducere filiam ejus quæ fuit uxor. Et sane in terminis sponsalium verorum, quæ appellantur de futuro, bona ista consequentia est: sed haud suo an eo respexerit Iustinianus.

Digitized b

nus. Magis puto illi propositum fuisse, illustrare casum propositum de quasi privigna, cum duobus casibus, quasi nurus & quasi novercæ, de quibus egerat *in §. 6. & 7.* Sunt igitur istæ duæ imperfectæ affinitatis species, inter quasi privignam quæ post divortium nata est: & inter eam 2 quæ tantum sponsa fuit. Est & tertia species † propter qualitatem copulæ & unionis corporalis, si sit non matrimonialis. Et tamen sicut unio & mixtio corporum principalis causa est prohibitionis inter personas coniunctas, ita hæc affinitatis quamvis imperfectæ species potentior est ad impediendas nuptias. Hinc enim nullo modo licebit ducere concubinæ sororem, vel ex alio genitam filiam, non etiam licebit patris sui concubinam *l. liberi 4. C. h. t.* & nimis absurdi sunt, qui hanc prohibitionem putant esse meræ honestatis. Et quod ista pene sit perfecta affinitatis species, utique quoad effectum impediendi nuptias, inde apparet, quod etiam servorum (inter quos justum connubium non est,) affinitates dicuntur *l. adoptivus 14. §. Idem 3. de ritu nupt.* & impudenter fecit *A. Fab.* qui in Jurisprud. (quam eadem modestia inscripsit Papinianeam) *ad hunc tit. princ. 6. illat. 1.* præcise negat affinitatem servilem, & *dictum. §. 3.* à Triboniano corruptum esse statuit. Ita enim ne quidem ex concubinatu, aut alio coitu extra matrimonium posset nasci affinitas; quod perspicue falsum est, & contradicit *d. l. 4. C. de nupt. junct. l. 1. §. 3. de concubin.* neque enim alia quam affinitatis ratione inter istas personas & quarum mentio est in *d. l. 14. §. 3.* nuptiæ prohibitæ sunt; cum etiam inter servos ratione formæ essentialis sit matrimonium. Nec obstat *l. 4. §. pen. de gradib.* quæ de omnino perfecta affinitate loquitur, ceteroquin dicendum esset, ex conjunctione extra matrimonium nec ullam nasci cognationem, quod aperte falsum est.

Nec sponsam filii nurum esse.] Sponsalia dicuntur *mentio & repromissio*, sive ut alii volunt, *mutua repromissio* futurarum nuptiarum, *l. 1. de sponsalib.* fiebant enim apud veteres mutuæ sponsiones: & v. c. ducturus alicuius filiam stipulabatur à patre, daturum in uxorem: socer futurus vicissim stipulabatur, filiam ductum iri, ut ex locis Comicorum & inprimis *Gellia 4. noct. Att. 4.* apparet, & *l. 2. de sponsalib.* postea receptum, ut nudo consensu & inter absentes etiam constituerentur sponsalia *l. 4. & ult. eod. tit.* Et igitur cum tantum spes esset nuptiarum, *l. si uxor 13. §. divi. 3. de adulter.* non poterat vera affinitas esse ex sponsalibus, nec proinde nurus erat, quam adhuc saltem spes erat uxorem filii futuram: quæ etiam in sponsa patris ratio est; itemque viceversa in socero aut genero vel socru. At obstat, quod generi & nurus appellatione sponsus quoque & sponsa contineri dicuntur *leg. 6. de gradibus*, & hæ appellationes etiam ex sponsalibus adquiri *l. 8. eod. tit.* quod firmatur ex *l. 3 & 4. ad l. Pomp. de parric.* Respondeo dupliciter 1. ut paulo ante dixi, affinitatem aliam perfectam esse aliam imperfectam, propter quam hæc nomina istis quoque personis accommodantur. 2. Interesse an abrupta sit spes nuptiarum, an adhuc duret, propediem futuris nuptiis. Ad hunc casum pertinent *d. l. 6. & 8. de gradib. & d. l. 4. de parric. in.* itemque quod est in *d. l. si uxor. 13 §. divi 3. ad L. Iul. de adult.* cum sponsa videri committi adulterium, & eam posse accusari iure viri. Ad illum videtur pertinere, quod hoc §. dicitur; nam nimis improbum sit dubitare; an pater superstite adhuc filio & durantibus sponsalibus, filio suo desponsam ducere possit, sed quæritur istud, ubi per mortem filii, aut repudio sponsalia sunt dissoluta.

TEXTVS.

11. Illud certum est, serviles quoque cognationes impedimento nuptiis esse si forte pater & filia, aut frater & soror manumissi fuerint.

COMMENTARIUS.

DIximus supra etiam ex illegitimo concubitu nasci cognationem, quæ est impedimento nuptiis *l. nupt. 53. cum l. seq. de ritu nupt.* Ergo etiam ex conjunctione servorum nascetur talis cognatio, *h. §. & l. 14. §. 2. h. t.* nam cum natura omnes homines æquales sint *l. quod attinet 32 de Reg. Iur.* in contrahendis matrimoniis naturale Ius & pudor inspiciendus est *l. adoptivus 14. §. 2. in fin. de ritu nupt.* Ex quo judicium ferre licet, de eo quod mox hoc §. quasi per limitationem subiicitur.

Si pater & filia &c.] Restringit prohibitionem ad manumissos, ut qui naturaliter sibi conjuncti esse ceperunt, cum servi essent (cognatorum enim nominibus in servis quoque non parcimus *l ult. §. non parcimus 5. de gradib.*) manumissi non possunt matrimonio jungi. Et an igitur dum adhuc servi sunt, pater cum filia, cum matre filius, soror cum fratre recte consuescunt? Equidem Paulus *in a. l. ult. d. §. 5.* diserte scribit serviles cognationes non pertinere ad Leges, & inter servos nuptiæ non sunt,

Digitized by Google

de quibus h. t. agitur. Sed ſane cum natura omnes æquales ſint, jus naturæ etiam ſervos tenebit, & quod recte monent Baro & Hottom. impie & contra naturæ jus faciet ſervus, ſi ſe his perſonis miſceat; impie faciet dominus, ſi hanc conjunctionem jubeat aut permittat. Et utique eſſentia ſua matrimonium, quod juris naturæ eſt, inter ſervos quoque contrahitur, ſi adſit affectio maritalis, & ſervi quoque coniuges dicuntur *in l. pen. C. comm. utr. iud.* Adeo licet illa conjunctio jure noſtro civili, quo ſervi pro nullis habentur, contubernium dicatur, tamen eſſentialiter eſt matrimonium. Itaque utcunque aliud putent Hottom. & Baro, amplius ego putarim, ſervum ſi ſe miſceat matri, publice & criminaliter crimine inceſtus accuſari poſſe; quin dixerim forte poſſe quaſi adulterii accuſari, qui eam quæ in contubernio ſervi eſt, pro uxore, violaverit, licet forte mitius puniri debeat; & memini me legiſſe de Imp. quodam qui militem capitali ſupplicio affecit, eo quod ſervi uxorem ſtupraſſet. Et Vopiſcus in Aureliano in fin. Ancillam ſuam, quæ adulterium cum ſervo ſuo fecerat, capite punivit. Et nec excuſabitur hic ſervus ſi juſſu domini tale quid fecerit, quod juris eſt in omnibus atrocioribus & quæ naturæ Lex damnavit, *l. ad ea 157 de Reg. Iur.* & dicemus *infr. ad §. illud 7. Mandati.* Et iſta expedite procedunt de Iure Canonico, quo etiam vera habentur & juſta conjugia ſervorum *ut ext. de coniug. ſervor* Circa quod quæri poſſit, an per iſtam ſanctionem Iuris Can. aliquid detrahatur juri dominorum. Et illud primo docet *cap. 2. & 4. eo. tit* conjugium eſſe nullum, ſi quis cum ſerva ignarus conditionis ejus contraxerit nuptias, niſi poſt cognitam conditionem cum ea conſueverit; quæ eadem Capp. oſtendunt, eſſe conjugium, ſi quis ſciens ducat ancillam. In quibus terminis quæritur de jure domini. Et enim in *cap. 1. de coniug. ſerv.* ait Pontifex, nihilominus conſueta ſervitia eſſe dominis præſtanda. Et porro ſiquidem jus domini integrum manet, ſequetur liberos ex hoc conjugio natos, eſſe ſervos, ceteroquin iniqua conditio inferretur domino, qui ſi junxiſſet eam ſervo, ſervos ea peperiſſet. Et hoc ita eſſe tradit *Hoſtien. in ſumm. de coniug. ſerv. n. 3. & in ſum. tit. ſeq.* Atque adeo hic caſus ſingularis eſt, quo natus ex matrimonio legitimo ſequitur, conditionem matris non patris. Addo pro eo quod inter ſervos quoque qua lantenus ſint nuptiæ, locum Plauti *in prologo Caſinæ.*

Sunt hic quos credo nunc inter ſe dicere:
Quæſo hercle quid iſthæc eſt, ſerviles nuptiæ?
Servine uxorem ducent aut poſcent ſibi?
At ego ajo hoc fieri in Græcia & Carthagine,
Et hic in noſtra terra in Apulia,
Maioreque opera ibi ſerviles nuptiæ.
Quam liberales etiam curari ſolent.

Quamvis *Tiraq. ad Alex. ab Al. l. 2. c. 5.* Scenica magis id licentia confictum, quam verum eſſe putet.

TEXTVS.

12. Sunt & aliæ perſonæ, quæ propter diverſas rationes nuptias contrahere prohibentur, quas in libris Digeſtorum ſeu Pandectarum ex jure vetere collectarum enumerare promiſimus.

COMMENTARIVS.

NImirum non hic propoſitum eſt Iuſtin. tractare plene materiam nuptiarum, ſed præcipue, quatenus eſt cauſa patriæ poteſtatis; itaque remittit hic nos ad libros Pandectarum, ex quibus petantur aliæ prohibitionum cauſæ; & plane generales cauſas, ab ætate, ſtatu, cognatione, affinitate hoc tit. propoſitas eſſe ſufficere debet. Sunt plures & aliæ ſpeciales, & verbi cauſa ob dignitatem, ob quam Senator non poteſt ducere libertinam, de qua in *l. oratione 16. l. ſciendum 32. cum l ſeq. l. ſemper 42. §. 1. cum LL. ſeqq. de ritu nupt.* quæ tamen hodie ſublata eſt. Alia eſt ob poteſtatem, ne præſes provinciæ ducat provincialem, *l. ſi quis 38 de ritu nupt. l. un. C ſi quæc. prad. pot.* Alia ob tutelam & curam *l. tutor 36. cum l. ſeq. l. ſi quis 60. l. non eſt 66. de ritu nupt l. 1. & 11. C de interdict. matrim.* de quibus plenius agere hic nec libet nec licet, cum ipſe Imp. nos ad Pandectas remittat.

TEXTVS.

13. Si adverſus ea quæ diximus, aliqui coierint, nec vir nec uxor, nec nuptiæ, nec matrimonium, nec dos intelligitur. Itaque ii qui ex eo coitu naſcuntur, in poteſtate patris non ſunt, ſed tales ſunt, quantum ad patriam poteſtatẽ pertinet, quales ſunt ii quos mater vulgo concepit, nam nec hi patrem habere intelliguntur, cũ & iis pater incertus ſit: unde ſolent ſpurii appellari, vel à Græca voce quaſi ἀπὸ πάτρας concepti, vel quaſi ſine patre filii. Sequitur

Digitized by Google

tur ergo ut dissoluto tali coitu, nec dotis nec donationis exactioni locus sit. Quia prohibitas nuptias contrahunt, & alias pœnas patiuntur, quæ sacris constitutionibus continentur.

COMMENTARIVS.

1 *Pœna iniustarum nuptiarum.*
2 *Copula non sustinet coniunctionem, ut iusta fiat.*
3 L. 1 §. ult. de exhib. lib.
4 *Spurij unde dicti.*
5 *An dos fiat caduca.*

NUptiarum quæ contra præcepta LL contractæ sunt, duplex est pœna, † verbo in genere sumpto. Nimirum annulatio actus, & castigatio aliqua, modo gravior, modo levior personarum contrahentium. Neque enim, quod omnino notandum est, in diversissimis prohibitionum causis, idem ubiq; delictum & eadem peccati qualitas aut quantitas esse potest. Et hactenus tamen recte in genere hoc affirmatur, quod actus sit nullus, & quod aliqua sit pœna: siquidem illud generale est, ut actus contra legem factus, & quidem contra Legem prohibentem sit nullus; hoc enim in quavis Republ. Lex civilis potest, licet forte in alia Republ aut etiam simplici jure gentium actus non sit nullus: veluti nuptiæ tutoris cum pupilla, aut provincialis magistratus cum subdita, ex ratione juris gentium non sunt nullæ, quia nec Jure Canon. quod magis observandum putat *Angel. ad §. illud jup. h. t. n. 2.* Et ex supradd. apparet longe gravius peccari contra prohitionem in linea recta quam transversa: gravius rursus si ducatur propinqua cognata, quam si affinis, nam & Patriarcha Jacob duas sorores simul habuit, & Abrahamo filia fratris nupta fuit Ex adverso sicut quædam prohibita jure nostro, alio jure licita esse possunt, ita possunt esse illicita, quæ jus nostrum permittit, quomodo nuptiæ consobrinorum hodie & Jure Canonico habentur pro incestis.

Porro ad illud quod de nullitate matrimonij dicitur h. loco, insignis limitatio est quam tradunt Interpp. hic ex Jure Canonico, (nam Jure Civili secus esse docet *l 3. C. solut. matrim.*) si utrerque contrahentium, imo etiam alteruter contrahentium vitium ignoraverit, & juxta ritus & mores Ecclesiæ conveniunt, matrimonium valere, per *c. 2. & cap. ex tenore 14. Qui filii sint legitim.* & tamen ut apparet ex textibus istis, non tam revera in se validum est, cum vitio interno laboret, sed hactenus ex quo ad unicum istum effectum pro valido habetur, ut filii nati propter iustum illum errorem censeantur legitimi, & parentibus etiam istis succedant; cuiusmodi quid extat in N. 12. cap. 3. ut liberi etiam ex incestuosis parentibus, ante constitutionem illam editi, illis succedant; cum tamen matrimonium revera sit nullum & omnino dissolvendum, quod procul dubio & Juri Canonico convenit; & est textus singularis in *l. qui in 57. §. 1. de rit. nupt.*

Illud hic tractandum, quod huc remisimus cũ ad pr. huius tit. de consensu parentum tractare-
2 mus Requiritur ibi omnino consensus † patris, & illud vel maxime ad præcepta LL. & quasi formam matrimonii pertinet Itaq; dubitari non potest, quin nuptiæ sine consensu patris contractæ, hoc quoq; §. & verbis eius primis, *si adversus ea* cõprehendantur & damnentur; idque aperte confirmat *l. Paulus 11. de stat. hom.* liberos ex tali coniunctione, ubi nuptiis filiæ non accessit consensus patris, natos iniustos esse, licet sint nati post mortem avi materni. ut non possim non mirari iudicium illorum, qui licet non accesserit consensus patrum, tamen si secuta sit copula, matrimonium sustineri ajunt. Ecquid enim liberi nascentur sine copula? At liberi nati iuxta *d. l.* 11. injusti sunt; ergo non potest copula facere, ut subsistat matrimonium; & qui fieri possit, ut cum consensus conjugalis sine consẽsu patris sit nullus, ille legitimetur & fiat validus per copulam; & supra ad pr. tit. probavimus, si consensus patris qui initio defuit post accedat, ex eo tempore demum nuptias legitimas haberi: quod falsũ esset si copula sustineret matrimonium. Et quam ridiculum est effectum istum potestatis patriæ & jura tam expressa quæ omnino necessarium faciunt consensum parentum per actum facilimum eludi imo per actum illegitimum, neq; enim dubium est, cum consensus ille liberorum solorum sine patre sit illegitimus, talem etiam & illegitimum & magis esse actum copulæ & concubitũ; & hac ratione daretur evatio peccandi liberis, si scirent non posse retractari imo pro nullo haberi conjugium ob copulam secutam; & in copula est cõsummatio matrimonij, neq; quod ipso jure nullum est, jure consummari potest. Et rideo eos, qui ad tam absurdam sententiam confirmandam adducunt *l. 1. §. ult.*

3 † *de lib. exhib.* & magis rideo Hottom. qui ad §. *ult. tit. prec.* & ad *fi. pr. hujus tit.* scribit doctissimis viris objectum esse errorem per *d. l. 1. §. ult.* quod non animadverterint Ulp. eo loco locutum de nuptijs sine consensu parentum contractis qua explicatione Hot-

Digitized by Google

ne Hottoman. & aliorum nihil absurdius est : nec enim istud matrimoniū concordans & liberis subnixum appellarit Ulpian. quod contra LL. contractum esse liquidissimum est ; & liberos inde natos injustos esse docet *d. l.* 11 *de stat. hom.* Enimvero animadvertere debebat Hottoman. hoc fuisse summum jus potestatis patriæ, ut nuptiæ licet cōsensu ejus contractæ essent, tamen pater offensus forte à genero filiam rursus abducere posset ; quo jure eam abuti non debere ibidem Ulpian. monet. Et hoc jus potestatis fuisse in his ipsis terminis quos tractamus, (ne adducam hic autoritatem Plauti in Sticho, ubi pater vult abducere filias, quia marito paulo diutius domo aberant) confirmatur ex *l. filia* 4. *C. de repud.* ubi cum negetur filiæ divortium esse in potestate matris, tacite innuitur, esse in potestate patris genero repudium mittere, utcunque nuptiæ initio rite sint contractæ, & aperte *l.* 5 *C. eod. tit.* ubi initio diserte proponitur pater consensisse, & hoc tribuitur rescripto Marci, ut pater solus nuptias dissolvere non possit, si alias matrimonium sit concordans; quod *in l. cum hic* 32. §. *si socer. de don. int. vir. & uxor.* tribuitur Severo & Antonino, cui plane genuinum est, quod in *d. l.* 1. §. *ult. de lib. exhib.* Ulpianus scribit : ut inde perspicuum sit jus potestatis patriæ hactenus ab Impp. temperatum & moderatum fuisse, ut ne bene concordantia matrimonia patres turbarent & tenere abrumperent ; totum autem jus hoc ipsis ademptum non est ; ut tantum desinant nugari & sapere discant hic hactenus *d. l.* §. *ult.* de nuptiis sine consensu patris cōtractis absurde explicarunt : siquidē hoc casu jus abducendæ filiæ tum per supradicta, tum per *d. l.* 5. *Cod. de repud.* omnino patri integrum est. Contra jus adeo certum nihil potest locus ex Paulo citatus 2. *sent.* 19. quos libros non uno in loco interpolatos, multi notarunt; & notat in hac quæstione *Cont.* 1. *subsec. locl.* 4. ubi etiam meminit aliquorum; qui Paulum ibi accipiunt de patre qui initio consentit, sed non perseveravit. Plane autoritas Pauli in Pandectas relati in *d. l.* 11. pluris esse debet quam ex 2. *sent.* 19. nec ille secum ipse pugnavit.

Nec nuptiæ, nec matrimonium.] Simplicius forte fit, ut hęc pro synonymis accipiamus. Hottom. per nuptias putat significari festivitatem nuptiarum, quæ fiebant & perficiebantur non uno die Scio notari ab ejus rei peritis *Ant. Hottom. de vet. ritu nupt.* tres olim apud veteres Rom fuisse solemnes dies nuptarum, προγαμία, ἀναγάμια, ἐπαυλία. Verum hac in re cuiusque generis aut etiam civitatis mores variant.

In potestate patris non sunt.] Hujus effectus nominatim meminit, quoniam ut supra monuimus, hoc libro & loco de nuptiis tractat, quatenus sunt causa patriæ potestatis.

Tales sunt quantum ad patriam potestatem.] Rursus eadem de causa meminit patriæ potestatis, sed & alias ista limitatio necessaria est ; quod alias mala ista esset comparatio liberorum natorum ex illegitimo licet conjugio, matre tamen ea, quæ cum uno consuevit, cum iis qui sunt nati ex scorto, & ea muliere quæ corpus vulgat, & quosvis admittit : qui demum revera dicuntur habere patrem incertum, & populum patrem, ut post *gloss. notat Iob. de Plat.* quo pertinet illud Aristippi, qui scorto dicenti se ex ipso gravidam, respondit, non magis eam hoc affirmare posse, quam posset si per senticetum transiviſſet, designare certam spinam quæ ipsam pupugisset ; itemque facetum illud Diogenis Cynici, quendam qui ex scorto natus dicebatur, cum in circumstantes lapidem mittere vellet, monentis videret, ne forte patrem feriret. Verum quid est, quod subjicit Iustinian. nam nec hi patrem habere intelliguntur, cum & iis pater incertus sit. Videtur licet aliter id explicet Theophil. non obscurè significare hos ipsos de quibus hoc §. agit, eos vid. qui ex illicita coniunctione nati sunt, licet ex certa fœmina, quæ cum una tantum rem habuit. Atquin hi utique ob hoc ipsum non possunt videri & dici habere patrem incertum : Angelus id observavit hoc loco, & ait rei veritate habere quidem patrem certum, sed juris dispositione eum pro incerto haberi : etenim est pro non patre, nec se ex eo prognatum affirmare audet filius, nec quidquam juris in bonis eius sibi arrogare : idque confirmat Hottoman. ex *l. vulgò* 25. *de stat. homil.* ubi videntur duæ species constitui eorum qui vulgo quæsiti dicuntur, qui patrem demonstrare non possunt, & qui eum demonstrare possunt quem habere non licet, & adeo effectu juris aliquo perinde habentur, ac si patrem demonstrare non possent ; quamvis ego eum locum explicari malim in secunda parte. de eo qui quidem natus est ex scorto, sed quod forte aliquamdiu saltem cum uno consuevit, ut possit constare de patre, quod videtur firmari *ex l. adoptivus* 14. §. 2. *vers. unde de ritu nupt.* ubi hoc sensu videtur dici pater naturalis, & prohiberi ducere filiam vulgo quæsitam ; cum absurdum videatur, in servitute susceptam ex ea, quæ corpus non vulgavit, dici vulgo quæsitam ; Et tamen liberos hujusmodi qui extra matrimonium nati

nati ſunt ex ea quæ tantum cum uno rem habuit, ſpurios & ex incerto patre natos dici, oſtendit *l. 3. C. ſolut. matrimon.* Et plane hic locus probat, etiam eos qui non ex meretrice, ſed alias ex interdicta conjunctione nati ſunt, haberi pro vulgo quæſitis, ſed nimirum ſecundum quid, & præcipue quo ad patriam poteſtatem, ut ipſe limitat Juſtin. Eſt enim conjuncta oratio, & quod ait eos non intelligi habere patrem, & eſſe iis incertum patrem ſicut natis ex ſcorto, itidem intelligendum eſt, quo ad patriam poteſtatem.

4 *Vnde ſolent ſpurii † appellari*] Modeſtin. *in l. vulgo 13. de ſtat. hom.* ait dici παρὰ τὸν σπόρον. At enim liberi nulli gignuntur ἄνευ σπορᾶς? An forte σπορὰ proprie magis dicitur de ſeminatione vel cõſitione agrorum, in quæ ſemina multa ſparſim jactantur. Id magis exprimit, quod Juſtin. ait hoc loco, ita eos dici quaſi conceptos σποράδην, quod ſignificat ſparſim & paſſim. Plutarchus in quæſt. Roman. quæſt. 103. duas notationes refert: alteram appellat ἀπὸ τοῦ σπόρου, ita per contumeliam dici ſpurios, à parte ea qua mulieres ſunt mulieres. quæ Sabinis dicatur Σπόριαι. Alteram affert, quod Spurius pronomẽ familiæ Romanorum duabus prioribus literis SP. itemque vulgo concepti itidem duabus his literis SP. interjecto puncto, tanquam *ſine Patre* deſignarentur; inde ex notarum errore factum, ut qui ſine patre appellabantur, ſpurii dicerentur: & eo intelligendus eſt alluſiſſe quaſi Tribonianus, hoc loco, dum ait, ſpurios appellatos, quaſi ſine patre filios; ceteroquin iſtud *ſine patre* nullam affinitatem cum nomine *ſpurii* habet: idque fecit, ut Hottoman. quem & Weſembec. ſequitur, ſuppleverit textum, & ita legerit, *vel quaſi S. P. id eſt ſine patre filii.* Ait ſe ita locum emendaſſe duorum librorum adjumento; at enim *Contius 2. ſubſec. lect. XI.* qui alteram lectionem, quam expreſſimus, tuetur, ad manuſcriptos codices provocat; & iſta corrigendi vel depravandi temeritas vitanda eſt. Tribuitur Tito Probo fragmentum, in quo ſcribitur; *Spurii patre incerto geniti quaſi Epopta*: quod quale ſit ego non capio; non extricat *Contius 2. lect. 11.* quaſi, inquit, intelligantur, omnium ſpectaculo conceptos. Nimis iſtud pinguiter dicitur; & nullam tamen id verbi *Epopta* cum verbo *ſpurius* habet cognationem: & ἐποπτὴς ſignificat ſpectatorem; & apud veteres Chriſtianos, qui jam initiati ad myſteria admiſſi erant, Epoptæ dicebantur, Iſidor. *lib. 10. cap. 3.* Spurium vinum dici ait, quod offerre non licet, aut cui aqua admixta, velut ſpurcum, hoc eſt immundum. Ita & ſpurij liberi erunt quaſi immundi, ac non puri: Adſcribam locum ex eodem *Iſidoro libro nono, capite quinto.* Nothus, inquit, dicitur, qui de patre nobili & matre ignobili gignitur, ſicut ex concubina. Huic contrarius eſt ſpurius, qui de matre nobili & patre ignobili naſcitur, (oportet autem hanc ſignificationem propriam illius ſeculi fuiſſe, nulla enim autoritate firmatur.) Item ſpurius, patre incerto matre vidua (neſcio cur appellet viduam, niſi intelligat omnem non nuptam) genitus, velut tantum *ſpurii* filius, quia muliebrem naturam veteres ſpurium vocabant. Eosdem & Favonios appellabant, quia quædam animalia Favonia hauſto ſpiritu concipere exiſtimantur. Latine autem ſpurij quaſi extra puritatem (hodierno Italico Idiomate litera S. ſæpe eſt privativa) id eſt quaſi immundi. Hactenus Iſidorus. Pergamus.

Diſſoluto tali coitu.] Quamvis non ſit matrimonium, tamen recte dicitur ſolvi & diſſolvi coitus; quoniam abrumpi debet conſuetudo illa, quæ inter eos fuit & corporum ſimul & animorum quodammodo, quia affectu quodam & affectione mutua invicem ſibi juncti fuerunt.

Nec dotis nec donationis.] Neſcio qua ratione motus expungat Hottoman. verba *nec donationis.* Nec mihi ſufficit, quod ea apud Theophilum non extant: & ipſa particula N E C efficit, ut de duobus videatur locutus Juſtinianus. Et cum perpetuo Juſtinian. alibi iſta conjungat dotem & donationem propter nuptias, quam conſtituit vir, adeo ut *N. 97.* iſta æqualia eſſe velit, æqualia quoq; utrimque pacta, probabile prorſus eſt à Juſtin. hoc quoq; loco & dotis, & donationis propter nuptias factam eſſe mentionem. Et ubi matrimonium legitimum fuit, eo propriis modis diſtracto utique non tantum de dote repetenda, retinenda, aut lucranda tractari poteſt, & vero ſæpiſſime tractatur, ſed etiam de donatione propter nuptias. Et cum certiſſimum ſit in caſu nuptiarum interdictarum intervenire dotem, vel pecuniam pro dote, (vera enim dos non eſt) utique etiam poterit conſtitui donatio propter nuptias; & imo juxta *N. 97.* conſtituenda eſt: ponimus enim invicem tamquam conjuges aliquos convenille licet contra LL. Et poterit itaque etiam quæri de donatione propter nuptias; ubi hic coitus fuit diſſolutus: Ceteroquin nec de dote quæri poſſet: Ut proinde iſta mutatio & temeratio Hottom. omni ratione deſtituatur.

5 *Dotis exactioni non † ſit locus.*] An igitur retine-

bit eam putativus maritus? Minime, sed vendicabit fiscus juxta *l. 4. C. de incest. nupt. arg. l. cum hic 32. §. ult. de donat. inter vir. & uxor.* Sed hoc tamen limitatione & cautione opus habet. Et in summa aut quæri ut de persona nocente, quæ scil. sciens prudens contra LL. contraxit, & quidquid hæc dedit, id totum fisco vindicatur: aut de persona innocente; qualis ut plurimum præsumitur esse fœmina, in qua etiam error juris (scilicet non naturalis) toleratur & excusatur. Huic equidem lucrum non conceditur, ex quo si quid ei donatum fuerit à viro, fisco vindicatur, sed à damno liberatur: & consequenter dotem quam dedit, ipsa repetet; itaque in his terminis fallit, quod hic dicitur, non esse locum exactioni dotis seu pecuniæ eius quæ pro dote data fuit. Idque probatur diserte ex *d. l. 4. C. de incest. nupt.* ubi quæ utrinque data sunt vendicantur fisco exceptis & fœminis & qui errore acerrimo (quod propter viros præcipue dicitur) non affectato, neque ex levi causa decepti sunt, aut ætatis lubrico lapsi. Atque ita accipienda est *l. 1. Cod. de condict. ob caus.* ubi quod pro dote datum est condicitur: & in *l. ult. de condict. sine causa*, ubi mulier repetit dotem, quam avunculo nuptura, scilicet errore juris, in dotem dederat, & huc pertinet *l. si voluntate 7. Cod. de donat. inter vir. & uxor.* qua uxori, scilicet innocenti & quæ excusatur, datur etiam condictio eius quod marito putativo donavit, quod alias & ipsum fisco vindicatur, ubi quis donavit sciens matrimonium esse illegitimum; de quo casu scientiæ præter hunc locum etiam accipiendi sunt textus in *l. inquit. 38. §. 2. & l. dote 61. de ritu nupt.* Quibus locis dos dicitur fieri caduca, id est, juxta perpetuum usum iuris, fisco vindicari. Ceteroquin ubi præsertim prohibitio est mere juris positivi, & fœmina in errorem inducta & persuasa fuit, tantum abest, ut dos fiat caduca *l. un. Cod. de interdict. matrimon.* ut etiam quod à maritis putativis huiusmodi uxoribus relictum est, ipsis non auferatur, sed imo illæ jure id petere possint, ut docent *l. præfectus 63 in fin. de ritu nupt. l. 2. §. 2. de his quæ ut ind.* Itaque aut secus erit in hæreditate quam in legato, aut *l. un. in pr. unde vir & uxor.* itidem ut alii textus ad casum scientis mulieris erit referenda. Hinc repetit dotem quæ nupsit servo quem liberum putabat *l. 3. C. solut. matrim.* Sed sane facilius, quoniam iste est error facti, sicut & in *l. cum qui 18. C. de adult.* verum omnino hactenus ut ne amittat dotem mulier, idem est in errore juris positivi, & eiusmodi qui non directo est cõtra naturam & rationem, nam ignorantia facti hic procul dubio semper excusabit & masculum & fœminam. Veluti si quis cognatam suam & affinem esse ignoret; modo sit aliqua causa iusta ignorantiæ, & ut est in *d. l. 4. C. de incest. nupt.* nõ sit ignorantia affectata & dissimulata; Ceteroquin procedet quod est in *l. incesto 52. h. t.*

Et aliæ pœnæ patiuntur.] In magna diversitate delicti, ut notavimus ad pr. huius §. oportet & diversas esse pœnas. Et diversitas una pendet à qualitate juris prohibentis, an sit naturæ vel gentium, an mere positivum; veluti inter tutorem & pupillam, vel illius filium; inter præsidem provinciæ & subditam; Alia, an res perfecta & matrimonium consummatum sit nec ne; Alia diversitas est à scientia vel ignorantia; & hæc rursus juris vel facti; unde nascitur diversitas inter matrem & fœminam; itemque inter maiorem & minorem de quibus (nec enim ista prolixius explicare huius est loci) videantur textus in *l. qui contra 4. & 6. C. de incest. nupt. cum auth. seq. N. 12. l. un. in pr. C. si qua, prad. pot.* ubi irrogatur mulcta pecuniaria *l. pen. C. de Interd. matrim.* ubi est pœna infamiæ *l. cum qui 18. C. de adult.* ubi est infamiæ & insuper stupri pœna *l. si adulterium 38. in pr. §. 1. cum seqq D. eod. & ibi Bart. & alii Dd. Item gl. & Interpp. præcipue Ang. hic n. 3.*

TEXTVS.

14. Aliquando autem evenit, ut liberi, qui statim ut nati sunt, in potestate parentum non sunt, postea redigantur in potestatem patris: qualis est is, qui dum naturalis fuerat, postea curiæ datus, potestati patris subjicitur, nec non is, qui à muliere libera procreatus, cuius matrimonium minime interdictum legibus fuerat, sed ad quã pater habuerat consuetudinem, postea ex nostra constitutione, instrumentis dotalibus compositis in potestate patris efficitur. Quod & aliis liberis, qui ex eodem matrimoniõ postea fuerint procreati, similiter nostra constitutio præbuit.

COMMENTARIVS.

1 *Naturales liberi qui sint.*
2 *Turpes errores Fabri.*
3 *An naturales, sint cives.*
4 *Oblatio curiæ.*

5 *Decuriones.*
6 *De fictione retrotractionis.*
7 *An dotalia instrumenta necessaria.*
8 *Insubtilis Tribonianus.*
9 *Legitimatio per adoptionem.*

HActenus primus modus patriæ potestatis; Nuptiæ. Sequitur alter qui dicitur Legitimatio, quæ facit ubi liberi eo tempore quo nascuntur, illegitimi, post efficiantur legitimi, & in potestatem patris redigantur. quod Iustin. tertium hoc loco repetit, quoniam ut non semel monuimus, agit hic de causis patriæ potestatis.

1 *Qui dum naturalis fuerat.*] Quoniam liberi † naturales non sunt proprium objectum legitimationis, ante omnia videndum est, quinam in hac materia dicantur Naturales. Utiq; non sumitur hic eo sensu id verbum, quo in pr. tit. seq. Ubi naturales opponuntur adoptivis & significant ex iusto matrimonio natos. Existimo naturales liberos (dum intelligimus extra nuptias natos) appellari & considerari & ratione patris & ratione matris; hac consideratione omnes etiam ex scorto, etiam ex incestu nati sunt naturales liberi, quandoquidem etiam vulgo quæsiti liberi matri succedunt, de quo dicemus *inf. l. 4.* Intuitu patris puto naturales dici duorum generum liberos alteros qui sunt susceptι in servitute, alteros qui nati sunt ex concubina. Illi ut recte ita dicantur, hæc ratio facit, quoniam per servos non stat, sed per ipsorum statum, quominus legitimum contrahant matrimonium; & de his sunt textus in *l. Lucius* 88. §. *Dama* 12. *de legat. 2. l. ex facti.* 17 § *si quis* 4. *ad SC. Treb. l. omnis* 17. §. 1. *qua in fraud. cred. l. 4. C. de interd. matrim.* Hos quoque & ex concubina scilic. susceptos recte naturales patri liberos dici, ista solida ratio facit, quod concubinatus conjunctio fuit LL. permissa, & quæ per LL. nomen assumpsit, ut erit ICtus in *l. 3. §. 1. de concub.* & cum in *d. l.* 17. §. 4 *ad Trebell.* ICtus dicat, voluntatis esse quæstionem de qualibus liberis naturalibus senserit testator, efficitur, plures esse species liberorum naturalium relatorum ad patrem; quod enim *Fab. in Iurisprud. sua ad hunc tit. de nupt. princ. 2. Illat.* 1. ea verba Triboniano adscribit, solens suo more, id est inepte, & impudenter facit. Has ego duas species facio liberorum qui patri naturales dicuntur; nam ceteri qui ex illegitimo coitu, stupro vel etiam sub velamento matrimonii, sed legibus interdicti nati sunt, ex propria ratione patri naturales liberi non dicuntur; quoniam lex improbat talem conjunctionem: itaque hactenus habentur illis similes, qui ex scorto nati sunt, & patrem non habent, ut notavimus paulo ante *ad § praced.* Id ita ex dispositione juris & intuitu effectuum, de quibus ante diximus; Ceteroquin dum rei veritatem consideramus, quod utique ex isto patre nati sunt, non inepte aut absurde dici potest ille pater naturalis, quomodo etiam dicitur in *l. adoptivus* 14. §. 2. *in fin. de ritu nupt.* quem locum rursus *A. Fab. iam d. tract.* impudenter imperito interpreti adscribit. Hos autem liberos qui matri tantum naturales sunt, constat, non esse objectum legitimationis. Constat & hoc eos esse objectum legitimationis, qui sunt nati ex concubina non autem qui ex scorto, ut male Theoph hic, quin contra *Dd. in l. pen. de concub. p. ff gl. ibid.* quam refert & probat *Christoph. in princ. inf. de adopt.* requirunt, ut fœmina sit habita in domo in figura matrimonii; Ceteroquin si quis ex fœmina extra domum, vel etiam in domo ex famula susceperit liberos, negant legitimationi esse locum; cuius tamen contrarium observat usus. Sed an etiam obiectum legitimationis sunt susceptι in servitute? Nusquam horum mentionem fieri videas omnibus illis loci, qui tractant de legitimatione; ut *t. t. Cod. de natur. liber. Nov.* 12. *Nov.* 74. & *Novell.* 89. Et si modo affectus conjugis fuerit in servis, melior eorum conditio videtur fuisse quam natorum ex concubina, cum iis Iustinian. etiam jus succedendi, & quidem cum legitimis liberis concedat, *infr. libr. 3. de Servil. cognat.* Ubi dicemus. Causam autem constitutionibus novis (nam jure Digest. nihil de legitimatione legimus) de legitimandis liberis ex concubina natis illud dedit, quod & concubinatus LL. permissus & consequenter pater certus erat. Qua in re & rideo & 2 miror stolidum judicium Fabri, † qui omnium liberorum extra conjugium natorum eandem fecit conditionem; & eo insaniæ provehitur *ad hunc tit. in Iurisprud. sua, prin. 2. illat. 1.* ut scribat liberos etiam ex concubina natos, esse sine patre, & proinde monstra & vix homines, & (quod idem repetit) qui jure pro hominibus non habeantur. Facetus homo; quasi non certo quodam respectu dicantur esse sine patre, qua ratione ipse stolide utitur, & quid scilic. homines esse non possent, qui carent patre, nimirum forte ex vento quodam concepti, ut de equarum quodam genere fabulatores tradunt. Et n. falsissimum est insuper, quo lex concubina nati jure nostro usquam dicantur esse sine patre. Et porro stolide ne- 3 gat † eos esse cives, abusus verbis Iustin. in *N.* 89.

Digitized by Google

in fr. quib. intelligit ante Conſtantinum nihil depoſitum fuiſſe de his liberis, circa jus capiendi aliquid ex bonis patris. Et cum toties Faber arguat & accuſet imperitiam & errores Triboniani, hic ipſe tantum tribuit verbis obiter prolatis, ut ea ſcribat, quæ omnem ſuperant ſtultitiam, quibus fatuitatib. non confutandis, ſed exſibilandis proprium deſtinavi locum Jam conſtituto objecto legitimationis pergamus in textu noſtro.

Poſtea curia datus.] Hic eſt primus modus legi-
4 timationis. Oblatio † & datio curiæ. Lapſus eſt Accurſus, qui ignoratione veteris Reipubl. & antiquitatum, intelligit aulam principis. Decuriones in coloniis & municipiis erant conſilium publicum & ſenatus, Inde ita dictos refert *Sigon. lib. 2. de antiq. inr. Ital. cap.* 4. quod ex iis
5 qui in coloniam deducebantur, † decima pars in conſilium publicum allegebatur. Is ordo equidem oneroſus, ſed nihilominus & honorificus erat, & eum *Cicero in orat. pro Celio* videtur appellare ampliſſimum, ſcil. non ex ſe & abſolute, ſed in municipio vel in colonia; quamvis non ſupremus fuerit honor, nec in illis civitatibus quidem, quippe cum priores eſſent duumviri, qui quaſi conſules repræſentabant. Ne longius hinc abeamus; Cauſam huiusmodi legitimandi recte Hottom. notat fuiſſe inopiam Decurionum, & quod principale eſt onera ſatis gravia quæ incumbebant decurionibus; qua gratia illi omnibus modis liberari ea functione ſatagebant, ſed contra machinationes illorum plurimæ conſtitutiones Impp. factæ ſunt & in *C. Iuſtin. l.* 10. & plures adhuc *in Cod Th. lib.* 12. *tit.* ut vid. & ipſi, & liberi eorum (niſi ceteris modis eximantur.) conditione iſti maneant obnoxii & ad eandem ſi eam defugere tentaverint. omnibus modis retrahantur. Hac de cauſa conſtitutum fuit, ut filius naturalis legitimus eſſent, ſi à patre curiæ offeretur, & ita muneribus municipalibus manciparetur, quæ nimirum gravia ſatis ordini decurionum incumbebant *l.* 3. *Cod. de nat. lib. & l.* 4. *eod.* ubi verba *municipalibus muneribus aggregare velit*, ſignificant, velle filium facere decurionem; idque appertiſſimum eſt ex eo quod mox *donare patriæ principalem*; decuriones enim hoc nomine denotantur; quod non intellexit Faber, & ſæpe iam citato loco indocte inde concludit, naturales liberos ex concubina nec in municipiis eſſe cives; quaſi *muneribus municipalibus aggregare* ſignificaret, *facere municipem:* de quo modo legitimandi latius agit Iuſtin. *Nov.* 89. *cap.* 2. *& ſeqq.* Illud adnotandum in filiabus quoque naturalibus eſſe locum huic legitimationi, ſi ea curiali elocentur iuxta *d. Nov.* 89. *& d. l.* 3. *inf. C. de natur. lib.*

Nec non is qui à muliere libera procreatur.] Hic eſt ſecundus & optimus legitimationis modus per ſubſequens matrimonium cũ concubina, ex quo ipſo neceſſario efficitur, quod hic requirit Juſtinian. ut concubina ſit talis perſona, cuius matrimonium legibus non ſit interdictum; Cæteroquin non poſſet illa in uxorem duci, nec adeo iſti legitimationis modo eſſet locus. Id hodie ſublatis prohibitionibus ob dignitatem liquido procedit: nam olim proculdubio poterat libertina eſſe in concubinatu ſenatoris, quæ tamen ei nupta eſſe non poterat. Addendum & hoc, ſatis eſſe ut fœmina poſſit eſſe uxor, licet propter aliquod temporale impedimentum non poſſit, quo tamen etiam durante poſſit eſſe in concubinatu, veluti fœmina provincialis, iuxta *l ult. de concubinis.* Videri poſſit hanc ſpeciem legitimationis & hanc cauſam patriæ poteſtatis eſſe eandem cum prima, quæ per Nuptias conſtituitur. Sed nimirum hic effectus nuptiis accedit extrinſecus, nec hoc nuptiæ ex ſe habent, ut efficiant legitimos qui ante nati ſunt, ſed habent beneficio Legis, quæ hoc dedit nuptiis. Alii liberi ſunt legitimi & in poteſtate qui ex nuptiis nati ſunt; hi per nuptias legitimi facti ſunt. Et
6 quod aliqui aſſerunt, hunc eſſe effectum † legitimationis, ut liberi ante nati ita ſint legitimi, ac ſi nunquam fuiſſent illegitimi, ſed cenſeantur eſſe legitime nati, ita nimirum ut tempus nuptiarum retrohatur ad tempus quo nati fuerunt: quod inquam, ita affertur, non eſt veritatis, ſed fictionis, & inſuper non eſt fictio jure recepta & proditi, ſed fictio cerebri illorum eſt, & verius, ſola poteſtate Legis cenſeri legitimos illos liberos, & hoc vel ex argumento quod juxta *N.* 49. *c.* 11. legitimatio tantum operatur volentibus & conſentientibus liberis: quod omnino repugnat fictioni retrotractionis, qua admiſſa, perinde ac ſi liberi eo matrimonio nati eſſent, fieri non poſſet, ut non omnimodo liberi eſſent in poteſtate.

Dotalibus inſtrumentis compoſitis.] De jure Canonico 7 conſtat iſtud ad eſſentiam † legitimationis neceſſarium nõ eſſe. De jure civili requiri neceſſario communior eſt opinio, à qua pauci receſſerũt, quos ego ad *Tveutl. part.* 1. *diſp.* 2. incaute & imprudenter ſecutus ſum, quam meâ ſententiâ retracto, & improbo. Cum aliis, uſus ſum duobus argumentis, quibus videtur confirmari: dotalia inſtrumenta neceſſaria non eſſe. 1. Quia utique matrimonium perfectum ſit loco conſenſu, citra dotem & citra

citra instrumenta ; posito autem matrimonio, quod est legitimationis causa, difficile videtur, negare effectum. 2. Quod alias sequeretur natos ex concubina paupere quæ dotem dare non potest, hoc modo non posse legitimari. Illud prius argumentum sane speciosum est , &c. Habet colorem; sed posterioris me pœnitet pudetque, & ut ab hoc incipiam , est id planissime ineptum ; siquidem dotalia solent dici instrumenta , quoniam frequentissimum est , in nuptiis contrahendis intervenire & dari dotem ; itaque hac appellatione usus est Justin. qui casum aliquem singularem concubinæ extreme pauperis , quæ nec à se nec aliunde dotem conficere possit , non cogitavit. Ceteroquin in genere dicentur instrumenta nuptialia ; quomodo etiam confusim Justin. nuptialia & dotalia instrumenta appellat , in *l. cum quis* 10. *Cod. de natur. lib.* Et tantum nuptialia *in §. 2. infr. de hared. ab int. N. 47. in pr.* Et nimirum Justinian. voluit intervenire instrumenta ; Idque (ut hinc refutem prius argumentum) pluribus in locis , quam ut id bona fide negari , aut citra cavillationem argumentum istud removeri possit; nimirum & hoc §. (in quo & ceteris locis fere utitur duobus absolutis ablativis , qui inducunt necessitatem) & pariter requiruntur instrumenta dotalia , sive nuptialia in §. *sui autem 2. vers. nec non eos infr. de hared. ab int. in Nou. 12. cap. vlt. Nou. 28. cap. vlt. Nu. 74. in prin. N. 89. cap. 8. l. cum quis 10. & 11. Cod. de natur. liber.* Et quod solidum argumentum præbet , nullo loco de hac legitimatione tractat Justin. ut non meminerit instrumentorum dotalium ; Et proinde vitiose respondetur , non requiri instrumenta dotalia de necessitate, sed saltem si quis tutius contrahere velit , tanto magis de matrimonio constare possit. Quæ responsio & alio solido argumẽto convellitur. Quod quæ ratio est aliorum casuum , quibus dotalia instrumenta requirit Justinianus , eadem est ratio hujus casus quem tractamus. Atquin alsis quibusdam casibus ita requiruntur Instrumenta ? ut omnino sint de necessitate. Ergo , &c. propositio major hinc confirmatur , quod nulla potest dari diversitatis ratio inter istos casus , cum ubique pariter & eodem modo instrumenta dotalia requirantur. Minor confirmatur ex *l. Imperialis* 23. §. 1. *in fin. C. de nupt.* ubi in nuptiis cum scenica requirit Iustin. ut omnimodo dotalia instrumenta conficiantur, id est, ut modo explicatũ, nuptialia ; neque enim paupertas ejusmodi fœminæ , quæ dotem dare nequeat, impedimento erit nuptiis. Et in §. 5. *d. l.* 23. *inf.* de filiabus mulieris scenicæ , *ut tamen omnimodo dotalia instrumenta conficiantur.* Et in *auct. maximus C. eod. tit.* de nuptiis illustrium , qui non nisi cum dotalibus instrumentis conficiant nuptias ex *N.* 117. *c.* 4. & *eadem N. c.* 6. differe opponuntur hi duo modi , contrahere nuptias cum talibus instrumentis , & solo consensu & affectu sine instrumentis. Nec movere potest , quod dotalia sive nuptialia instrumenta tantum pertinere ad probationem videntur , ut docet *d. l.* 23. §. 3. *C. de nupt.* & proinde non videantur esse de substantia actus : Etenim tum negatur , quod ad solam probationem exigatur , tum & hoc respondetur , quod quædam quæ natura sua tantum ad probandum directa sunt , possint per legem fieri essetialia actus: veluti cum placuit ut in scriptis contrahatur *l. contractus* 17. *C. de fid. instrum.* nec potest negari , quin testes quinquè in codicillis, imo & in testamentis septem testes , utcunque etiam sint solennitatis, pertineant ad probationem : nec enim alia causa tot testes requiruntur , quam ut omnis suspicio fraudis & doli excludatur , & de voluntate defuncti liquido constare possit: Et tamen ille numerus testium est de essentia ultimæ dispositionis. Et hæc est potestas legis ut aliquid addere possit actui, quod ad ejus essentiam alias non pertinet. Et hic non agitur de simplici matrimonio contrahendo, sed effectu speciali legitimationis , quem matrimonium non ex se sed autoritate legis operatur, quæ hanc solemnitatem instrumentorum voluit accedere. Addo denique hanc causam , ob quam requirantur instrumenta, quoniam nisi ex iis satis certo & liquido & perpetuo constare vix potest, an & qui liberi sint legitimati, siquidem per *N.* 89. *c.* 11. soli qui volunt legitimantur : id quod instrumento omnino inseri oportet : Et per hæc puto satis confirmatam communem opinionem , quæ statuit, jure civili ad legitimationem requiri dotalia instrumenta.

Quod & alii liberi.] Ait, constitutione sua præ- 8
bitum hoc quoq; esse ut legitimi sint, qui ex † eodem matrimonio post fuerunt procreati. Quid quid etiam hic defendere velit istam lectionem & sententiam *Alber. Gent. dial. 6. de Interpp. Iuris* , attamen nimis quam crassa fuerit hæc dubitatio, an liberi post nuptias tam solemniter contractas , & haud dubie justas nati , sint legitimi , cum utique ex justo matrimonio sint nati. Neque enim reperitur hoc ulla constitutione ad quam hic provocat. Iustin. propositum aut definitum : cujusmodi etiã. sanctio supervacua & inepta esset , si quæ disponeret, ut liberi ex legitimo & justo matrimonio nati

Digitized by Google

sint justi & legitimi. Itaque sane non ineptum est, quod Hottomannus ita censet legendum, *Quod etsi nulli alii liberi ex eo matrimonio nati fuerint &c.* De hoc dubitatum nimirū fuit, an legitimatio obtineret effectum suum, si ex nuptiis contractis post nulli nascerentur liberi initio legitimi, vel nati morerentur: ut expresse scribit Iustinianus, & hanc controversiam decidit in *l. nuper 11. C. de natur. liber.* quod nihilominus liberi naturales sint legitimi & maneant. Ex quo obiter noto confutari opinionem eorum cujus paulo superius meminimus, quod legitimatio hæc fiat per fictionem retrotractionis, ita ut liberi naturales ab initio semper liberi & tamquam ex legitimis nuptiis nati reputentur. Hac enim fictione nusquam isti dubitationi fieri potuisset locus: nec Justinianus in *d. l. 11.* in hac fictione decisionem fundat, sed simpliciter disponit: hoc addito colore, quod liberi naturales causam dederint nuptiis, ut posteriores etiam legitimi fierent. *junct. l. 11.* ubi ita disputat, quasi potiorem faciat liberorum legimatorum conditionem, quam eorum qui post nuptias nati sunt: ex quo forte vulgata lectio capere posset colorem, sed non excusari ab insulsitate, quia ipsa in *d. l. 10.* Justiniani disputatio laborat: & istam lectionem vulgatam diserte etiam expressit Theoph. hic. Est autem retenta lectione vulgatissima, alia quoque explicatio hujus loci, admissa levissima mutatione. Nimirum *Muretus lib. sing. obs. iur. c. 11. pro. quod & aliis liberis* putat legendum, *quod EI aliis liberis* ut per Græcis dum (qui modos loquenti frequentissimus est Triboniano peritiori linguæ Græcæ quam Latinæ) hoc dicere voluerit Iustinianus, quod liberi ante nati per sequens matrimonium itafiant legitimi, ut iis qui ex justo matrimonio suscepti sunt. Ei similiter aliis, Græci, ἐκείνοις τοῖς ἄλλοις. Ista ad hunc §.

Breviter annoto esse & tertium modum legitimandi per rescriptum principis, sed illum subsidiarium tantum, ubi ex certis causis & impedimētis legitimari per subsequens matrimonium liberi non possunt, de quo late *Iustinianus in N. 74. c. 2. & N. 89. c. 9. & 10.* de quo pluribus agere non libet, quod hujusmodi nulla sit in § nostro mentio: hoc saltem addo, legitimationes quæ dicuntur liberorum hodiernas, quæ etiam mortuis parentibus naturalibus impetrantur, & sæpe etiam veris spuriis indulgentur, non tam legitimationes proprie dictas, si hæc res ad rationem juris nostri exigatur, quam dispensationes & concessiones pure gratiosas esse.

Denique & illud attingendum, quod olim legi- 9 timatio † contingebat per adoptionem, ut apparet ex *l. legem 7. C. de natur. lib.* ubi Iustin. Imperat. eum modum tollit: cujus constitutionem etiam probat *Iustin. in N. 74. cap. 3. & N. 89. cap. 11 §. 2.* Cur autem eum modum castitati adversari dicat, ego non intelligo: cum ipse & per subsequens matrimonium & per rescriptum principis legitimari permiserit. Nam Iustin. ideo hunc modum sustulit, ut subditos omnes ab illicitis coniunctionib. abstraheret: Ita enim ait, In posterum sciant omnes, legitimis matrimoniis legitimam sibi posteritatem quærendam: quibus verbis omnem quasi spem legitimationis præcidit. At vero, ut jam diximus, Iustin. facultatem legitimandi ampliavit; nec proinde erat, cur tantopere modum illum legitimandi per adoptionem improbaret.

Ut unum ex altero occurrit: putat Cujacius in *N. 117.* alium per *d. N. cap. 2.* à Iustin. introductum esse legitimandi modum: si quis aliquem ex concubina natum in Instrumento appellaverit filium suum. Sed non obscure fallitur Cujacius: quoniam ille locus pertinet ad casum, quo non constat, esse concubinam: cum illo tempore pleraque matrimonia privatim solo affectu contraherentur. In dubio itaque ex istiusmodi nominatione præsumimus matrimonium fuisse contractum. cum pro hoc præsumendum esse in dubio, ratio suadeat: idque ex eo evidens est, quod juxta *d. N. 116. cap. 2.* si quis ita unicum tantum filium nominaverit, cum plures ex ea conjunctione haberet, omnes legitimi habentur, scil tamquam ex matrimonio nato.

AD TITVLVM XI.

LIBRI PRIMI INstitutionum,

DE ADOPTIONIBVS.

TEXTVS.

1. Non solum autem naturales liberi secundum ea quæ diximus, in nostra sunt potestate, verum etiam ii quos adoptamus.

Com-

Digitized by Google

COMMENTARIVS.

1 *Adrogationis modus & n. 3.*
2 *Vnde dicta.*
3 *Adoptionis modus.*
4 *Lege agere quid ſit.*
5 *An apud magiſtratus municipales.*
6 *An apud delegatum.*
7 *Obiectum adoptionis.*
8 *Effectus.*

POteſtas patria duplicem habet cauſam, naturam & legem. Lex ſola operatur, non nuda ſui poteſtate, (ut alias dicimus ipſo jure quid fieri) ſed per certos modos, veluti per adoptionem, in ſpecie dictam & arrogationem. Poteſt autem homonyme dici: Legem ſolam operari, & non uno modo. Nam legitimatio per reſcriptum, & curiæ oblationem etiam ſunt ſolius legis, ſed eatenus concurrit natura, quod hæc tantum habeat locum, in liberis quos quis ex concubina ſuſcepit: ceterum adoptio eſt eorum qui nullo modo nobis liberi ſunt. Sed ſane quid illi liberi ſunt, non propterea facit ut in poteſtate ſint patris, de qua hic agitur: itaque hic effectus totus eſt à poteſtate legis. At vero cum matrimonium juris gentium ſit, & ipſa poteſtas patria, recte hactenus dicimus liberos ex uxore natos quodammodo natura eſſe in noſtra poteſtate: licet aliter forte dicendum ſit iuxta §. 2. *ſup. de pac. pot.* & attenta illa poteſtatis Romanæ conditione, quæ mere eſt à jure civili. Ita & hic poteſtas patria fuerit à lege, ſed mediante actu qui utiq; in ſe juris gentium eſt, & nimirum, matrimonio. Sed hæc levia ſunt: Dicimus porro adoptionem ex lege eſſe: non ut propterea Romanis omnino proprium faciamus adoptionem. Nam & Moyſen à filia Pharaonis adoptatum traditur *arg. cap. 2. Exod.* & Theſeum ab Ægeo (cuius tamen naturalis filius erat) adoptatum ſcribit Plut. παῖδα αὐτὸν θησέα τὸν Αἰγέως.

Naturales liberi.] Ad finem *tit. præced.* monuimus, intelligi hic natos ex matrimonio: *l. 2. §. liberi C. ad SC. Tertyl.* quomodo & legitimi naturaque parentes dicuntur dum opponuntur adoptivis *l. adoptivum D. de in ius voc. §. admonendi 13. eum §. ſeq. infr. de hered. ab int.*

TEXTVS.

2. Adoptio autem duobus modis fit: aut principali reſcriptò, aut imperio magiſtratus. Imperatoris autoritate quis adoptare poteſt, qui quæve ſui juris ſunt: quæ ſpecies adoptionis dicitur adrogatio; Imperio magiſtrat. adoptamus eos eaſve, qui quæve in poteſtate parentum ſunt: ſive obtineant primum gradum liberorum, qualis eſt filius, filia: ſive inferiorem: qualis eſt nepos neptis, proncpos proneptis.

COMMENTARIVS.

PRæmittenda erat definitio adoptionis, quæ nihil aliud eſt, quam legitima alicuius in filium adſumptio. Valde abuſive & improprie deſcribit *Caius 1. Inſt. 5.* eſſe ſimilitudinem naturæ ut aliquis filium habere poſſit, quem non generavit. Rectius Theophilus πρόξενος ἐμὲ μιμεῖσθαι τὴν φύσιν, ὅτε τοὺς παῖδας ἐκ τῶν γάμων ἐποιεῖτο. Quibus verbis poſteriorib. eleganter innuitur cauſa finalis adoptionis, ut per legem habere poſſint liberos, quibus cauſa quæ liberos invidit: veluti ſi uxor ſterilis, liberi mortui degeneres. Hoc §. proponitur diviſio. Iſtud vulgatum eſt, plures eſſe res, quam nomina rerum *l. natura 4. de præſer. verb.* itaque ſæpe unum itemq; verbum plures res ſignificare: quod cum variis modis, tum hoc etiam accidit, ut unum verbum fungatur vice generis & ſpeciei: quale nomen eſt culpa, quod in genere acceptum etiam cõprehendit dolum, à quo alias tamquam diverſa ſpecies diſtinguitur: tale nomen eſt cognatio, ut dicemus *infr. hoc lib. tit. 15.* Ita notant Dd. nomen pacti modo in genere, ut comprehendat omnem conventionem, modo in ſpecie, ut tantum nudum pactum uſurpari: Idem notant de verbo jurisdictionis, quæ cum in ſpecie ad civiles cauſas pertineat, in genere tamen ſumpta, & imperium merum contineat. Tale nomen eſt adoptio, quod dividitur in adrogationem, quæ & hic & plurimis locis adoptio dicitur, & in adoptionem in ſpecie dictam: Et de utriusque ſpeciei natura diſtincte agendum eſt: quæ explicatur h. t. expoſitis iis, in quibus utraque aut convenit aut diſcrepat.

Prima differentia eſt à cauſa efficiente juxta hunc §. ubi primo omnium notandum cauſam veterem adrogandi mutatam eſſe. quod olim autoritate populi, poſt principis adrogatio facta eſt, ut mox pluribus. Adoptio in ſpecie ut olim, ita hodie fit imperio & autoritate magiſtratus ſc. inferioris: ceteroquin & princeps magiſtratus eſt: ſed quia in principe ſunt iura maieſtatis, & magiſtratus fere juris dicundi cauſa apud Romanus cõſtitutus fuit, fit, ut princeps recte magiſtratui opponatur.

Cete-

Ceteroquin licet adoptio hodie hactenus habeat eandem cauſam efficientem: tamen ratione formæ & modi hodie longe differt adoptio à veteri, ut mox dicemus: Et primum dicamus de adrogatione. Cur in ea non ſufficerit autoritas nec olim nec hodie ſimplicis magiſtratus, hæc ratio eſt, quia homo ſui juris ſe dabant in poteſtatem alienam, & quaſi in ſervitutem, ſi conſideramus veterem in liberos poteſtatem: nec videbatur jus eſſe civi ſui juris, ſtatuendi de capite quaſi ſuo iniuſſu populi, adoptio autem fiebat jure poteſtatis patris, qui ſuo jure filium ſuum intervenientе autoritate v. c. prætoris in poteſtatem alterius transferebat. Et quod ad veterem adrogationem, illa olim fiebat rogatione ad populum & quidem curiatis comitiis. Creatio magiſtratuum fere omnium juxta inſtitutum Servii Regis fiebat comitiis centuriatis: pleræque LL. ferebantur ad populum comitiis tributis, pauciſſima erant quæ fiebant comitiis curiatis, quæ Romulus populo in Curias diviſo inſtituerat. Inter ea erat delatio militaris Imperii: & ſcil. Conſules & alii magiſtratus in provincias & omnino ad bellum exituri legem de Imperio ſuo ad populum ferebant, curiatis comitiis, quod innumeris locis Livii probatur: ſuper adrogatione quoque lex curiata ferebatur: Cur iſta fere tantum relicta fuerint comitiis curiatis mihi non liquet. Id ita ſe in adrogatione habuiſſe probatur ex *Gellio 5. cap. 19.* & perſpicue ex *Cicer. in orat. pro domo*, ubi exagitat adrogationem Claudii: Sueton. in Auguſto c. 65. Nepotem, inquit, Agrippam & privignum Tiberium adoptavit in foro lege Curiata. Et illis locis nominatim exſtat formula rogationis ad populu n, *Velitis, iubeatis, Quirites, ita eum eſſe filium, ac ſi ex ipſo* (ſc. adrogare) *& matre fam. eius natus eſſet*: & nominatim hoc adiectum, ut in eum ſcilic. arrogatum eſſet ius vitæ & necis, iamd. oratio Ciceronis oſtendit. Et quoniam ita homo ſui iuris in poteſtatem alienam tranſibat, neceſſum erat, ubi ipſe adrogatus in hanc rem auctor fieret, ut rurſus Cicero ſcribit, & *Gell. d. loco*, qui hinc eſſe teſtatur, quod impubes quem veſtiem dicebant, non poſſet arrogari, ſed tantum veſticeps, pubes: quoniam ille cum ſub tutoribus eſſet, autor in hanc rem propter ætatem fieri non poterat, nec hoc jus erat tutoribus, ut caput liberum (ita appellat Gellius) in alienam traderent poteſtatem. Itaque neceſſum erat adrogandum publice in comitiis interrogatum, autorem fieri & annuere: nec minus & eum qui filium ſibi arrogaturus erat, oportebat publice hoc conteſtari: idque eſt quod ſcribit *Gaius in l. 2. §. 1. h. t.* & eum qui adoptat adrogari, velit eum ſibi filium eſſe, & eum, qui adoptatus, ad hoc fieri patiatur: ubi etiam ſcribit, ex hoc adrogationem appellatam eſſe: quod & ſive idem, ſive alter Caius ſcribit *h. t. lib. 1. §. 1.* Eamque notationem ita explicat Hottom. hic, dictam fuiſſe adrogationem, quod præter rogationem ad populum latam, inſuper pater & filius futuri rogabantur: quomodo verbum adrogare, per adjicere uſurpari videtur in *l. 4. de pœn.*

2 Verum id † mihi non ſatis convenire videtur, quod poſt, rogationem ad populum latam demum adoptaturus & adoptandus fuerint rogati: ita enim futurum erat, ut populi approbatio ſecundum rogationem ſecuta, inutilis eſſet, ſi hi quorum conſenſus omnino neceſſarius eſt, poſt non fierent autores: itaque veriſimile eſt horum rogationem & reſponſionem præceſſiſſe: inde rogationem ad populum latam fuiſſe. Hæc omnino pro Etymologia huius verbi conjungenda: nec audiendus *Alciat. 9. parerg. 5.* dum improbat notationem *Cuj in d. l. 2.* & eam omnino dictam vult, à rogatione ad populum lata: Hoc enim ſenſu omnes leges ad populum latæ adrogationes dicendæ fuerint, ut recte hic notat Hottom. Atque in

3 hunc † modum fiebat adrogatio olim per populum, cuius jure translato in principem, hic adeundus & eius reſcriptum deſuper impetrandum erat. Ab hoc factum eſt, ut fœminæ quoque poſſent arrogari per reſcriptum Linam *& 21. h. t.* quæ ante non poterant, ut eſt apud *Vlpian. tit. 8. de adopt. §. 4.* quia ius comitiorum non habebant. Hoc autem, ut per reſcriptum fieret adrogatio fœminarum antiquum eſſe docet exemplum, quod mox ſubjicio ex *Plin. 8. Epiſt. 18.* Hottom. tamen, ut adrogatio per reſcriptum fieret, primum ſub Diocletiano cœptum putat, ſed leviſſimo argumento ex *l. 2. de adopt.* neque enim tum primum hoc jus principis factum ullo modo inde colligi poteſt: & prorſus improbabile eſt, quod 300. annis quibus Rom. Reſp. ſub Impp. fuit, populus illud ius retinuerit: cum imo conſtet Tiberium ſuffragia populo ademiſſe: Niſi quis exiſtimet relictum hoc populo, in quo nulla pars adminiſtrandæ reipub. conſiſtebat, & ſane *Vlpianus in fragm. tit. Inſt. 8. de adopt.* ſæpius repetit, arrogationem fieri per populum, & Romæ tantum: & ſimpliciter arrogari apud populum ſolitum ſcribit *Gell. 5. cap. 19.* qui poſt diu occupatam à Cæſaribus Rempub. vixit: Sed contradicit, quod *Plin. 8. Epiſt. 18.* meminit puellæ ſui juris adoptatæ, id eſt, adrogatæ. Et hoc factum reſcripſit princeps, quia ut iam diximus, in comitiis non poterat. Item contradicit, quod *Gaius in l. 2.*

§. 2. h. t.

§. 1. *h. t.* pariter adrogationem fieri dicit principis autoritate. An Ulpianus loquitur juxta veterem morem ? An præcedebat principis autoritas, sequebatur populi rogatio ? An utroque modo per principem & per populum fieri poterat? aut an sive Ulpiani locus, sive *Caii in l. 2. h. t.* corruptus vel interpolatus est : Ego in medium relinquo. At num quid etiam adrogatio testamento fieri potuit? Sueto. *in Cæs. c.* 83. (ubi de testamento Cæsaris) Caium Octavium in familiam nomenque adoptavit: & jam ante *Cicer. in Bruto*, sive *de clariss. orat.* Quid Crassum, inquam, illum censes, istius Liciniæ filium Crassi testamento qui fuit adoptatus ; Apparet intelligi adrogationem eorum qui erant sui juris : at enim in mortuo nullus amplius effectus potestatis patriæ. Sed tamen effectus fuit nominis & familiæ: sed ut puto, ut ista esset magis designatio , & quæ lege curiata comitijs esset confirmanda. Ita enim *Dio.* cum *lib.* 44. scripsisset, testamento Cæsaris adoptatum Octavium : *& lib.* 45. quod nomen Cæsaris assumpserit, demum *libr.* 46. scribit in hæc verba: ἐς τὸν τοῦ Καίσαρος οἶκον καὶ τὸ ὄνομα ἐποιήσατο, καὶ διὰ τοῦτο καὶ τὸν ἐπίκλησιν μετέσχεν: Et addit eum quidem & ante usurpasse nomen Cæsaris, sed non constanter , nec utique πρὶν δὴ καὶ ὁ τοῦ πατρὸς τὸν ἐσεβάσατο. Intelligit procul dubio Lege Curiata confirmatam adoptionem: Ita & *Appian. j. bell. civ.* de Octavio ὁ δὲ μετὰ τοῦτο τοῦ πατρὸς Καίσαρος, malim Κυρίου, quia significat Legem Curiatam.

Videamus jam de adoptione in specie dicta: Ea fiebat autoritate patris qui in potestate habebat, itaque cujusque ætatis , etiam infans poterat adoptari *l. etiam* 42. *h. t.* Sufficit enim non expresse contradici *l. 5. eod.* & pater autor fiebat. Hinc nec olim lege curiata , nec post adito principe opus , sed sufficiebat autoritas magistratus infra principem. De hac ita scribit *Gellius d. cap.* 19. *lib.* 5. Adoptantur , inquit , cum à parente in cujus potestate sunt , tertia mancipatione in jure ceduntur , atque ab eo qui adoptat , apud eum, quem legis actio est, vindicantur. Quæ verba sunt explicanda. Diximus *sup. ad tit.* 9. §. 2. ex Lege Romuli patrem jus habuisse, ter vendendi filium, ita ut filius etiam semel iterumque venditus, in potestatem patris rediret, & demum tertia venditione ex ejus potestate exiret : quod postea in imaginarias venditiones mutatum , & ob id in emancipatione filij tres venditiones & totidem manumissiones necessariæ fuerunt, ut dicemus *ad tit. seq.* §. *præterea*. In adoptionibus autem non agebatur hoc ut filius sui juris fieret , sed ut ex potestate patris exiret in alienam. Itaque ut illud fieret, opus erat tribus venditionibus & emancipationibus , ceteroquin in potestatem patris naturalis filius reversus fuisset : sed non interveniebant tres manumissiones : ceteroquin filius emancipatus prorsus & sui juris fuisset. Et igitur interveniebant tres mancipationes & duæ manumissiones, quod & diserte scriptum est in *Iust. C. de adoption.* Et ubi de emancipando filio agebatur , filius tertio venditus , tertio quoque manumittebatur Sed ubi adoptandus dabatur filius , tertium ita vendebatur & mancipabatur filius ei qui illum adoptabat, ut ipsi in jure cederetur , & hic filium tamquam suum sibi assereret & vindicaret , ut est apud Gellium *d. l. loco* , jure enim Quiritum jus vindicandi filium pater habebat *l. 1. §. 1. de rei vindic.* ad instar quodammodo servi , siquidem per venditionem ut dixi , filius ita in adoptivum patrem transferebatur : Facit ad illustandum, quod *Sueton.* scribit *in August. cap.* 64. Cajum & Livium adoptavit (Augustus) domi per assem & libram , emptos à patre Agrippa. Domi , non in foro ut paulo ante retulimus , ex eodem Sueton. *cap.* 65. factum circa Tiberium , quia illi erant in potestate patris : domi quoque apud se, cum ipse esset supremus magistratus , nec opus haberet adito prætore: siquidem hujusmodi actus voluntariæ jurisdictionis & alius magistratus apud se expedire potest *l. 3. h. t. l. & 2. de offic. prat. l. vn. de offic. consul.* Et iste erat ex jure Quiritum modus optimo jure adquirendi per cessionem in jure , ut docet *Vlpian. titul. 19. de dominis §. 1. & §. in iure 8 & §. seq.* ubi (quod omnino ad illustrandum Gellii locum facit,) In jure, inquit , cedit dominus , vindicatis, cui ceditur, addicit prætor : ex quo ut obiter dicam , firmatur quod *sup. d. titul. 9. §. 2.* diximus , jus potestatis patriæ in filium , per quam juri dominico simile fuisse. Cum itaque omnis cessio in jure fieret apud magistratum , & mancipatio tertia in jure fieret, sequitur exinde, apud magistratum faciendam quoque fuisse adoptionem sub id tempus , quo effectum , liberato filio à prioris patris potestate sumebat. At dixerit quis , cum ipsa mancipatio esset modus transferendi rem Quiritium jure , ut *d. titul. 19.* scribit Ulpianus , cui bono tandem, & cur fuerit necesse, insuper accedere alium dominii transferendi modum cessionem in jure, cum sufficere posset mancipatio tertia, quæ alias sola sufficit ad transferendum dominium jure Quiritium. Fortassis ob insignes effectus patriæ potestatis , & jura quæ in familia nova con-

ſequebatur adoptatus viſum fuit accedere debere autoritatem magiſtratus, ut apud eum finaliter res tranſigeretur : aut ſortaſſe poſtrema & tertia mancipatio facta fuit citra nexum, ita ut eam ſtatim ceſſio in jure & ab altera parte vindicatio conequeretur.

Additur apud Gellium ceſſionem in jure factam
4 † eſſe apud magiſtratum, apud quem eſt legisactio. Hoc quoque eget explicatione. Exſtat in *l. 2. §. deinde 6. de orig. iur.* compoſitas fuiſſe legis actiones, nimirum certas quaſdam & ſolemnes formulas, quibus ſuper quaque re cives apud magiſtratum experirentur, & neceſſaria quæque peragerent. Hinc dicimus apud magiſtratum lege agi, & apud magiſtratum eſſe legis actionem, ut apud *Gell. d. loco l. 4. h. l. 3. de offic. pro conſ.* eodemque ſenſu dicitur data eſſe alicui legis actio *l. 1. de offic. iurid.* quod vid. hoc ei conceſſum fit, ut apud eum ſolemniter & ex lege agi poſſit : & ſimul hoc ut poſſit jubere lege agere: ſiquidem non tantum partes litigantes ſed etiam lictores & exſecutores, adeo ipſe carniſex lege agere dicebatur : ut in notiſſimo illo apud Livium : Lictor viro forti adde virgas, & in eum primum lege age : adeo latius patet lege agere, quam uſurpatur in *d. l. 2. §. 6. de orig. iur.* ubi legis actiones dicuntur, quibus populus inter ſe diſceptaret. Et amplius ibi præcipue videntur intelligi actiones legis, quæ pertinent ad Iuriſdictionem contentioſam, id eſt, quæ exercetur in invitum, cum Reus citatur, & comparere cogitur, (aut in contumacem legitimis proceditur remediis) & damnatur : cuiuſmodi nihil accidit in actibus adoptionis, emancipationis, manumiſſionis, qui ob id dicuntur voluntariæ Jurisdictionis, quia nulla intervenit hic contradictio, ſed ii inter quos res agitur, conſentiunt. Et reſpectu huius duplicis iuriſdictionis exiſtimo dici plenam legisactionem in *l. 1. C. h. t.* ubi dicitur, apud eum poſſe adoptari, apud quem eſt plena legisactio : niſi quis intelligere velit, cognitionem omnium cauſarum civilium, quam qui habeat, apud hunc conſequenter etiam adoptari, & alia quæ dicuntur voluntariæ juriſdictionis,
5 expediri poſſe. Ex quo intelligimus † errare Accurſium, qui in *l. 4. D. h. t.* ſcribit etiam apud magiſtratus municipales & defenſores civitatum potuiſſe fieri adoptionem : neque id ullo modo probatur ex *N. 25. cap. 2. & cap. 6. §. 1.* neque ex *l. 2. C. de magiſtr. municip.* neque enim apud hoc magiſtratus erat plena legisactio. Animadverto Dd. hac ratione moveri, quod jure novo per *l. ult. Cod. de adopt.* ſufficit apud magiſtratum actis intervenientibus hoc conteſtari: magiſtratus autem minores quoque habent Acta *a. l. 2. C. de magiſtr. muni.* ſed vitioſa conſequentia eſt : forma enim mutata tantum eſt, cetera manent in diſputatione juris veteris : & oportet adoptionem apud ejus magiſtratus acta fieri, quales jure veteri deſiderabatur.

6 Alia quæſtio † eſt an iſtud poſſit delegari, ut apud mandatarium juriſdictionis fiat adoptio. Et video interpp. communiſſime : *gl. Ioh. Plat. Ang. Fabr. Porc. Mynſ.* in affirmantem ſententiam convenire, motos hac ratione, quod utique hodie non fit amplius opus decreto poſt *d. l. ult. C. de adopt.* Sed primo, cum jure veteri decreto opus fuerit, hactenus in eo quod expreſſe mutatum non fuit, ſequemur jus vetus. Tum ſecundo nimis aperta ignoratione juris labuntur, dum putant non poſſe emendare quæ per decretum expediuntur: ſiquidem per *l. quæcunq; 105. de R. I. iunct. l. 9. §. 1. de offic. proc.* non mandatarius, ſed judex pedaneus excluditur, de quo alibi tractatur. Itaque ut maxime decretum hodieque neceſſarium eſſet, non ob id ſequeretur, mandari non poſſe. Et ego ſtatuo tamen in iſtis actibus voluntariæ jurisdictionis mandato non fuiſſe locum, ex ſpeciali cauſa quam expoham *titul ſeq. ad §. præterea* : adeo cum nihil hic mutatum ſit, idem jus hodie locum habebit. Adde tamen ad prius illud, apud quoſdam magiſtratus municipales potuiſſe exerceri actus voluntariæ juriſdictionis: quod de emancipatione & manumiſſione diſerte ſcribit Paulus *2. ſent. 25.* ſi nimirum illis data eſſet legis actio (in ſpecie ita dicta.) Et ergo non omnes id habuerunt : *add. l. 11. C. de mancipat.* Ex his ſatis intelligimus quæ fuerit forma veteris adoptionis : eam rem mutavit Juſtinianus, & illas mancipationes, venditiones, manumiſſiones, & ceſſiones in jure ſuſtulit, & conſtituit, ut ſine iſtis ſolemnibus ſimplici conteſtatione adoptiones apud competentem magiſtratum peragerentur *d. l. vlt. C. de adoptionib.* Et ſequetur tamē in terminis habilib. juxta ea quæ mox dicemus ad §. ſeq. effectus veteris ſolemnis adoptionis : & erit adoptio ſicut & adrogatio hodieque legitima extranei in filium fam. aſſumptio. Extraneus hic ſignificat eum qui eſt extra familiam, ut *Hottoman. ad pr. huius titul.* explicat eum qui non eſt agnatus, licet cognatus, imo licet filius ſit, ſed emancipatus, hic enim rurſus hoc modo in poteſtatem redigi poteſt : *l. qui liberatus 12. h. t.* nec dubito etiā eum qui in adoptionem à patre datus fuit, rurſus ab adoptivo patre, in poteſtatem patris na-

tris naturalis dari poſſe per adoptionem in ſpecie dictam. In eo autem errare puto Hottoman. quod ab obiecto adoptionis ſive arrogationis omnino excludit agnatos: nihil enim obſtare puto, quo minus v. c. fratris filius arrogari poſſit. Licet enim hic jam ſit in familia, tamen non habet ius filii familias, quod conſequitur quis per adrogationem. Dicitur aſſumptio in filium ſam. ut intelligamus v. c. in fratrem neminem adoptari poſſe *l. nec apud 7. Cod. de hared. inſtit.* Adoptio enim naturam imitatur: & natura nobis liberos quærimus, non fratres. Cum autem adoptati conſequantur jus filii, perinde ac ſi ex juſto matrimonio nati eſſent, ultro apparet, eos iura familiæ, herediratis, & ſacrorum nanciſci. Illud autem ſingulare quod Hottomannus notat, adoptatos non ſolum nomen, quod erat gentis, nec etiam ſolum cognomen, quod erat familiæ (de quo alibi dicemus) aſſumpſiſſe, ſed etiam prænomen, veluti ſi adoptans Caius, adoptatus Lucius ante appellatus fuiſſet, eum poſt adoptionem non amplius Lucium, ſed Caium, appellatum fuiſſe: id ideo ſingulare eſt quoniam nec filius naturalis idem prænomen cum patre neceſſario gerebat. Huc facit locus *Dion. libr. 46.* ubi de adrogatione Octavii *νεώτερος*, inquit, *ἄν τις εἰσποιηθῇ* (ſi quis adoptetur) *τὸν μὲν ἄνδρα αὐτὸν εὐθὺς προσεῖπε Καίσαρα εἰσποιησάμενον*, (ab adoptante) *λαμβάνων, τὸ δὲ πρῶτον ὄνομά τε καὶ ἐπώνυμον τῶν πατέρων*. Vnum ex prioribus nominibus, aliter paulo formatum retinere. Ita n. poſt dictus fuit Octavius, C. Iul. Cæſar Octavianus. Ita filius Æmilii adoptatus à Scipione, dictus Scipio Æmilianus. Hæc pro fundamento ad intelligendam totam materiam, præmittenda & dicenda fuerunt. Conſiſtunt in his duæ principales differentiæ adrogationis, & adoptionis in ſpecie appellatæ 1. ab obiecto, quod adrogabatur pubes ſui juris, qui ipſe fieri auctor poterat: adoptabatur qui erat ſubiectus poteſtati patris, huius autoritate & etiam infans. 2. à cauſa efficiente ſive etiam à forma: quod olim adrogatio comitiis curiatis apud populum, ſed poſt autoritate principi fiebat: adoptio autem in ſpecie dicta in iure apud magiſtratum inferiorem, per ceſſionem in iure, præcedentibus mancipationibus & manumiſſionibus: hodie ſimplicius per *l. ult. C. de adopt.*

TEXTVS.

Sed hodie ex noſtra conſtitutione cum filius-fam. à patre naturali extraneæ perſona in adoptionem datur, jura patris naturalis minime diſſolvuntur, nec quidquam ad patrem adoptivum tranſit, nec in poteſtate eius eſt, licet ab inteſtato jura ſucceſſionis ei à nobis tributa ſint. Si vero pater naturalis non extraneo, ſed avo filii ſui materno, vel ſi ipſe pater naturalis emancipatus fuerit, etiam avo paterno vel proavo ſimili modo materno vel paterno filium ſuum dederit in adoptionē: in hoc caſu, quia concurrunt in unam perſonam & naturalia & adoptionis jura, manet ſtabile ius patris adoptivi, & naturali vinculo copulatum & legitimo adoptionis nodo conſtrictum, ut & in familia & in poteſtate huiuſmodi patris adoptivi ſit.

COMMENTARIVS.

1 *Extraneus hic quis dicatur.*
2 *Cauſa mutati iuris veteris.*

ANte non minus per adoptionem in ſpecie dictam trāſibat jus poteſtatis plenum, quam per adrogationē. Id mutavit Juſtinianus, ut hodie adoptione facta ab extranea perſona non diſſolvantur jura patris naturalis, adeo non exeat ex ejus poteſtate & familia. Extraneis verbum † cū raro uſurpetur & non uno modo pro ſubjecta materia, hic ſignificat omnem eum qui non eſt ex aſcendentibus, etiamſi & alias ſit de agnatione vel familia, veluti patruus. Et omnino hodie ſoli liberi ſecundi vel ulterioris gradus, nati ex filio vel filia ſunt objectum adoptionis veræ: Hi omnimodo, adoptandi ſcil. ab avo materno vel proavo: illi, ſi prius antequam naſcerentur, quin & conciperētur, ipſi liberi, filius fuerit emancipatus, ut hoc §. exponitur. Extra hunc caſum adoptio facta ab extraneo magis eſt nominalis quam realis, præterquam quod filius adoptatus ab inteſtato ſuccedit: qui tamen non poteſt dici effectus paternæ poteſtatis, cum multis aliis præter patrem ab inteſtato ſuccedatur: quamvis procul dubio tamen filius hic primo gradu ut filius ſuccedet, ita ut excludat agnatos aut cognatos, & cū aliis veris liberis concurrat, qui ſane effectus magni momenti eſt, de quo dicemus 2 *infr. lib. 3. tit. 1. §. ſed ea* 14. Cur Juſtinian. hic ius vetus † mutaverit, hanc rationem reddit Hottoman.

quod ex jure veteri duo non lenia consecuta fuerint incommoda: tum si adoptator fortunis everteretur, tum si emanciparet adoptatum: utroque enim casu factum, ut utriusque patris fraudaretur patrimonio filius. Sed prius incommodum inepte adducitur, quoniam posset etiam & potius naturalis patris patrimoniumm everti, nec ob incertum istum eventum potest damnum aut incommodum allegari. posterius incommodum citare solet Iustin. ubi de hac mutatione agit, ut *in §. sed ea omnia 14. vers. invenimus infr. de hered. ab intest. l. pen. post princ. C. de adopt.* Et in *d. §. 14.* ait Justin. se invenisse nonnullos casus, quibus adoptatus filius, & naturalis & patris adoptivi successionem amittebat. Verum enim vero non apparet nisi unus casus, quo filius post mortem patris naturalis emancipatus fuit, juxta *§. at hi 10. infr. de hared. ab int.* ceteroquin ante emancipati non minus jure prætorio succedunt, quam si nunquam in aliena familia fuissent *d. §. 10.* Neque tanti erat, propter unicum illum casum tantam plagam inferre juri veteri, maxime cum haberet filius quod sibi imputaret, quoniam liberi inviti non emancipantur *N. 89. cap. XI.* quod tamen an olim ita fuerit, dicemus *ad §. praterea tit. seq.* Sed ita placuit Justiniano & Triboniano, hoc unum præcipue agenti, ut totum jus vetus conturbaret. Miror autem hic judicium, an stupiditatem eorum qui hodieque putant etiam post constitutionem Justiniani in *d. l. pen. C. de adopt.* adoptatum ab extraneo in ejus potestatem & familiam transire; in quam sententiam abutuntur verbis Iustiniani in *d. l. pen. in pr. & in d. §. 14. infr. de hered. ab int.* quibus ait integra servari jura filio perinde ac si in patris naturalis potestate permansisset, *d. §. 14. & d. l. pen.* ita filium permanere ac si in alienam familiam non fuisset translatus. Nimirum potior est ratio habenda rerum quam verborum, & utique implicaret manifestam contradictionem, omnia perinde haberi ac si adoptio non fuisset subsecuta, & omnia jura manere filio integra quo ad patrem naturalem, & hujus jura minime dissolvi; & tamen filium transire in potestatem patris adoptantis Et recte ait Accursius ad *§. sed ea omnia 14.* Imp. ita loqui referendo se ad factum; quod scilicet tale factum intervenit, ex quo filius ea ratione juris in potestatem patris alterius transire debebat, quale sc. per adoptionem olim transferebatur; ceteroquin verba hujus §. apertissima sunt, quod in adoptantis extranei nec familiam nec potestatem transeat filius: idque amplius perspicuum est ex oppositione casus alterius, quo adoptio fit ab ascendente, & quo, jus vetus integrum manet, & ut est in *fi. huius §.* filius est in familia & potestate parentis istius naturalis simul & adoptioni. Neque fieri potest, ut quis in duorum simul familia sit & potestate. Et à negatis & positis effectibus, negatur aut ponitur causa; adeo cum filius adoptatus à patre adoptivo, extraneo impune præteriri aut exheredari possit, nec contra tale testamentum ullum remedium filio concedatur; hæc autem omnia jura integra habebat in bonis & contra testamentum patris naturalis, sequitur necessario filium in hujus omnino & familia & potestate mansisse, in illius autem non transiviſſe.

Hæc cum ita sint, & ex hujusmodi adoptione non conferatur jus familiæ, quæritur an sit locus prohibitioni, quæ extat in *§. Inter eas 2 & §. Item amitam, §. tit. prac.* ut videlicet non liceat ducere sororem adoptivam, aut nubere fratri adoptivo. Item ut non liceat ducere patris adoptivi sororem: vel quod eandem habet rationem, fratris adoptivi filiam. Et cum istæ prohibitiones nullã aliam habent causam, quam agnationem & cognationem civilẽ, ut ad dd. §§. diximus, nuptiæ istæ hodie licitæ erunt, cum nulla hic occurrat ratio reverentiæ, aut honestatis naturalis: quamvis hoc controversum esse testetur *Ioh. Plat. in §. Inter eas tit. praced. n. 14.* ubi ipse tamen nihil concludit.

Licet ab intestato iura successionis.] Hoc speciali beneficio Iustiniani; sed an præferetur parentibus, juxta *N. 118. cap. 2.* an concurrit cum fratribus utrinque conjunctis, an tantum cum iis qui ex uno latere sunt? dicemus aliquid *inf. de hered. ad int. in §. sed ea omnia 14.*

Avo filij sui materno.] Hic avus non habet in potestate nepotes ex filia: itaque hi possunt ipsi à genero suo dari in plenam adoptionem. Et hic integra verera jura conservat Iustin. Atquin an non hic idem est incommodum, quod ante notavimus, ut hic adoptatus careat utriusque patris successione, si emancipetur post mortem patris naturalis. Respondent: cum nepotes ex filia natura sint liberi, non præsumi avum maternum, natura nepoti, & jam Lege filio, male consulturum. Sed nimirum Iustinianus nepotibus quoque ex filia jam *in §. vlt. infr. de hered. ab int.* jus succedendi avo materno dedit; itaque hoc incommodum cessat.

Si pater naturalis fuerit emancipatus.] Nati ex filio in potestate sunt in potestate avi paterni *§. ult. sup. de pat. potest.* Itaq; non possunt illi in adoptionem dari. Et oportet igitur, ut adoptioni nepotum sit locus, si-

cus, filium esse emancipatum. Amplius oportet eum emancipatum esse antequam nepotes nati, imo & concepti essent; ceteroquin quamvis emancipato filio, manent & nascuntur in potestate avi, *§. admonendi 7. & §. Illud 9. tit. seq.*

Enim avo paterno.] Ubi scil. ut jam dixi filius emancipatus fuit Et hæc verba omnino sunt hic inserenda, post quæ sequitur, *vel proavo, simili modo materno vel paterno.* Docet enim Iustin. omnino avo materno recte dari in adoptionem nepotes ex filia, paterno tum demum si sint nati ex filio jam emancipato : mox subjicit idem procedere simili modo in proavo materno vel paterno; in illo omnimodo, in hoc si emancipatio antecesserit. Et jam dicta verba, *etiam avo paterno*; præterquam quod summa ratio defendit, etiam diserte habentur in *l. pen. Cod. de adopt.* unde hic locus descriptus est; agnoscit ea etiam Theoph. & editio Parisina; licet vitiose absint ab editionibus vulgatis & Gothofredi.

Concurrunt naturalia &c.] Hinc notant Dd. duo vincula fortius ligare quam unum. Sed non inde petenda est ratio, sed à cessante incommodo illo, quo motus fuit Iustin. ut jus vetus emendaret, ut paulo superius diximus, atque ita ista ratio Iustin. accipienda est, quod concursus vinculi naturalis istud incommodum tollat.

TEXTVS.

3 Cum autem impubes per principale rescriptum adrogatur, causa cognita adrogatio fieri permittitur, & exquiritur causa adrogationis an honesta sit expediatq; pupillo. Et cum quibusdam conditionibus adrogatio fit: id est, ut caveat adrogator personæ publicæ, si intra pubertatem pupillus decesserit, restituturum se bona illis, qui si adoptio facta non esset, ad successionem ejus venturi essent.

COMMENTARIVS.

1 *Causa cognitio.*
2 *Requisita in adrogatione impuberis.*
3 *Tabularij.*
4 *Fœdus error A. Fabri.*

DIximus ad princ. tit. in adrogatione necessum fuisse, ut ipse adrogandus autor fieret; & ob id pupillum adrogari non potuisse, idq; etiam tradit *Vlp. tit. 8. de adopt.* § 4. pupillos ante non potuisse adrogari, & adjicit *nunc posse* ex constitutione Antonini. Antonini scil. Pii, ad quem hoc refertur *in l. ult. si quid in fraud. patr.* unde quarta de qua *in §. seq.* dicitur Quarta D. Pij *l. Papin. 8. § si quis 15. de inoff. test.* de qua quarta §. seq. dicemus.

1 *Causa cognita † permittitur.*] Etiam pubes olim arrogabatur causæ cognitio adhibebatur, & quidem ea tum erat apud Collegium Pontificum, ut expresse scribit *Cic. in orat. pro domo sua.* sed sc accuratior causæ cognitio adhibita fuit in adrogatione impuberum. Et tamen singula fere membra & capita causæ cognitionis, quæ enumerat ICtus *in l. nec ei. 17. §. 1 & seq. h. t.* ubi de adrogatione impuberis tractatur, omnino credibile est etiam excussa fuisse à Pontificibus, ubi pubes adrogandus erat; populus n. curiatis comitiis non cognoscebat causam, sed Legem scisscebat. An forte in quantitate, ut ita dicam, cognitionis differentia fuit? & tamen credibile non est, Pontifices non satis plene cognovisse; maxime ubi de adrogando eo agebatur, qui nec dum major 25. annis, & forte 15. aut 16. annorum erat. Et *in d. l. 17.* proponitur excutiendum, quæ sint facultates pupilli, quib. forte adoptaturus inhiet: Idem erit in pubere, nã & hujus omnia bona pariter adrogator adquirit 2. quæ sit vita adrogatoris futuri. *d. l. 17. §. 2.* ne videlicet vitiosis patris morib. corrumpatur: eoque pertinet quod *in fi. pr. d. l. 17.* dicitur, ne forte turpis subsit causa, quo loco etiam id ut generale proponitur, & haud dubie in puberibus præsertim adhuc nõ longe pubertatem egressis locum habet. Et intelligit procul dubio ICtus verbis in *d. l. 17. in fin. pr.* fœdum amorem erga adrogandum, quo infami *παιδερασίας* crimine laborasse Romanos, vel Iuvenalis & inprimis passim Lucianus, testes esse possunt, pleni sunt libri alii, nec locis in hanc rem adductis, quæ abunde alias suppeterent, chartas conspurcare libet. 3. in *d. l. 17. §. 2.* æstimanda dicitur ætas adrogaturi, ut potius det operam quærendis liberis naturalibus, nec permittatur adrogatio, si iam liberos habeat, sed nec permittatur facile plures arrogare *l. 15. §. ult. h. t.* quæ non minus in adrogatione puberis sunt exquirenda. Elegans in hanc rem est locus *Cicer. orat. pro dom.* Quod, inquit, est jus adoptionis, Pontifices? nempe ut is adoptet, qui nec jam procreare liberos possit, & cum posset, sit expertus; tum ne qua calumnia fraus aut dolus adhibeatur. Quæ scilicet ad reliqua capp. pertinent. Videntur autem Impp. post fuisse paulo faciliores in adrogationibus permittendis, quam ante Pontifices, qui causam cognoscebant,

Digitized by Google

fcebant, & poſt cognita cauſa, rogationem deſuper ad populum curiatis comitiis ferebant. Ubi illud etiam adnoto, quia adoptiones in ſpecie dictę fiebant poteſtate patria, hujuſmodi cognitionem cauſæ neceſſariam non fuiſſe, nec illud quoque inquiſitum an liberos alios haberet; ut vel apparet ex eo quod in §. *inter eas in fi. tit. præced.* dicitur de eo qui nurum vel generum cupit adoptare. Illud non dubito, adhibitum fuiſſe in adrogatione pupilli conſenſum maxime propinquorum, ſed & tutorum. Iſti quidem autoritate ſua pupillum in adoptionem dare non poterant, ut ſupra diximus ex *Gell. lib. 5. cap. 19.* Sed ubi res ad principem referenda fuit, procul dubio in conſilium adhibiti etiam fuerunt tutores; quandoquidem ubi pubes adrogandus erat, curatoris autoritas fuit adhibita *l. quod ne §. h. t.* ubi quod dicitur ſub Claudio id demum ita conſtitutum, eo refero, quod apud populum in commitiis, vel etiam apud Collegium Pontificum, curatorem intervenire, neceſſarium non erat, qui nullum ius habebat in perſonam puberis, qui ipſe ſibi autor fiebat. Et id de autoritate tutorum ſuper adrogatione pupilli expreſſum eſt *in l. ult. in fin. C. de autor. præſt.* Ubi paulo abuſive loquitur Imp. dum proponit pupillum ſe deſiderantem dare in adoptionem; neque enim eius ætatis & judicii eſt, ut hoc recte de ipſo dicatur. Non tamen hic intervenit tutoris autoritas, ut in aliis actibus, vel contractibus, quibus hoc facit tutoris autoritas, ut actus valeat: neque vero ad firmandam adrogationem, quam præcedente cauſæ cognitione confirmat Princeps, pertinet autoritas tutoris; ſed eorum ſaltem eſt, informare principem, ut tanto rectius cognoſcatur cauſa; tum etiam ad eorum injuriam pertineret, ſi iis inconſultis tutela per hunc modum finiretur.

Diximus olim cognoviſſe ſuper cauſis adrogationis, Collegium Pontificum. Hoc antiquato, an hodie Imp. ipſe cauſam agnoſce? Quid hic obſervatum fuerit docet *l. 2. 6. de adopt.* ut quod olim Pontifices erant & populus, id hodie ſint vel potius eorum vice fungantur magiſtratus & Princeps; ut nimirum arrogaturus apud magiſtratum cauſas probet, adhibitis propinquis &c. & cauſis cognitis probatisque magiſtratus rem ad principem referat, cujus reſcripto confirmetur adrogatio.

Et cum quibuſdam conditionibus.] Hoc ſingulare
2 eſt in adrogatione † impuberis. Quoniam hæc adrogatio fit propter rationem juris veteris, ideo voluit Antoninus eam fieri ſalvo jure eorum, qui pupillo alias ſucceſſiſſent.

Et ſucceditur pupillo vel ex teſtamento (quod ei nimirum pater fecit per ſubſtitutionem, de quo *infra libro ſecundo, tit. 16.*) vel ab inteſtato. Ergo & ſubſtituti pupillaris & proximorum cognatorum (ubi ſubſtitutus non eſt) ius conſervandum eſt integrum. Hoc fit per remedium cautionis. Nam cum filius fam. jure noſtro hæredem ab inteſtato habere non poſſit, & pater omnia eius bona jure peculii occupet *l. 2. & 9. de caſtr. pec. de quo infr. libro ſecundo, titulo duodecimo, in princip.* & extra caſtrenſia vel quaſi (cuiuſmodi bona pupillus non habet) nec ex teſtamento filiofam. ſuccedi poſſit, per adrogationem ipſo jure & ſubſtituti, & proximorum cognatorum jus extinguitur; cum alias quoque conſtet, teſtamentum quod pubes ipſe fe-
2 cit, ſi ſe adrogandum † dederit, infirmari, de quo *inf. lib. 2. t. 17. §. alio 4.* Et licet hodie filius fam. poſſit habere heredem ab inteſtato *N. 118. cap. 1.* tamen proxima cauſa eſt liberorum, quos pupillus non habet; ſecunda parentum, atque ita etiam hoc jure præferretur adrogator cognatis, niſi iis per cautionem ſuccurretur. Et quid igitur ſi emancipatus qui adhuc habet patrem, forte & liberos, det ſe adrogandum? Tractat *id Ioh. Faber hic.* Sed quidquid ille putet, veritas eſt, quod liberi quidem præferantur patri hodie per *d. N. 118.* (quod olim ſecus erat) ſed his non exiſtentibus pater adrogator parentibus naturalibus præferatur; quippe cum adrogatio vel autoritate populi vel principiis fiat. Illud ineptum eſt, quod poſt alios Porc. hic movet circa verbum *conditionibus*, quod actus legitimi qualis eſt adrogatio, non recipiant diem vel conditionem *l. actus 77. de R. I.* Etenim non intelligitur hic conditio, quæ differat & ſuſpendat actum, ſed modus, & ſicut mox ſequitur.

Vt adrogator caveat.] Cautio in hoc conſiſtit, ut ſtipulato promittat ſe his, quos jam dixi bona reſtituturum; & inſuper ſe id ita facturum, det fidejuſſores; non enim nuda repromiſſio ſufficit, quippe per quam his quorum intereſt, non ſatis eſſet conſultum. Et hoc docet *l. nec ei. 17. §. ult. cum 3. ll. ſeqq. h. t.* ſatisdationis autem verbum regulariter ſignificat cautionem fideiuſſoriam *l. 1. qui ſatisd. cogant.*

3 *Perſona publica.*] Regulariter alteri per alterũ † actio non quæritur, *l. ſtipulat. 385. §. alteri 27. de verb. oblig. §. ſi quis 4. & §. alteri 18. Inſt. de inut. ſtip.* Inter alias exceptiones hęc quoq; una eſt, dum ſtipulatur ille qui publicum officium gerit; & videlicet tabularius, qui, ut docet *Cuj. ad rub. C. de tab. lib. 10. tit. 69.*

tit. 69. erat ſcriba magiſtratuum municipalium, & præerat actis civitatis, & agebat chartas publicas, ut eſt in *l. 3. C. d. t.* Eos olim ſervos fuiſſe indicio eſt *l. ult. C. de ſerv. reip. manum.* (ubi dubitabatur an hoc libertati præjudicaret, quod quis adminiſtraſſet tabulariam) & *l. 13. C. de tab.* verba *deinceps: & l. non aliter 8. h. t.* ubi dicitur ſervus publicus; ſicut & in *l. 2. rem pup. ſalu. fore*, & falluntur Dd. qui ideo ſervos publicos putant dici, quod publice operam præſtent & inſerviant: decepti *d. l. 3. Cod. de tabul.* ex qua putant hoc perpetuum, & olim quoque neceſſario tabularios liberos fuiſſe, quod tamen demum *d. l. 3.* ſancitum porro ita obtinuerit, quod de cauſa Juſtin. non dicit hic, *ſervo publico*, ſed *perſonæ publicæ*. Atquin cur cavetur perſonæ publicæ & tabulario, & non illis ipſis quorum intereſt? quoniam hujuſmodi ſtipulatio tantum in ſubſidium interponitur, ubi neceſſitas eo decurrere cogit; quomodo in *d. l. 2. rem pup. ſalu. fore.* ſtipulatur ſervus publicus, ſi pupillus abſit, vel fari non poſſit. Et nimirum ipſa hæc ratio hic militat, quoniam ratio ſubtilis hoc facit, ne ipſe ſubſtitutus vel proximi cogniti pupilli, recte ſtipulentur, aut iis adrogator recte promittat. Et quo ad cognatos; quoniam illorum qui tempore adrogationis proximi ſunt, incerta ſpes eſt, & incertum jus ſucceſſionis; quippe præmori poſſunt; & quis proximus ſit tũ demum ſpectatur, ubi moritur de cujus ſucceſſione quæritur §. *proximus 6. inſ. de legit. agn. ſucceſſ.* Quod ad ſubſtitutum; quoniam pariter ejus jus certum non eſt, cum & eo præmoriente exſpiret ſubſtitutio. Accedit utrobique, quod alias adrogator nimis in multas perſonas diſtraheretur, nam & illis qui legata aut libertates tabulis pupillaribus acceperunt, conſulendum eſt *l. hu verbis 19. h. t.* Itaque placuit una ſtipulatione in perſonam ſervi publici nomine alieno conceptam, totum hoc abſolvi.

Reſtituturum bona illis qui ſi adoptio facta non eſſet.] Videtur hæc quaſi formula fuiſſe ſtipulationis. Hi autem ad quos bona perventura fuiſſent, ſunt ut prædixi, cognati proximi, & ſubſtituti pupillares.

4 Qua in re obiter noto fœdiſſimũ † errorem & ſtolidã plane ſententiã Ant. Fabri, qui in *Juriſprud. ſua, quam ad ſeriem lib. 1. Inſtit.* ſcripſit, *ad hunc tit. pr. 1. illat.* 11. aſſerit, facta adrogatione ſubſtitutio. nẽ omnino penitus corruere, ita ut pupillo mortuo ante pubertatem, bona non ad ſubſtitutum quem pater dedit, ſed ad agnatos poximos pertineant. Quo nihil abſurdius & falſius umquã ſcriptum fuit; Cum & in *l. 18. h. t. & in h. §.* expreſſum ſit, caveri de reſtituendo bona iis, qui ſi arrogatio facta non fuiſſet, ſucceſſiſſent pupillo. Atquin non facta arrogatione ſucceſſiſſet omnino & primo loco ſubſtitutus. Ergo, &c. & quam ſtolidum eſt, facere potiorem conditionem cognatorum; cum potior ex ratione juris ſit conditio ſubſtituti, utpote hæredis teſtamentarii qui ſemper præfertur. Et vero ſi beneficio cautionis conſulitur libertatibus & legatis quæ fuerunt datæ ſecundis tabulis *l. 29. h. t.* fieri non poteſt, ut ſubſtitutio extincta ſit omnino, & non ſit etiam conſultum ſubſtituto, quoniam corruente penitus teſtamento & inſtitutione hæredis, neceſſaria (niſi in caſibus nominatim exceptis) ſubſiſtere nõ poſſunt. Omnino cautio facit effectu perinde rem haberi, ac ſi adrogatio facta non eſſet; & nimirum ut bona jure & vigore cautionis & ex ſtipulatione conſequantur (pupillo mortuo) cognati aut ſubſtituti, quæ alias ex ratione juris propter patris adrogatoris jus conſequi & obtinere non potuiſſent.

Ad ſucceſſionem eius venturi eſſent. Certo & omnimodo, & ita cum ab ea ſucceſſione ſola adrogatio eos excluderet. Hinc eſt, quod cautio ultra pubertatem non porrigitur, ſed ejus adventu finitur; eoq; adrogato jam pubere mortuo nihil cognati conſequuntur, quippe finita cautione *l. hac autem 20. in pr. h. t.* quoniam pubes non adrogatus ipſe teſtamentum facere & excludere cognatos potuiſſet. Inſuper Antoninus, qui admiſit adrogationem impuberis, cognatis contra injuriam, quam ex nova ejus conſtitutione pati videbantur, conſulere voluit; hoc autem ſemper obtinuit, & ante ut pubes adrogari potuerit; nec ulla cautio deſideraretur; itaque adveniente pubertate perinde habitũ fuit, ac ſi ab initio pubes adrogatus fuiſſet. Quo ad ſubſtitutum ratio expedita eſt, quoniam pubertate finitur ſubſtituto. Habet inſuper cautio iſta hanc utilitatem, ut ne ſit obnoxius pupillis infidiis patris adrogatoris, cum ſciat bona aliis reſtituenda eſſe. Quid ſi forte per errorẽ omiſſa ſit cautio? Et nihilominus utilem actionẽ competere reſponſum eſt, in *l. 19. §. 1. h. t.* Sicut in ſimili *in l. 5. §. 1. de uſufr. ear. rer.* ex quo ſunt qui notant, interpoſita ſtipulatione competere directam. Atquin repugnat & ratio, nec ex ſtipulatione alterius alteri quæratur directa actio, & textus expreſſus in *l. non quaſi 4. in pr. rem pup. ſalu. fore.* Itaque utraque eſt utilis, & hæc perinde competit, ac ſi ſtipulatio interpoſita fuiſſet. Sed quid ſi pater Impuberis teſtamento eum oneraverit fideicommiſſo, ut hæreditatem vel totam

totam vel partem quandocunque restitueret Sempronio; numquid & huic fideicommissario cavendum erit? Non existimo necessariam cautionem, siquidem ut aliæ actiones *l. filiusfam. 39. d. O. & A.* ita & persecutio extraordinaria fideicomissi contra filiumfam. quoque locum habet, & nisi defendatur à patre adrogatore, in actionibus, quæ ante competierunt, missio fit in possessionem bonorum, ut docet *Justin. in §. ult. infr. de adquis. per adrogat.* Accidit & alia peremptoria ratio cur hic non caveatur, quam notat *Porc. hic n* 4 quod substitutio pupillaris tantum quæ est testamentum pupilli rumpatur per arrogationem; fideicommissum autem, ut restituatur hæreditas à filio post pubertatem, est pars testamenti non pupillaris sed paterni, quod nullo modo potest per adrogationem istam irritari. Idem notat *Faber hic.*

TEXTVS.

4. Item non aliter eum emancipare potest adrogator, nisi causa cognita dignus emancipatione fuerit: & tunc sua bona ei reddat. Sed & si decedens pater eum exhæredaverit, vel vivus sine iusta causa emancipaverit, iubetur quartam partem ei bonorum suorum relinquere, præter bona quæ ad patrem adoptivum transtulit, & quorum commodum ei postea adquisivit.

COMMENTARIVS.

1 *An quarta arrogati sit omnium bonorum.*
2 *An ea quarta sit hodie aucta.*

APparet hic intelligi emancipationem, quę nõ honoris aut beneficij, sed ignominiæ quasi causa fiat; Ceteroquin facile permitteretur emãcipatio; Itaque dignus emancipatione dicitur, qui male meritus est de patre adrogatore, ut ab ejus familia excludatur; atque ita Theoph. quid enim, inquit, si patri insidias, aut aliquid aliud fecerit, propter quod ejici ἐκβληθῆναι mereatur ex ejus potestate, possit mirũ videri, quod nihilominus huic improbo filio sint restituenda bona quæ attulit ad patrem adrogatorem. Hottoman ait, id constitutum ad vitandum omnem improbam suspicionẽ. Et sane posset alius facile pater adoptivus tale quid machinari aut duriori tractatione efficere, ut filius dignus videatur emancipatione, & ejus ille ita bona invadat: neq; in damno moratur pater, qui lucrum adventitium restituit; nec ita odiosus est, qui in adrogatorem ac qui in naturalem patrem aliquid committit. Bona sua tantum hic filius emancipatus consequitur, non autem quartam D. Pii, ut ex casu oppositio seq. apparet:

Sed & si decedens pater.] Quod mox sequitur de qualitate causæ, etiam ad hunc casum ex hæredationis videtur pertinere; Et nimirum idem juris hactenus videtur, sive de exhæredatione sive emancipatione quæratur; ut siquidem justa causa est, bona tantum sua recipiat adrogatus, sin autem ex non justa causa emancipatio facta sit, habeat insuper filius quartam ex bonis patris, de qua paulo post plura. Et bona quidem sua consequetur filius eo tempore, quo exhæredatio vel emancipatio actu fit; & exhæredatio scilicet effectum habet, nimirum tempore mortis, ut apparet ex verbo *decedens.* Sed & quartam quo casu ei debetur, consequitur demum defuncto patre adrogatore, idque colligunt hic Dd. ex verbo *relinquere*, ergo ubi sine justa causa emancipatus fuit filius, & bona sua & quartam eodem tempore non habebit, sed hanc demum post mortem adrogatoris; quod expressum est *in l. 1. §. si impubere 21. de collat.* Sed an in omni arrogato ista obtinebunt, etiam eo qui pubes aut major viginti quinque annis se ultro adrogandum dedit? Ego non existimo, sed in ceteris qui communi jure adrogabantur, idem plane quod in ceteris liberis observatum fuisse idque ex *orat. Cicer. pro domo sua*, perspicuum fit. Antoninus autem, qui speciali ratione admisit adrogationem impuberis, in hujus etiam persona sola, & hoc solo casu jus proprium statuisse intelligendus est. Et proinde errat Hottoman. hic, dum putat indistincte veteri quoque jure, & in adrogatis quibuslibet ita jus fuisse, ut adrogatur moriens necesse haberet bona adrogato restituere, propter unicum Plinii locum 8. *Epist.* 18. quem & supra citavi; cum appareat ex toto illius Epistolæ contextu, dispositionem, de qua Plinius ibi agit, non tam necessitatis, quam pudoris, pietatis & fidei fuisse, cum & alias ex hujusmodi autoribus idoneæ satis probationes peti non possint.

1 *Iubetur quartam † partem.*] Controversiam hic movent pleriq; Neotericorum. Veteres enim post gl. hic fere consentiunt, esse illam quartam, eam ipsam, quæ debetur liberis aliis & ejusdem quantitatis. Sed Neoterici plerique contendunt, etiamsi sint alij liberi adoptivi vel naturales, tamen esse istam quartam omnium bonorum, quæ pater habet

Digitized by Google

bet tempore mortis. Ego communem ſententiam Probo. Non utar argumento quod in Addit. ad Porc. hic adfert Jaſon, quod ſi plures & forte quinque adrogentur, impoſſibile ſit futurum, ut ſingulis quarta detur, (hic enim caſus nimis ſit ratus, cum præſertim hæc quarta demum adrogatio impuberi debeatur.) Non dicam etiam, quod ſi tantum duos impuberes adrogatos proponas, & maxime, ſi tres, abſurdum ſore, ut pater tantum de quadrante diſponere poſſit. Hoc ſaltem dico, nullam dari poſſe rationem, quare Imp. Pius talem quartam & diverſam à notiſſima illa liberorum quarta introducere voluerit; & rurſus, nullam dari poſſe quare meliorem huius legitimi filii, quam aliorum & naturalium filiorum voluerit eſſe conditionem. Nec removetur hæc ratio, quod extantibus naturalibus liberis non debeat permitti arrogatio *l. nec ei* 17. §. *praterea* 3. *h. t.* nam ipſe hic §. docet, non facile admitti; ſed tamen admitti; ſed & poſt adrogationem factam poſſunt liberi naſci; tum non de concurſu arrogatorum liberorum & naturalium, ſed ſimpliciter de jure utrorumque quærimus. Non etiam removetur, &, quod Porc. hic notat, à ratione non videri alienum, ut plus conſequatur adrogatus, per quem multa bona conſequatur pater. Nam & fieri poteſt ut adrogatus pupillus conditionis ut tenuis, & per naturales liberos quoque adquirit pater: & quantum illa ratio pro adrogatis facit, tantum facit pro naturalibus ipſa naturalis ratio, *argum. l. 7. in prin. de bon. damn.* Tum & amplius accedit, quod adrogato filio omnia bona reſtituenda ſunt ultra quartam, & amplius illa bona quæ durante adrogatione patri adquiſivit; & cur igitur amplius ita ei faveamus, ut quartam omnium bonorum ipſi tribuamus, cum etiam inſuper adrogato competat actio ſi quid in fraudem quartæ pater alienaverit *l. ultim. ſi quid in fraudem patr.* nec nimium hujusmodi filio favere debemus. Moveor amplius & præcipue pro communi ſententia, quod ſi pater adrogatum nec exhæredaverit, nec emancipaverit ſine cauſa, ſed eum vel inſtituerit, vel ab inteſtato, datis fideicommiſſis hæredem reliquerit, non amplius ipſi debeatur quam quarta ordinaria; nec enim video quo jure amplius petere poſſit; & conſtitutio Pii nominatim de caſu exhæredati, aut ſine cauſa emancipati locuta videtur; nec aliter accipienda eſt *l. ult. ſi quid in fraud. patr.* Quam autem abſurdum ſit, meliorem facere conditionem emancipati & exheredati, quam eius qui in familia & poteſtate citra ullam notam permanſit, nemo non intelligit.

Neque obſtat, quo unico argumento quosdam moveri video, quod alias non opus fuiſſet, ut conſtitutione Pii quarta illa adſignaretur. Etenim quarta iſta omnino duo ſingularia habet. Primo, quod etiam emancipato danda eſt. Secundo, quod ſimpliciter datur exhæredato, etiamſi forte ſubſit non injuſta exhæredandi cauſa. Et hoc (quod alias abſurdum videri poſſit,) probatur 1. ex hoc textu, ubi tantum caſui emancipationis adjicitur qualitas cauſæ, ſimpliciter autem dicitur deberi eam *ſi decedens pater eum exhæredaverit*, forte quia ſi juſtam cauſam habuiſſet eum vivus per emancipationem ex familia ſua excludere debuiſſet; quo facto nullum regreſſum habuiſſet ad bona ejus, quod ſecus eſt in naturalibus liberis, qui etiam emancipati à prætore vocantur, 2. probatur ex *d. l. ultim. ſi quid in fraud. patr.* ubi nominatim tantum proponitur caſus emancipationis factæ cum cauſa, ut tum quartam perdat. 3. & magis probatur ex *leg. Papinianus* 8. *ſi quis 15. de inoff. teſt.* Ubi dicitur, impuberem adrogatum removendum eſſe à querela (& adeo exhæredatum) cum habeat quartam à D. Pio, & additur ſi de facto egerit, & ſuccubuerit, eum tamen non amittere quartam, qui habet eam tamquam æs alienum. Ex quo, ut hoc quoque addat, fit, ut quarta nec gravari poſſit fideicommiſſo *l. ſi adrogator* 22. § 1. *h. t.* Ubi tamen adjicitur, quod adrogator poſſit ei ſubſtituere in hac quarta pupillariter; quoniam ſubſtitutio cenſetur eſſe utilis pupillo *l. Iulianus* 42. *de adquir. hæredit.* Ex quo hoc ſingulare notat *Jaſon. in add. ad Porc. hic*, quod quis poſſit decedere cum duobus teſtamentis, v. c. ſi ei etiam ſubſtituerit pater naturalis. Et ait Jaſon, hoc fieri propterea quia etiam duo patres habeat. Et tamen in rei veritate tantum cum uno teſtamento decedit; quia ut diximus *ad d. præced.* per adrogationem ſubſtitutio patris naturalis evaneſcit ipſo jure, & tantum ejus effectus vigore cautionis ſuſtinetur. Sed ut redeamus ad quæſtionem noſtram, non obſtat amplius communi opinioni, quod iſta bonorum quarta appellatur ſimpliciter, & quidem bonorum quæ fuerunt tempore mortis *l. ult. ſi quid in fr. patr. junct. l. 2. C. h. t.* Etenim & quarta ordinaria appellatur recte quarta bonorum proportionaliter. *arg. l. 6. C. de inoff. teſt.* & regulariter is qui liberos non habet, & quidem unum tantum adrogare ſolet, in quibus terminis non niſi omnium bonorum quarta eſſe poteſt.

Stante hac opinione communi, quod quarta 2 ordinaria † debeatur adrogato, quæritur porro, an ista quoque quarta sit hodie aucta per N. 18. Affirmativa sententia est communior teste *Port. hic n. 6.* & haud dubie vera. Nam sicut diximus, non fuisse mentem Imp. Pii ut melior esset conditio filii adrogati; ita procul dubio fieret contra eius mentem, si ejus conditio esset deterior, quam liberorum naturalium: & omnino utrique hac in re parificantur. Et puto falli Mynſ. qui negantem sententiam ait esse communiorem, pro qua nimio quam ineptum argumentum adfert. Quod legitima sit aucta in persona eorum liberorum quibus competat querela inofficiosi, non competat autem in adrogato, *l. 8. §. 15. de inoff. test.* Procederet enim si odio adrogati negaretur querela, quod omnino contra est; & meliori jure debetur adrogato legitima; quam liberis naturalibus, & ut est in *d. l. 8. §. 15.* simpliciter tamquam æs alienum, quod ei nec per exhæredationem adimi potest. Et falso, utique non recte dicitur, adrogato non competere querelam; Sed dicendum est ita, quod ei non sit necessaria querela, citra quam omnino quartam suam proprio & meliori jure persequitur per *d. §. 15.* Quod autem addit Mynsing. in correctoriis non admitti extensionem, etiamsi par subsit aut major ratio, si generaliter accipiatur falsum est: cum ratio sit anima Legis. Et procedit illud effatum Mynsing. tantum in pœnalibus, aut alias ubi jus novum à ratione juris & ab æquitate recedat. Denique ad confirmandum quod supra dixi, totum quod hic tractatur, pertinere ad casum impuberis adrogati, facit, quod totidem locis, quibus de hac quarta dicatur, solum fit mentio impuberis, veluti *in l. 2. Cod. de adopt. l. si adrogator. 22. D. eod. l. ult. si quid in fraud. patr. l. 8. §. si quis impubes 15 de inoff. test. l. 1. §. si impubere 21. de coll. l sed si 10. §. in adr. 6. de vulg. subst.* Sed & ne quid omittamus, diximus sup. si emancipatus fuerit impubes adrogatus sine causa bona quidem quæ ad adrogatorem attulit, ei statim restitui, sed demum mortuo patre adrogatore, quartam ei præstari; quæritur si hic impubes decedat postmodum ante patrem adrogatorem, an ius petendi legitimam ad hæredes transmittat. Video hoc negari *à Iason. in ad. dit. ad Port.* hic, ubi ad hoc citat *l. un. §. primo C. de cad. toll.* Sed nihil tale ibi video, nisi quod ii §. *in novissimo* 5. juxta jus vetus traditur, hæreditatem non aditam non transmitti. Sed inepta ratio est, quoniam quarta non debetur impuberi isto casu tamquam hæreditas, sed tamquam æs alienum, ex speciali constitutione *Imp.* & debiti ejus dies statim cedit facta emancipatione sine causa, licet exactio differatur. Et non obscure oppugnat Jasonem *l. 1. §. si impubere 2. de collation.* Ubi dicitur quod transmittat pupillus emancipatus petitionem quartæ ad hæredem, quia habeat personalem actionem, sibi scilicet jam quæsitam contra adrogatorem. Et falsum est, quod Jason ait, ibi jam mortuo esse patrem adrogatorem; in his enim terminis omnino cavendum esset de collatione. Vult autem JCtus transmitti quidem actionem & quæsitam esse pupillo, vivo patre adrogatore, sed eo adhuc vivo non esse cavendum de collatione, quoniam (ut intelligo) quarta debetur ad proportionem bonorum patris, quæ sunt tempore mortis, quæ adeo quanta futura sit, adhuc incertum est, nec quis tenetur cavere de eo conferendo, quod nec actu petere potest.

Quorum commodum ei adquisivit.] Nimirum quæ de novo pupillo obvenerunt, & per eum patri adquisita sunt; etenim fructus bonorum proculdubio irrevocabiliter manebunt penes patrem.

TEXTVS.

5. Minorem natu; majorem non posse adoptare placet: adoptio enim naturam imitatur; & pro monstro est, ut maior sit filius quam pater. Debet itaque is qui sibi filium per adoptionem vel adrogationem facit, plena pubertate, id est decem & octo annis præcedere.

COMMENTARIVS.

ADoptionem similitudinem naturæ appellat *Cassius 1. Inst. & Theoph. in pr. h. t.* μίμησιν τῆς φύσεως, & hoc loco, adoptionem introductam esse, ἐπὶ μίμησιν τῆς φύσεως, quomodo etiam loquitur *Harmenop. l. 1. titulo 8. §. 5.* idque quod hic ait Just. adoptionem imitari naturam; quo pertinent *l. fin. 22. de lib. & posth. l. adopt. 6. l. quæsitum 34. h. t.*

Ex hoc cum alia multa, tum hoc quoque profluit, ut qui adoptat præcedat ætate adoptatum, ex quo fundamento adoptionem Clodii insectatur *Cicero pro dom.* quia Fonteius qui adrogabat, minor natu erat. Eo tamen exemplo existimare liceat, non omnino prorsus id improbatum; Ceteroquin Pontifices, quorum erat causam cognoscere nec probassent, nec probare potuissent. Et ea quæ jure civili introducta sunt, non raro à jure gentium rece-

recedunt. Et ſane etiam patruus loco patris eſt §. *fratris . & §. Item ſ. tit praced.* & tamen ſit etiam aliquando per naturam ut patruus ſit ætate minor. At tamen per naturam fieri nunquam poteſt, ut pater ſi ætate minor. Et Cicero adoptionem illam contendit eſſe nullam his verbis. Nego iſtam adoptionem jure pontificio eſſe factam; primum quod eæ veſtræ ætates ſunt, ut is qui te adoptavit, vel tibi loco filii per ætatem eſſe potuerit. Sed alius hic ſcrupulus eſt contra illud quod tamquam ex propoſitione illa, inſertur in *verſ. debet itaq;* quod adoptans octodecim annis adoptando maior eſſe debeat Cum tamen anno 14. permittantur nuptiæ, adeo quis utiq; natura ante 18. annum liberos habere poſſit. Mynſingerus hanc rationem reddit, quod in adoptione res agatur per electionē, ideoque firmiori judicio ſit opus. Quæ perſpicue inepta eſt, neque enim tantum de eo qui 14. aut 15. annorum eſt, an adoptare poſſit quærimus, neque tantum de anniculo adoptando; Sed Juſtinianus in genere definit, in omni qui adoptare vult, eam prærogativam ætatis eſſe debere, ita ut verbi cauſa ſi adoptandus ſit 12. annorum; oporteat adoptantem 30. annis natum eſſe, qui utique ſi annos natus ſit 28. ſatis judicii habet. Nihil aliud occurrit, quam quod Hottomannus & Baro ad hunc locum ſcribunt, licet 14. anno nuptias contrahere liceat, vix tamen eſſe, ut ante 18. annum liberos quis generare valeat.

Ex quo forte ea hic plena pubertas dicitur, ut & in *l. adrogato* 40. §. 1. *h.t.* & eodem ſenſu *Harmenop. lib. 2. tit. 8.* ἡβῶσης πικιλίας. Male autem huc adducitur *Mela 14. in pr. de alim. leg.* quoniam ſpeciali humanitate id ita diſpoſitū ait JCtus, licet alias non ita definiatur pubertas. Aliis autoribus, non habeo, qui confirmem iſtam determinationem plenæ pubertatis; & ſi ſequamur Macrobium, 1. *in ſomn. Scip. 6.* tertia potius hebdomade annorum, & ſcilicet 21 anno, quo juventa genas flore veſtit, pubertas plena fuerit definienda: Aut an ideo dicitur plena pubertas, quod circiter 17. & 18. annos puberes in forum deduci, & togam virilem ſumere ſolebant. de quo diximus ſupra ad §. *ult. quibus mod. num. non licet.*

TEXTUS.

6. Licet autem & in locum nepotis vel neptis, pronepotis vel proneptis, vel deinceps, adoptare, quamvis filium quis non habeat.

COMMENTARIUS.

Licet adoptare & nepotes, & pronepotes §. 1. *inf. h.t.* & porro eodem modo in locum nepotis & pronepotis. Sed illud proprium eſt adoptionis in ſpecie dictæ, ad quam etiam accommodatur in *d.* §. 1. Siquidem homo ſui juris, qui ipſe caput eſt familiæ, non amplius ſub qualitate nepotis, aut pronepotis conſideratur. Hoc autem ut adoptetur in locum nepotis vel pronepotis etiam adrogationi eſt commune. Illud autem quod hoc loco ſequitur, poſſe quem adoptare in locum nepotis; quamvis filium non habeat, videtur repugnare ei, quod in §. *praced.* dictum eſt de imitatione & ſimilitudine naturę An intelligimus ita, ut habuerit filium, licet iam non habeat? quod videtur ita putaſſe Weſ. qui ſcribit tamquam pro ratione, quod etiam ex emancipato & mortuo filio quis nepotem habere poſſit. Et videatur ſane inepta adoptio nepotis, ubi qui numquam habuit filium, cum nihil intereſſe hic poſſit an filius dicatur an nepos. Sed verendum eſt, ne iſtam explicationem & reſtrictionem alii textus non ferant. Non adduco *l. adoptare 73. h.t.* quæ hoc tantum dicit, quod hic §. ſed allego *l. adoptiones 42. h.t.* ubi JCtus 1. dicit, fieri & adoptiones. Quaſi nepotum: ubi verbum *quaſi* videtur emphaſin habere, ut etiam poſſit adoptio fieri nepotis licet nullus filius fuerit, 2. ait, poſſe adoptari nepotem tamquam ex incerto filio natum. Nec magis poteſt huiuſmodi adoptio nepotis operari tamquam ex incerto filio, ubi quis plures filios habuit, quam tamquam ex nullo filio Quod ſi neceſſe eſſet habuiſſe quem filium, ut adoptaret nepotem, qui tamquam ex filio natus eſſet, & eius quaſi ſucceſſor, neceſſe eſſet nomen filii adoptione nepotis exprimere; id vero neceſſarium non eſſe, docet *dict. leg. 43.* & confirmat amplius *l. ſi is 44. eod. tit* Ubi JCtus ait ſi quis nepotem ex filio naturali habeat; & nepotem ſimpliciter tamquam ex filio (nullo ſcilicet filii nomine adiecto) adoptaverit, hunc adoptatum non fore conſanguineum nepoti, quem ex filio naturali habet avus, ſed tum demum ſi tamquam ex illo ipſo filio natus adoptatus fuerit; tunc enim jura inter utrumque nepotem conſanguinitatis erunt, id eſt fraternitatis, quomodo verbum, conſanguineorum paſſim jure noſtro uſurpatur. Et non leves ſunt huius rei & differentiæ effectus, ſive de jure ſucceſſionis, ſive etiam de nuptiis quæratur; ſiquidem enim v. c ſit neptis ex filio naturalis, nepos adoptatus tamquam ex hoc ipſo filio, cum ea non poterit jungi matrimonio; poterit autem jungi; ſi ſit ſimpliciter

Digitized by Google

tamquam ex incerto filio adoptatus, per ea quæ diximus *tit. precedent. ad §. 2. & 4.* Obiter addo *in d. 44.* pro verbo *ETIAM*, legendum esse, *VT TAM*, quoniam innuitur formula vetus adrogationis, de qua diximus *ad princ. huius tit.* Hoc jam olim observavit *Ant. Vacca in exposit. ad hunc tit. Dig.* ex quo haud scio an id mutuatus sit *Duaren. 2. disp. 14.* Tractat etiam aliquid hac de re *Cont. 1. subsec. lect. 6.* At tandem quomodo hoc non erit contra naturam, ut habeat nepotem qui numquam habuit filium? Satis est (hoc enim omnino requiritur) ut habere potuerit, & *argum. §. preced.* ejus ætatis sit, ut & filium, & porro ex eo ejus ætatis nepotem, qualem adoptat, suscepisse potuisset. Et Hottom. ait, hoc ad eorum similitudinem institutum esse, qui nepotē ex mortuo filio superstitem habent, nec valde dissimiliter ii qui uxorem non habent, imo qui numquam habuerunt, adoptare poterunt *l. & qui 30. h. t.* Et probabile est, de jure veteri, quod *Cicer.* refert *pro domo*, non potuisse adrogare qui procreare liberos potest, & hoc ipsum non sit expertus, aliquid postea laxatum fuisse aut etiam in adrogationibus speciale fuisse; quæ autoritate publica, præcedente causæ cognitione, & tum lata ad populum Lege peragebantur.

TEXTVS.

7. Et tam filium alienum, quis in locum nepotis adoptare potest, quam nepotem in locum filii.

COMMENTARIVS.

HOttomannus tres interpretationes ad hunc locum refert, unam probat, duas improbat. Ita nimirum intelligit hunc locum quod filius alienus opponatur nepoti suo & proprio scilicet ipsius adoptantis; ut possit quis alterius filiū in locum nepotis sui adoptare, & contra nepotem proprium ex filio suo natum, in locum filii; nec quidquam absurdi habet, ut natum ex filio meo emancipato ipse mihi in filium adoptem. Atque est hæc prima interpretatio, sed aliena à verbis textus, neque enim ferendum est, ut addamus, & ita legamus *quam nepotem suum in locum filii.*

Altera interpretatio est. Quod quis alterius extranei filium in locum nepotis adoptare possit, & ejusdem nepotem in locum filii. Quam interpretationem hoc elogio ornat Hottom. Qua sententia nihil absurdius dici potest; quid enim refert nepos sit extranei an pronepos aut abnepos? Nimis proterve; possent enim quam plurima adduci loca, in quib. non adeo magna apparet ratio dubitandi. Et optime Theophilus, qui pro ratione subjicit, non necesse esse, ut qui adoptatur, eum gradū & ordinem habeat apud patrem adoptivum, quē habuit apud patrem naturalem; Quæ nimirum ratio dubitandi commoda est ad hunc locum, qua non obstante adeo ut dixi statuit Justin. ut qui nepos est patris sui naturalis fieri possit filius patri adoptivi & vice versa. Tertia explicatio est: quod cuius filium in nepotem adoptavi, eiusdem nepotem in locum filii adoptare possim. Quam improbat Hottomannus, ut nec verbis satis convenientem, & repugnantem naturæ, ut qui natura est pater, jam per adoptionem incipiat ille loco esse filii, cuius natura pater est. Possit ita accipi, ut quis filiū verbi causa Titii adoptet loco nepotis, & nepotem ex altero filio, loco filii sui; in quo non adeo magna fuerit absurditas. Sed non opus est comminisci huiusmodi interpretationes, cum præcedens ex Theophilo adducta sit aptissima. Et sane Theophilo facit injuriam Hottomannus adscribens ipsi hanc posteriorem interpretationem, ex qua efficiatur, ut qui natura pater est, ei ipsi cui pater est, fiat loco filii per adoptionem. Et ut ne quem Hottomannus, qui confidente hoc affirmat, decipiat, ecce tibi ipsa verba Theophili, εἰς πέμπτην ἀντὶ υἱοῦ λαβεῖν ἀνεψιὸν ἑαυτοῦ υἱὸν, ἢ πάλιν τὸν ἐξ αὐτοῦ γεγενημένον υἱὸν, εἰς πέμπτην. id est. In locum vel ordinem nepotis possū sumere alienum filium, & rursum alienum nepotem, in locum & ordinem nepotis, provoco ad omnes qui judicio utuntur, an Theophilus intelligat quod Hottoman. vult, intelligi ejusdem avi filium & nepotē, qui permutatis locis ab uno adoptentur. Id imo à sententia Theophili alienum est, & intelligi diversos casus & diversas personas, apparet ex ratione subjecta quam paulo ante attigi, ἀναγκαία γὰρ ἡ διάθεσις ἐστὶ τῆς τάξεως παρὰ τὴν φύσιν παρεμβαίνουσα. Hæc imprudentia sive ignorantia Hottomanni pluribus tractare coegit.

TEXTVS.

8. Sed si quis nepotis loco adoptet, vel quasi ex filio quem habet jam adoptatum, vel quasi ex filio, quem naturalem in sua potestate habet, eo casu & filius consentire debet, ne ei invito suus hæres agnascatur, sed ex contrario, si avus ex filio nepotem det in adoptionem, non est necesse filium consentire.

COM-

Digitized by Google

COMMENTARIVS.

Quasi ex filio.] Filiam vel neptem adrogari vel adoptari legimus, sed nemo adoptatur tamquam ex *FILIA*: siquidem liberi non sunt in potestate matris, nec avus maternus facere potest, ut aliquis sit in potestate generi sui, qui est extra eius familiam.

Et filius consentire debet.] Sive ille legitimus sit tantum, sive naturalis. Id tamen hodie non procedit post mutationem juris veteris, quæ extra nepotem quis adoptatus ab extraneo (per adoptionem in specie dictam) fuit: quin cum hic adoptatus nec in familia, nec in potestate sit, neminem tamquam ex eo natum in nepotis locum poterit adoptare. Quod si nepotem in locum filii adoptaverit, ut hic §. procedat, oportebit iterum qui tanquã ex hoc natus adoptatur, huic nepos esse, quod rarissime contingi poterit. Quod si enim alium tanquam ex eo tantum adoptet, revera adoptio nullius erit effectus, & cum non sit futurus in ejus potestate & familia, mortuo avo, non erit opus eius consensu; licet n. jus succedendi habeat ab intestato, tamen cum liberrime ab eo excludi possit, nec ullum jus habeat impugnandi testamenti paterni, non potest dici, quod adnascatur suus hæres, multo minus, quod Ei invito

Et igitur oportebit poni terminos habiles ut sit huic decisioni locus. Nimirum cum nepos tamquam ex filio certo natus, mortuo avo sit in potestate & familia filii, ipsi quoq; est suus hæres, & proinde etiam hic ubi de adoptione quæritur talis nepotis, consensus filii accedere debet; qua de causa etiam ubi nepos uxorem ducturus est, non sufficit consensus avi, sed filius quoq; consentire debet, ut supra *tit. præc. in pr.* diximus ex *l. oratione 16. §. de vit. nupt.* & ibidem notavimus, propter hanc agnationem sui hæredis dubitatum olim fuisse, an filius furiosi uxorem ducere posset, quoniam præmoriente filio, nepos est avo suus hæres, de quo infr.

Hoc ita in h. §. si adoptetur nepos tamquam ex filio Titio vel Lucio natus. Quid si filium habens vel filios simpliciter adoptet, nulla adjecta mentione certi filii, & nullius tamẽ adhibito consensu, an adoptio erit nulla. Et imo valebit per ea quæ diximus *in §. licet sup.* quod possit adoptari nepos tamquam ex incerto filio, & ab eo qui numquam habuit filiam. Sed dubitabilius est, si adoptaverit tamquam ex Lucio filio natũ, & filii consensus non fuerit adhibitus. An illa adjectio faciat omnimodo nullam, an potius detrahatur ista adjectio, & perinde sit ac si simpliciter adoptio loco nepotis facta fuisset. Quod posterius magis probat *Cont. 1. subsec. ult. in fin.* arg. *l. si is 11. h. t.* ubi de hoc casu hoc saltem respondet JCtus, mortuo avo non fore nepotem istum in potestate filii; innuens, in ceteris adoptionem valere, & quod Acc. notat, talem adoptatum avo successurum.

At cur pater opus habet exquirere consensum filii, in quem LL. Rom. summum jus potestatis occidendi quoque & vendendi habebat; Non dicam illud jus summum potestatis jam pridẽ fuisse sublatum, sed cum Hottom. quod adoptionis effectus & agnatio hæredis conferatur in tempus, quo filius non amplius est in potestate patris, sed eo mortuo ipse pater fam. est effectus.

Nec ei invito.] Inepta est explicatio secunda apud Gloss. *Invito sc. avo*: cum omnino referendum sit ad filium.

Suus hæres.] Quis sit suus hæres, dicemus *infr. lib. 2. de Instit. hared. & de hared. qual.* De adoptione in locum nepotis tamquam ex filio certo, hoc addendum est juxta prædicta ad *§. minorem supr.* oportere, ut filius hic istum nepotem 18. annis ætate præcedat.

Sed ex contrario.] Expedita istius rei ratio est, quoniam nepos non in patris sui, sed avi potestate est; itaq, cum arbitrio suo incõsulto quoq; filio alij in adoptionem dari potest. Ea fuit potestas patria Rom. Ceteroquin sane durum videatur, ut invito filio, quem ipse sibi quondam hæredem nominis & familiæ sperat, is præsertim si unicus sit in alterius familiam detur. Pertinet istud ad adoptionem in specie dictam: itaque hodie post *§. hodie sup. h. t.* tantum habebit effectum, ubi hic nepos datur in adoptionem consocero, & proprio avo materno, & patris sui socero.

TEXTVS.

9. In plurimis autem causis adsimilatur is, qui adoptatus vel adrogatus est, ei qui ex legitimo matrimonio natus est: & ideo, si quis per Imperatorem, vel apud prætorem vel præsidem provinciæ, non extraneum adoptaverit, potest eundem alii in adoptionem dare. Sed & illud utriusque adoptionis commune est, quod & hi qui generare non possunt, quales sunt spadones, adoptare possunt: castrati autem non possunt.

COMMENTARIVS.

1 *Castrati spadones.*

DUo proponuntur in quibus utraque species adoptionis convenit; & simul convenientia liberorũ naturalium & adoptivorũ in *pr §.* ostenditur 1. quod adoptivi liberi sunt in potestate parẽtum sicut naturales, itaque sicut hi, ita & illi, rursus in adoptionem alii dari possunt. Quod in adoptione in specie restringitur hodie ad eum qui adoptatus est ab ascendente; ceteroquin cum ab extraneo adoptatus, in eius potestate non sit, nec poterit in alterius potestatem dari; sed & rursus ubi de adoptione in specie quærimus, etiam filius naturalis non transit in potestatem adoptivi patris, nisi hic sit ex ascendentibus. Et propter prius illud, addidit hic Iustin. *non extraneum.* In adrogatione nihil hactenus mutatum est.

Per Imperatorem.] Non ait apud Imper. sicut mox ait, apud prætorem. Duplici causa: 1 Quoniam ut sup. monuimus, adrogatio non fit in conspectu principis, nec ipse examinat causam, sed magistratus causa cognita, refert ad Imperatorem. 2. Quoniam adoptio in specie fit jure potestatis patriæ, itaque saltem opus est, & maxime hodie, ut fiat hoc apud magistratum, *l. vlt. C. de adopt.* Sed & olim, non pendebat ab autoritate prætoris, ut adoptionem admitteret vel non, sed iuxta supra dicta, in tertia mancipatione filium in iure cessum patri adoptivo addicebat. Atquin adrogatio fiebat mera autoritate olim populi, & post principis, suo sensu tamen nihil impedit, quo minus & per Prætorem dici possit adoptio fieri, quomodo sane loquitur *Gell. 5. c. 19.*

Sed & illud] Est *in l. 2. §. 1. h. t.* Dicitur paulo obscurius, eos adoptare posse qui generare non possunt: nam vel maxime non possũt castrati; sed sub intelligendum est tales genere non valentes, non qui omnimodo non possunt, sed qui ob vitium temporale non possunt; quale prohibetur esse in spadonibus. Et errant omnino Accursiani in explicatione horum verborum, *castrati spadones*: Et ridiculum est quod dicunt castratum dici, quasi castenatum, qui ita natus sit, ut generare non possit. Spadonem cui amputata sint virilia, tamquam esset ab Italico *Spada*, quod significat gladium: quod à mente Iustiniani & Caii penitus est alienum. Rectius dicimus, Spadonis verbum usurpari in genere & specie. In genere ut etiam castratum comprehendat, ut colligi videtur ex *l. lege 4. §. 2. ad L. Corn. de Sicar. l. 7. de aail. ed. l. Spadonum 128. de V. S.* ubi hoc notat Alciat. In specie Spadones opponuntur castratis; Et hoc sensu *Theoph. hic & Harmenop. lib. 2. sit. 8.* genus facit Eunuchos, & eorum tres species Thlibias, quibus elisi & extriti sunt testiculi, quorum etiam mentio est in *d. l. 128. de V. S. & in l. hi quoq; 5. ad L. Corn. de Sicar.* castratos, quibus genitalia exacta sunt, quæ notissima est significatio verbi castrare, *d. l. 4. in fi. ad 7. Corn. de Sicar. l aditles 38. §. sed enim 7. de aail. edict. l. si servus 27. §. etsi 28. ad L. Aquil.* & Spadones ita in specie edictos, qui ob vitiũ aliquod temporale generare non possunt, quod tamen tolli & vis generandi redire possit. Ita usurpatur Spado in *l. Pomponius 6. §. vlt. de aail. ed.* itidemq; hoc sensu Spadones possunt matrimonium contrahere *l si serva 39. de iur. dot.* Itemque matrimonii causa ancillam manumittere *l. alumnos 14. in fi. de manum. vind* posthumum hæredem scribere *l. sed est 9. d. lib. & post.* quæ universa & singula castratus non potest *d. l. 39. ead. l. 14. & d. l. 6.* Nec mirum adeo, imo plane conveniens, si etiam quod ad jus adoptandi ita inter castratos & spadones distinguatur. Impp. tamen *Leo N. 26. & 27* permisit etiam castratos adoptare; & sane sufficere debet, quod facultatem γοννοποιὸν à natura habent, quam quo minus in actum deducere possint, fecit hominum iniuria, cui compensandæ ut *d. N. 26.* disputat Leo, indulgenda potius est facultas adoptandi; Nec illis invidendum est subsidium, quod parentes habent à liberis, & ut successorem nominis & bonorum habere possint Quod vere consequenter adrogando, non adoptando post innovationem Iustiniani *in l pen C. de adopt.* nisi ante castrationem eos liberos suscepisse quis proponat: quo casu adoptioni veræ nepotis poterit esse locus; quod etiam in spadonibus movet & respondet Theoph. hic.

TEXTVS.

10. Fœminæ quoque adoptare non possunt quia nec naturales liberos in sua potestate habent: sed ex indulgentia priucipis ad solatium liberorum amissorum adoptare possunt.

COMMENTARIUS.

ADoptio introducta est, ut quis nominis familiæq; suæ successorem haberet & propagatorẽ: quæ ratio in fœminis cessat, quæ familiã non propagant, itaq; nec iis permissum fuit adoptandi ius.

Iustin.

Digitized by Google

Juſtin. hic à iure poteſtatis, quod eodem redit, cauſam mutuatur: quod nec naturales liberos habeant in poteſtate; quibus verbis videtur reſpicere ad *prine. tit.* ubi ait non ſolum poteſtatem eſſe in liberos naturales, ſed etiam in adoptatos: itaque poſſunt & h. § intelligi liberi ex juſto matrimonio ſuſcepti, qui non in matris, ſed patris poteſtate ſunt, & convenit *l. 1. C. hic* ibi *mulieres, quæ nec ſuos filios*, nõ incommode tamen accipitur de liberis extra matrimonium natis in quibus major videbatur dubitatio, an non liberi poſſent eſſe in poteſtate matris, nullo obſtante patre qui potiori iure matri præferretur. Sed nimirum ne hoc quidem ut maxime ſequantur aliam conditionem matris *l. 19. & 14. de ſtat. hom.* conſtat in matris eſſe poteſtate. Iſta tamen ratio Juſtiniani claudicat in adoptione in ſpecie dicta, poſtquam ex ipſius conſtitutione extra caſum nepotis adoptati, nec quidem in poteſtate patris ſunt adoptivi liberi: niſi ita juves hunc locũ, quod fœminæ ſimpliciter jus poteſtatis in liberos non habent.

Sed ex indulgentia principis.] Fœminæ olim nec adrogari poterant, ut ſup. notavimus, quia jus comitiorum non habebant; poſt ex reſcripto principis adrogari potuerunt *l. nam & 21. h. t.* adoptari & olim potuerunt. Quod hic poſſe eas ex indulgentia principis dicitur, intelligo ſive agatur de iis, qui ſui ſive qui alieni juris ſunt; nam ratio juris obſtat, quo minus pater iis in adoptionem filium vel filiam dare poſſit: itaque indulgentia ſuccurrit.

Ad ſolatium liberorum amiſſorum.] Deſcriptũ hoc eſt ex *l. mulierem 5. C. de adoptionibus.* Video notari à Weſemb. & Hottom. intelligi mulerem quæ habuit jus trium filiorum. Quod quale ſit ego non ſatis adſequor. Ex SCto de quo *infr. d. SC. Teryll.* matri ingenuæ jus habenti trium liberorum datur jus ſuccedendi liberis defunctis, (& ſunt fortaſſe & alia ejus rei jura & privilegia.) Et an igitur matri huic ſoli ſini concederetur jus adoptandi, ut ſuppleat numerum trium liberorum, ſi unus forte mortuus ſit. Atquin hoc ideo ineptum eſt, quoniam ut mater beneficio illo frui & ſuccedere liberis poſſit, non opus eſt ut liberi nati perpetuo ſint ſuperſtites, ſed eam peperiſſe totes ſatis eſt; adeo quidem ut etiam profit ei & computetur partus monſtroſus *l. quæret. 135. de verb. ſign.* Aut an igitur ſi mater duos amiſit filios ex tribus, duos, aut ſi amiſit omnes tres adoptabit? ſiquidem hoc ſpectat ad retinendum & ſupplendum jus trium liberorum? Id rurſus ineptum eſt, & haud dubie juxta *d. l. 5. C. h. t.* non adrogat mulier, niſi omnes liberos amiſerit. Et igitur ineptiunt Weſembec. & Hottom. & qui eos ſecutus hic eſt Pacius, & ſimplex ſententia eſt hujus loci, *& d. l. 5.* quod matri amiſſis liberis ſive tres aut plures, ſive unicum tantum habuerit, miſerationis cauſa permittatur jus adrogandi, non ut eos, vel eum quem adoptat in poteſtate habeat, ſed ut urbitatem ſuam & miſeriam amiſſorum liberorum ſoletur, & in horum locum ſubroget adoptatum. Intelligitur autem procul dubio mater vidua; & ei quæ virum habet, hoc permitti non poſſe, ut ſeorſim ſibi adoptet filium plane exiſtimo. Porro & hic *Imp. Leo. N. 17.* ſimpliciter permittit fœminis, etiam quæ numquam habuerunt liberos, ius adoptandi; ex hac quoque ſpeciali ratione quod non debeant eſſe deteriori conditione, quæ virginitatem nuptiis prætulerunt, quippe cum virginitatis, conſenſu totius antiquitatis ſemper præ matrimonio adſtructa fuerit prærogativa, ut præ aliis teſtantur libri Ambroſii de virginibus, & Auguſtini de ſancta virginitate.

TEXTVS.

11. Illud proprium eſt adoptionis illius, quæ per ſacrum oraculum fit, quod is qui liberos in poteſtate habet, ſi ſe adrogandum dederit, non ſolum ipſe poteſtati adrogatoris ſubjicitur, ſed etiam liberi eius in eiuſdẽ fiunt poteſtate, tamquam nepotes. Sic etenim Divus Auguſtus nõ ante adoptavit Tiberium, quam is Germanicum adoptaſſet, ut protinus adoptione facta inciperet Germanicus Auguſti nepos eſſe.

COMMENTARIVS.

QUi filium & ex eo nepotem habet in poteſtate, ſi filium in adoptionem det, nepotem in poteſtate retinet, quippe cum ipſe nepos in ſua, in filii ſit poteſtate *l. adrogato 40. in pr. h. t.* At cum pater fam. liberos ſuos in poteſtate habeat, ubi ſe adrogandum dat, neceſſum eſt filios quoq; & liberos ſuos in eius tranſire poteſtatem, cui ipſi ſubiicitur, ita ut hoc modo poteſtatem in liberos ſuos amittat, per *hunc §. & d. l. 40. in pr.*

Sic enim D. Auguſtus.] Livia uxor Auguſti ex priori ma-

Digitized by Google

ri marito Tiberio Nerone, duos habuit filios Druſum & Tiberium. Druſo fuit filius Germanicus. Tiberium adoptavit Auguſtus in foro Lege curiata. *Suet. in Auguſt. c.* 65. non tam proprio judicio, quo magis præferebat Germanicum, quam blanditiis uxoris illectus. Ita enim *Tacit. 4. annalium.* Dubitaverat Auguſtus Germanicum ſororis nepotem & cunctis laudatum, rei Romanæ imponere, ſed precibus uxoris evictus, Tiberio Germanicum, ſibi Tiberium adſcivit. Vnde intelligimus quare ut h. §. dicitur, Auguſtus non ante adoptarit Tiberium, quam hic ſibi Germanicum adoptaſſet, (idque eſt, quod ait Tacit. Auguſtum adſciviſſe Germanicum Tiberio, dum ſcilicet fecit, ut eum Tiberius adoptaret) ut hactenus ſuo judicio ſatis faceret, & haberet nepotem, quem filium habere maluiſſet, Adeo apparet Tiberium quippe qui & ipſe filium Druſum haberet, non tam ſponte ſua, quam quod alias ipſum adoptare Auguſtus nolebat, Germanicum adoptaſſe: idque ſatis oſtendit Sueton. in Tiber. cap. 15. ab Auguſto, inquit, adoptatur coactus ipſe prius Germanicum fratris ſui filium adoptare: quod & refert *in Calig. c.* 1. Nam ut ſupra monuimus, nihil impedit, quem adoptare ſibi eum qui eſt eiuſdem agnationis & familiæ ex tranſverſo gradu, qualis fuit Germanicus Tiberio.

Per ſacrum oraculum.] In l. 2. h. t. *per principem.* Notavimus ſupra arrogantiam, & pene impietatem principum etiam Chriſtianorum, qui ita de ſe tamquam de Diis loquuntur.

TEXTVS.

12. Apud Catonem bene reſcriptum refert antiquitas, ſervos ſi à domino adoptati ſint, ex hoc ipſo poſſe liberari. Unde & nos eruditi in noſtra conſtitutione etiã cum ſervum, quem dominus actis intervenientibus filium ſuum nominaverit, liberum eſſe conſtituimus: licet hoc ad jus filii accipiendum ei non ſufficiat.

COMMENTARIUS.

APud Catonem.] Marci Catonis cujus plurimi liberi exſtant de jure, mentio eſt in *l.* 2. §. *poſt hos* 38. *in fi. de Orig. Iur.* Sed videtur eo loco mendum eſſe, & legendum & ſupplendum *M. Cato. Bl. Catonis Portia familiæ principis filius*; Ita enim *Gellius lib. 3. cap.* 18. Ex majore, inquit Catonis (qui ſcilic. fuit princeps familiæ illius) filia qui prætor deſignatus patriæ vivo mortuus eſt, & egregios de diſciplina juris libros reliquit. Sed nimirum & pater fuit ICtus & filius ejus. Ita enim d. loco ICtus *l.* 2. §. 38. Hos ſectatus eſt M. Cato, princeps Portiæ familiæ, cujus extant libri, ſed plurimi (ſcil. libri extant filii ejus, cujus meminit citato loco Gellius. Et hic videtur eſſe Cato cujus mentio in *l. eadem* 4. §. 1. *de V. O* & cuius perhibetur notiſſima illa regula de qua eſt proprius *tit. in Pandectis.* An apud Catonem patrem an filium iſtud ſcriptum exſtet, in incerto eſt, & parum refert.

Servos ſi à domino adoptati ſunt.] Refert *Gell. 5. cap.* 19. quoſdam autores juris exiſtimaſſe, ſervum à domino per prætorem in adoptionem dari poſſe. Verum iſte caſus hic non tractatur, quo dominus ſervum ſuum alii dat adoptandum, ſed quo ſuum proprium ſervum adoptat. Et non videtur hic locus eſſe, neque adoptioni in ſpecie dictæ, cum ſit ſervus in ipſius domini poteſtate, neque his mancipationibus & iis ſolemnibus, de quibus ſupra locus eſſe poſſit, neque adrogationi, cum ſervus non ſit ſui juris. Rurſus ſi per errorem ſervus pro libero adoptetur, dubium non eſt, actum eſſe nullum. Atquin (qui huius loci caſus eſt) ſi dominus profiteatur, eum ſervum, & olim apud populum, poſt apud principem ſibi filium eſſe velle, deſuper lata Lege curiata per populum, aut impetrato reſcripto principis, non animadverto, quomodo actus poſſit eſſe nullus, & quomodo hic ſervus non efficiatur filius; ſive dicamus ipſa profeſſione illa de adrogatione iſtum fieri liberum, ſive per unum actum libertas & filiatio contingat, cum niſi prius liber, filius effici non poſſit; ut per-

2 inde hic ſit ac ſi quis libertum † ſuum adrogaſſet, quod fieri poſſe docet *l. ſi pater f. 15. §. ult. h t.* Neque obſtat quod Weſemb. monet, per adoptionem non conferri jura ingenuitatis. arg *l. ult. de ſtat. hom. & Gell.* ſcribit 5. *cap.* 19. non permittendum facile, ut liberti per adoptionem invadant jura ingenuorum. Nam nec hoc neceſſum eſt, & ſufficit in familia adoptantis conſequi ingenuorum jura *l. ſciendum* 32. *de rit. nupt.* & rigor ille vetus, de quo Gell. poſt laxatus videtur, & hodie illa objectio nulla eſt, exequatis libertinis & ingenuis. N. 78. Sed neque obſtabit, quod ſtatim ſequitur de ſervo filio nominato, quod hic liber, ſed non filius efficiatur; longe enim minus eſt in ſimplici nominatione; adeoque ſi per adrogationem

nem tantum competeret nuda libertas, inepta plane eſſet illatio Iuſtiniani; quæ vero rectior erit ſi in primo caſu etiam filiationem competere dicamus; quamvis minus conveniat hoc verbis Iuſtin. *poſſe eum liberi*; & ita accipit hoc Theoph. ut ſervus tantum liber ſit, non etiam filius. Aut an intelligimus dominum diſſimulato ſtatu ſervi petiiſſe reſcriptum principis; ut hactenus ſibi præjudicet, ut ſervus liber fiat; nam ita quoque intelligo, quod Iuſtin. conſtituit *inſt. un. C. Lat. lib. toll.* & hic refert, ſi ſervum appellaverit filium in actis, utcunque ignorante magiſtratu, dum etiam alio negotio tractato, & actis confectis ita appellatur ſervus; nec adeo probo, quod ita intelligit Hottom. hunc locum quaſi neceſſe ſit, ut ſuper hoc ipſo acta conficiantur, ut dominus deducto ſervo ad magiſtratum, teſtato denunciet, ſe velle ipſum pro filio habere: & omnino talem intelligo nominationem, qualem ad effectum ſimilem proponit *Iuſtin. in N. 117. c. 2.* ſi quis aliquem ex libera muliere ſuſceptũ, in teſtamento vel quo alio inſtrumento appellet filium, eum pro legitimo filio haberi.

AD TITVLUM XII.

LIBRI PRIMI Inſtitutionum.

QVIBVS MODIS IVS PATRIÆ poteſtatis ſolvitur.

TEXTVS.

1. Videamus nunc, quibus modis ii, qui alieno juri ſunt ſubjecti, eo iure liberentur. Et quidem quemadmodum liberentur ſervi à poteſtate dominorum, ex iis intelligere poſſumus, quæ de ſervis manumittendis ſuperius expoſuimus. Hi vero qui in poteſtate parentum ſunt, mortuo eo ſui juris fiunt. Sed hoc diſtinctionem recipit: nam mortuo patre ſane omnimodo filii, filiæve ſui juris efficiuntur, mortuo vero avo non omnimodo nepotes nepteſve ſui juris fiunt: ſed ita ſi poſt mortem avi in poteſtatem patris ſui recaſuri non ſunt. Itaque ſi moriente avo pater eorum vivit, & in poteſtate patris ſui eſt, tunc poſt obitum avi in poteſtate patris ſui fiunt, ſi autem is, quo tempore avus moritur aut iam mortuus eſt, aut per emancipationem exiit de poteſtate patris, tunc ii qui in poteſtatem eius cadere non poſſunt, ſui iuris fiunt.

COMMENTARIVS.

UT de rubrica aliquid attingam, verbum, *patriæ* à quibuſdam codicibus abeſſe notatur apud *Contium & VVeſemb. & Contius, Hottom. Pacius, Cuiac.* id expungunt, & rubricam concipiunt, *Quibus modis ius poteſtatis ſolvitur*: quomodo & apud Theoph. Ποίοις τρόποις τὸ ἐπεξούσιον ἀλύεται, quod oſcitans Interpres ſuo more non animadvertit, & ita reddidit, ac ſi additum fuiſſet, *patriæ*. Et ego tamen lectionem vulgatam, quæ etiam Ruſſardi eſt omnino retineo, & rideo Hottom. qui ex illis verbis in princ. *& quidem quemadmodum &c.* probat, etiam tractari de modis liberandorum ſervorum; quod perſpicue & per evidentiam rei coarguitur, cum illa ſit pura puta relatio, ceteroquin in toto hoc tit. nec unicus quidem modus quibus ſervi liberi fiunt, attingatur. Iam ad rem ipſam.

Proponitur hic primus modus, quo liberi fiunt ſui juris. Mors naturalis, ſub facili & aperta diſtinctione: diximus ſup. ad *§. ult. de pat. pot.* filium qui in poteſtate eſt liberos ex ſe natos avo ſuperſtite in poteſtate non habere actu, interim dum pater vivit; habere tamen potentia, quæ deducatur in actum patre mortuo. Ex quo fit, ut liberi v. c. ſecundi gradus, mortuo avo non poſſint fieri ſui iuris, niſi pater per mortem, aut emancipationem (ſecus autem eſt, ſi per dignitatem liberatus eſt poteſtate patris *N. 81. cap. 2.*) ante exiverit è patris ſui poteſtate, ut eſt in *fi. huius pr.* Nam per emancipationem, jus quod in potentia erat extinctum eſt; ſive illum emancipaverit ut ſui juris fieret, ſive juxta veteris juris rationem eum in adoptionem mancipando dederit; adeo quidem ut licet poſtea filium redadoptaverit, tamen ius extinctũ ſemel non reviviſcat, nec nepotes ſemel liberati poſt in ejus poteſtatem recidant *l. ſi pater 41. de adoptio.* quia illis ſemel jus quæſitum fuit, &

zed by Google

qui in potestatem redit, videtur novus quasi filius. Atque hoc modo servi non liberantur, sed recidunt in potestatem heredis: at liberi ipsi sui heredes, & in dominio non sunt, ex quo fit ut patre mortuo, quot capita (scilic. liberorum) ei subiecta sunt, singulas familias habere incipiant, ut est in *l. prorsus tiatio 195, non pater autem. de verb. sign.*

TEXTVS.

2. Cum autem is qui ob aliquod maleficium in insulam deportatur, civitatem amittit, sequitur, ut qui eo modo ex numero civium Romanorum tollitur, perinde quasi eo mortuo, desinant liberi in potestate eius esse. Pari ratione &, si is qui in potestate parentis sit, in insulam deportatus fuerit, desinit esse in potestate parentis. Sed si ex indulgentia principis restituti fuerint, per omnia pristinum statum recipiunt. Relegati autem patres in insulam, in potestate liberos retinent. Et ex contrario liberi relegati remanent in potestate parentum.

COMMENTARIUS.

1 *De restitutione damnati & recuperatione potestatis.*
2 *Relegatio.*
3 *Interdicti.*
4 *Exsules.*

PAtria potestas propria dicitur Romanorum §. 2. *sup. de pat. pot.* Et ut maxime ea juris gentium sit essentia sua, tamen propriam quandam potestatem habent Romani, & eius effectus tantum locū habent in civibus Romanis: adeo fieri nec potest, ut qui civis Romanus nō est, liberos habeat in potestate, aut ipse sit in potestate, ut hic traditur; nam & jus filiifam. suos effectus habet, quorum non potest esse particeps peregrinus & qui non est civis. Deportatio 2. haud dubie tollit ius civitatis, de qua, & simul aquæ & ignis interdictione dicemus plura *infr. tit. 16.* Et est iste secundus modus tollendi patriam potestatem, qui recte & communiter dicitur mors civilis, eum quis ex civitate eximitur; id q. probatur hoc ipso loco, ibi, *perinde quasi eo mortuo.* Et hæc probantur quoq; ex *Ulpiano tit. 10. qui in pot. § si patri 2. l. sunt quidam 17. § 1. de pœnis. l. 1. C. de l. aged. inst. l. inter 6. de Interd. & releg. l. 1. § 2. de legat. 3.* Et ex illis verbis, *perinde eo mortuo* notant Interpp. comparari mortem naturalem & civilem. Sed nimirum id tantum procedit in quibusdam casibus expressis, & ut notat, *Ioh. Plat.* quo ad quosdam effectus juris.

Qui eo modo tollitur.] Laborat constructio, *qui eo modo tollitur, desinunt liberi in potestate eius esse*: pari negligentia usus est Tribon. *in § eadem 4. sup. tit. 6.* Hottomannus tamen emendavit vitium, transposita particula EO, in hunc modum, sequitur, *ut is qui eo modo ex numero civium tollitur, perinde quasi mortuo desinant, &c.* Sed non puto aliter scripsisse Tribon. quam omnia exemplaria, ipso fatente Hottom. habent.

Sed si ex indulgentia.] Non est hoc extra propositum, ut videri possit: Est enim non levis ratio dubitandi, & † quæ ex iis quæ diximus ad præced. textū sumi potest quod filius semel emancipatur, jus suū quod amisit in liberos ex se natos, quamvis iterum readoptetur, & ita in pristinū locū redeat, tamen non recuperat *l. 44. de adopt.* Cui consequens videbatur, ut cum liberi semel sui juris facti per deportationem essent, restituto quamvis patre nō redirent in eius potestatem: tanto minus, tum quod illo casu vivo adhuc avo nepotes nunquam sui juris facti fuerunt: tum quod emancipatio tantū minima, at deportatio media capitis diminutio est. Neq; huc accommodare possis, quod in terminis patris capti ab hostibus traditur *in § si ab 5. inf. h. t* neq; enim talis Romanis pro servo habetur, sed per duplicem fictionem postliminii, & L. Corneliæ status illius conservatur: atquin hic de eo quæritur, qui sceleris sui meritas luit pœnas, neq; hoc casu liberorū jus dicitur esse in suspenso, sicut *in d. § 5.* Et hæc sane ratio solida & secundum eam responsum est *in l. si pater. 9. C. de just. pat.* filios patre deportato effectos patres famil. eo quamvis restituto non redire in eius potestatē, & rursus vice versa filium deportatū restitutū, non iterum redire in potestatē patris *l. in insulam 6. C. h. t* quāvis (quod magis est) præcedens dignitas restituta sit: Adeo non videtur esse sine vitio, quod hic indefinite affirmatur, restitutione facta ex indulgentia principis per omnia pristinū statū reintegrari; hoc enim nisi etiam intelligatur restituta & repetita patria potestas, incepte plane hoc loco proponeretur An intelligimus hic, in specie adjectum ut liberi essent in potestate? Id perquam fuerit durum, & à verbis huius § alienum. An intelligimus principē usum verbo restitutionis in integrum, quod significet reintegrationem plenariam, ut putat Hottom & ita communiter Dd. post gl. ista conciliant: Illa autē conciliatio, quam

Digitized by Goog

quam refert quoque Acc. inepta eſt, ut poſt verba *per omnia*, virgula ponatur. An potius, quod Conſtantinus derogaverit juri veteri, *in l. ult. C. de ſent. paſſ.* & introduxerit, ut reſtitutio etiam reintegraret poteſtatem patriam licet ejus nulla ſpeciatim mentio fuerit facta. Id quidem valde probabile facit contextus totus *d. l. ult.* & inprimis *§. ult.* ubi ait tantum debere reſtitui per indulgentiam, quantũ abſtulit damnatio: & quod indulgentiæ reſtitutio debeat eſſe omnium amiſſorum recuperatio; & nominatim, quod liberi officiis debeant mereri liberationem à poteſtate, & libertatem teſtem habere non damnationis, ſed lenitatis paternæ: quibus verbis occurrit non obſcure obiectioni ſuperiori, quod liberi ſemel ſint liberati poteſtate; nimirum quod non habeant liberi; quod conquerantur, qui non officiis ſuis, ſed per ſententiam & damnationem facti ſint ſui juris, ſi retractata ſententia in priſtinum ſtatum redigantur. Ita ſane videtur, ſed hoc modo arguuntur ſocordiæ compilatores qui fere pugnantes textus ſub eodem tit. collocarunt. Recte autem ait, *ex indulgentia principis*, ſolus enim princeps pœnæ gratiam facere poteſt, in quo manifeſto labitur Mynſing. qui hoc jus etiam iis concedit, qui deportate poſſunt. Porro reſtituta licet patria poteſtas non tamen trahetur retro, ſed omnino quæ ante egit contrahendo filius rata & firma erunt & manebunt, per *d. l. ult. §. 1. C. de ſent. paſſ.* & not. *Ioh. de Plat. & alij hic* & bene *Iaſ. ad Pore. ex Bl.* diſtinguit, inter ea quæ immediate ſola vi deportationis contingunt, & ea quæ ex novo negotio geſto, tertio quæſita ſunt: unde infert, etiamſi quis ex hoſtib revertatur, non tamen reſtitui prius matrimonium iuxt. *l. non ut 8. l. eum dua 14. §. 1. de captiv. & poſtlim.* Sed quid ſi filius deportatus reſtituatur, an ſubiicietur rurſus patriæ poteſtati? utique videtur; licet ſecus ſit in ſervo damnato & liberato *l. 8. C. de ſent. paſſ.* Et nimirum non eſt pœna rurſus redire in patris poteſtatem. Sed pœna eſt recidere in ſervitutem, quod ſi fieret, nihil aut parum prodeſſet principis indulgentia.

2 *Relegati in inſulam.*] Conſtat per relegationem† in ſpecie ita dictam jus civitatis non adimi *l. relegati 4. de Interd. & releg.* Et videntur verba *in inſulam* adiecta, augendæ dubitationis cauſa. Neque enim omnis relegatio in inſula eſt, ſed magis à certis locis excluſio *l. relegationem 7. in pr. & §. hic qui 17. eod. tit.* Illa autem quæ vinculum inſulæ dicitur *in l. exilium 5. d. t.* gravior eſt, & nihilominus tamen non adimit civitatem: quin nec tum ſi in perpetuum quis fuerit relegatus *d. l. 7. §. ſive 3.* Videbatur autem deportatio præcipue his duobus modis differre à relegatione; quod illa in perpetuum, hæc ad tempus eſſet; Illa concluſio in inſulam certam, hæc magis à certis locis eſſet excluſio. Et quæ igitur reliqua erit differentia; ſi relegatio fiat in inſulam, ſi in perpetuum, & amplius adempta parte bonorum, juxta *d. l. 4. de Interd. & relegat.* An utrumque coniunctim fieri non debet, ut ſit relegatio perpetua & in inſulam. An potius à forma ſententiæ ſumimus differentiam, quomodo & Theoph. & ſimul à forma executionis pœnæ; quod deportati, ut *Hottom. notat hic & in comm. verborum iuris.* & ipſum verbum arguit, competib vincti & in navem coniecti à ſervis publicis in inſulam deportabantur; quod relegatis non accidebat. Sed,

3 quinam ſunt † interdicti *qui in rubr. 22. li. 48. Digeſt.* cum relegatis & deportatis connectuntur? Hottom. ait eſſe eos, quibus certi loci aditu commercioque interdictum eſt, quos tamen idem fatetur ſæpe dici relegatos. Eſt autem his omnibus commune exulum nomen. Dicitur enim

4 † exul, qui extra ſolum eſt. *Iſidor. lib. 1. cap. 26.* & idem *lib. 10. lit. E.* Exſul, extra ſolum, trans ſolum miſſus aut extra ſolum vagus. Idem *Non. Marc. cap. 1.* Exules dicuntur extra ſolum: Solet tamen exilium frequentius pro deportatione accipi, ut in *l. 2. de publ. iudic.* ubi diferte relegatio tanquam mitior opponitur exilio; quomodo Ovid. non uno loco Triſtium, non ſe exulem, ſed relegatum ſcribit: ceteroquin aliis locis generalius uſurpatur, & pro relegatione, ut in *l. tutor 28. §. ult. cum l. ſeq. de excuſ. tut. l. fine 32. §. ult. de admin. tut.*

TEXTVS.

3. Pœnæ ſervus effectus filios in poteſtate habere deſinit. Servi autem pœnæ efficiuntur, qui in metallum damnantur, & qui beſtiis ſubiiciuntur.

COMMENTARIVS.

FInitur poteſtas patria Morte: & hac, vel naturali, de qua in *pr. huius tit.* vel civili, quæ rurſus dupliciter contingit, vel amiſſione civitatis tantũ, per deportationẽ, de qua *in § præc* vel ſimul & libertatis; & in ſumma per ſervitutem. Servitus eſt vel hominis, veluti ſi libertus ob ingratitudinem redigatur in ſervitutem, vel pœnæ

Digitized by Google

de quo *hoc §.* quod ipsa quasi pœna eius dominus videatur. Unde in *l. sunt quidam 17. de pœn.* Si quid huic legatum sit, est pro non scripto & nullo, quasi non Cæsaris servo datum, sed pœnæ. *In §. 1. infr. tit. 16.* dicuntur servi pœnæ effici atrocitate sententiæ. Et an igitur omnes qui ad mortem damnantur, dicuntur servi pœnæ? Vix crediderim, sed ubi pœna tractum temporis habet, non ubi damnati consumuntur statim, & ita se damnantur, ut statim supplicio ultimo adficiantur. Quadrat isti explicationi optime exemplum damnatorum in metallum vel in salinas, de qua pœna *in l. aut damnum 8. §. est pœna. & §. in minister. de pœn.* Sed non convenit altera species pœnæ & damnationis *h. §.* ut quis bestiis sub vel obiiciatur; nisi quis intelligat ita damnatos ut aliquantum asserventur, quia spectaculi causa certis temporibus bestiis obiici damnati sæpe etiam captivi solebant, quo pertinet quod sancitur *in l. un. C. ad L. Fab.* ut ita damnati, bestiis obiiciantur primo munere. Ita enim appellabant, cum gladiatores inter se, aut homines cum bestiis pugnantes, aut etiam iis obiectos exhibebant, & spectandos dabant. Verum licet clementior sit ista servitus pœnæ v. c. in damnatis in metallum, tamen verius est in genere, quo suis ultimo supplicio damnatos protinus per sententiam pœnæ servos fieri per text. *in l. quod ad 12. l. qui ultimo 29. de pœn.* eo effectu sc. ut statim omnia civium Rom. iis adempta intelligantur: quod & probatur *l. si quis 6. §. sed & 6. de inoff. testam.* Faceta autem hic est explicatio Accursii, damnatos esse ut deducerent bestias, vel cum iis comederent, aut alia bestialia facerent. Plane liberos quoque operas locasse, ut cum bestiis depugnarent, docet *l. 1. § removet 6. de postul.* atque adeo ad hæc damnatus non certæ morti fuit expositus; sed damnati ut bestiis obiicerentur, inermes iis expositi fuisse videntur. Inter servos pœnæ etiam referuntur, qui damnantur in ludum gladiatorum *d. l. un. C. ad L. Fab.* à quibus ad gladiũ eam iatos separat *Cuiac. Paul. 5. Sent. 17. & 13 obs. 10.* quos ait intra annum fuisse consumendos, itemq; damnari in ludum venatorium *l. aut damnum 8. quicunque 11. cum § seq de pœnis.* de quibus *Cuiac. d. loco & Pet. Faber 2. semestr. 11.* Illud vulgatum est, novo jure neminem amplius dici fieri servum pœnæ *N. 22. c. 5. auth. sed hodie. C. de donat. int. vir.* Cuius rei effectus ibidem à Dd. notantur. & *in d. c. 8.* ut durare possit matrimonium: ex quo sunt, qui *d. c. 8.* restringunt ad talem servitutem pœnę, quæ non adimat vitam; ubi enim statim damnatus excipit mortem, nulla videtur utilitas, ut ne sit servus pœnæ; cum utique testari non possit, ut dicemus *infr. lib. 2. tit. 12.*

TEXTVS.

4. Filiusfam. si militaverit, vel si Senator vel Consul factus fuerit, remanet in potestate patris: militia enim vel Consularis dignitas, de patris potestate filium non liberat. Sed ex constitutione nostra summa patriciatus dignitas illico Imperialibus codicillis præstitis filium à patria potestate liberat. Quis enim patiatur, patrem quidem posse per emancipationis modum, potestatis suæ nexibus filium liberare: Imperatoriam autem celsitudinem non valere, eum quem sibi patrem elegit, ab aliena eximere potestate.

COMMENTARIUS.

HActenus de primo modo solvendæ patriæ potestatis Morte, eaque vel civili vel naturali; sequitur alter, Dignitas. Et Justin. 1. docet, quæ dignitas non liberet, 2. quæ liberet. De 1. ait *Si filiusfam. militaverit.* Militia enim quædam erat species dignitatis; ex quo omnia pene officia etiam civilia, postea militiæ dictæ. Sed & multa privilegia militibus concessa fuerunt; non tamen hoc, ut eximerentur patria potestate, licet quo ad castrense peculium patrumfam. loco habeantur; de quo agemus. *lib. seq. tit. 9.* Ait

Si senator vel Consul factus.] In Senatore non adeo magna ratio dubit. Sed consulatus summa fuit dignitas. Verum maior fuit patria potestas, & retulimus sup. *ad §. 2. de patr. potest. ex Halicarn. lib. 2.* potestatem patris in liberos fuisse summam & perpetuam, à qua nec ulla dignitas filii eximeret. Neque obstat quod dicitur *in l. ultim. de his qui sunt sui.* Etenim patria potestas non obstat, quominus quis Cõsul creetur, & munia omnia eius magistratus peragat, etiam contra ipsum patrem *l. ille 13. §. ult. cum l. seq. ad Trebell.* Sed non abrumpit ob id potestatem patriam: & testatur Halicarn. multos magistratu abutentes, & seditiosas conciones habentes à patribus abductos ex Rostris & privatim coercitos fuisse. Id tamen mutatum à Iustin. secundum quem quæcunq; dignitas à curia & scilic. munere decurionatus liberat, eadem liberat à patria

potesta-

poteſtate *Num.* 81. *cap.* 1. *§.* 1. Atquin conſulatus liberat à curia *l. ult. C. de decurion.* Ergo. Major propoſitio eſt Juſtiniani; Ceteroqui vitioſa eſt conſequentia; cum longe firmioribus nexibus filius patri, quam decurio ordini ſuo & curiæ obſtrictus teneatur. Plures aliæ dignitates referuntur *d. l. ult.* quæ liberant à curia, quæ iuxta eandem Juriſprudentiam *in d. N.* 85 *cap.* 1. omnes quoque liberant filium à poteſtate. Et audet tamen in *d. cap.* 1. *§.* 1. hoc prætexere Juſtinian. quaſi ipſorum quoque patrum gratia hoc conſtitutum ſit, quaſi patres hoc modo fiant nobiliores; quod perridiculum eſt; cum præſertim ipſe à patris poteſtate abſolvat liberos, ut iis jura omnia legitima conſervet *d. N.* 81. *c.* 2. Itaq, nec poterit huiuſmodi liberos coërcere pater, nec per eos adquirere; & ut loquuntur hic Interpp. liberantur à poteſtate, quo ad commodum, non quo ad incommodum. Porro Epiſcopalis quoque dignitas liberat à poteſtate patris *d. Num.* 81. *cap.* 3. *auth. ſed Epiſcopalis Cod. de Epiſc. & Cler.* Notat *laſ. ad Pore. in pr.* videri rationem eandem cum dicto circa conſularem dignitatem. Ratio ſumitur ex eo quod dixi de ſumma poteſtate LL. Romanis patribus conceſſa; à qua ut liberet conſulatus, nulla lege cautum ante Juſtin. umquam fuit.

Sed ex conſtitutione noſtra patritiatus dignitas.] Ridiculum fit admonere non intelligi hic patriciatum, qui erat prærogativa gentis apud Romanos, quæ opponebatur genti plebeiæ. Et tamen Weſembec. hinc iſtam dignitatem deducit. Ait, ſicut in libera Rep. patritiatus fuerit nomen ordinis & dignitatis. & antiquiſſimæ ſtirpis ſenatoriæ; ita ſub Auguſtis patritiatum, de quo hic fuiſſe ordinem quendam, ſimilem ſenatorio, in quem allecti velut principis parentes habiti fuerunt, à qua ſententia non longe abit Hottom. Sed ne dicam patritiatum olim ordinem proprie non fuiſſe, ſed ordines tres dictos ſenatorum, equitum & plebis, vitioſa iſta quoque comparatio eſt, & commentitium, quod ſub Auguſtis ceperit novum quaſi collegium patritiorum & novus ordo. Et omnino, ſicut conſulatus, præfectura, quæſtura, ita & hæc fuit ſingularis dignitas, cuius & nuſquam reperias mētionem, niſi demum ſub Impp. Conſtantinopolitanis & ſi Zoſimo fides, eius autor primus fuit Cōſtantinus. Ita n. ſcribit *lib.* 2. de Optato, ὃς παρὰ Κωνσταντίνου τῆς ἀξίας ἐπετύγχανε τῆς Πατρικίας, πρώτου τοῦτο ἐπινοήσαντος τῶν πολλῶν; qui patricii dignitatem conſecutus erat à Conſtantino, qui primus excogitavit hunc honorem.

Ait Juſtin. *conſtitutione noſtra*, quæ eſt *in l. ult. C. de conſulib.* Atquin ante Juſtinianum iſtum effectū fuiſſe huius dignitatis probatur ex *Caſſiodoro* (qui ſub Theodorico Gothorū rege, omnia fere ad formam Reipubl. Rom. adminiſtrante ante Juſtinianum vixit) *6. var. Epiſt.* 2. *in forma patritiatus* additur, inquit, quod LL. tantum illis reverentiam detulerint, ut in ſacris poſitus, cum hoc honore fuerit præcinctus, paternæ poteſtatis nexibus eximatur. Itaque lapſus hic eſt *Vult.* 1. *Iuriſpr.* 24. ubi totum hoc primo Juſtiniano tribuit. Ait:

Summa dignitas.] Objiciunt, conſulatum eſſe ſuperiorem, & ex ratione liberæ Reipubl. quæ hactenus tantum mutata, quod conſul eſt poſt principem; & facit, quod ipſi principes Conſulatum gerere ſolebant; quamvis ſane etiam principes initio aſſumpto Imperio, tribunitiam & conſularem poteſtatem ſibi adſumere ſolebant, ut paſſim ex Suet. Tacito, & aliis hiſtoriæ Auguſtæ ſcriptoribus conſtat, quæ dignitates tamen ſummæ non fuerunt. Attamen propria ratio fuit conſulatus, & de eo Caſſiod. d. loco unitantum cedit (patritiatus) fulgori, quem interdum etiam à nobis conſtat adſumi. Simpliciter dicerem iniurium eſſe, tantam accurationem exigere à Triboniano, & caprare verbum, *Summa.* & hoc potius, quam cum Contio, Barone & aliis rationem petere à duratione quod perpetua eſt iſta patriciatus dignitas, conſulatus, annua; neque enim duratio dignitatem ex ſe conciliat; Ceteroquin & decurionatus perpetuus fuit, ſi reſpondendum eſt, duo reponam. 1. prærogativam quandam eſſe à raritate, quod paucis contingit fieri patritios, ſed multi adipiſcuntur conſulatum, ut ipſe Iuſtin. argumentatur *l. ult. C. de conſulib.* 2. dignitatem conſulatus illis temporibus magnis fuiſſe imaginariam & honorariam, quam veram & in rebus ipſis; quippe quod pene nullam adminiſtrandi aut imperandi conferebat poteſtatem; adeo hoc reſpectu maior poteſt dici patriciatus dignitas, autore eodem Caſſiodoro, qui *lib. var.* 5. (ſub nomine principis) ſume, inquit, poſt conſulares faſces emeritos, patritiatus inſignia, tuarum munus plenarium dignitatum: & hinc idem *lib.* 8. *Epiſt.* 10. vocat patritiatus culmen: & iuxta *l.* 3 *C. de conſul.* nulli ad patritiatum aditus patet, niſi qui prius conſulatu fuit perfunctus; aut alia maxima dignitate: & cum præfectorum prætorio tum temporis maxima eſſet dignitas & poteſtas, attamen à Conſtantino priorem locum ἐκ τοῦ θρόνου tributum patritiis his ſcribit *Zoſimus paulo ante citato l.* 2. & omninoſumma dicitur, quod ei Impp. ipſi ſpeciale-

quasi reverentiam deferebant, & ea ornatos parentum nomine dignabantur.

Imperialibus codicillis.] Literæ sunt quę continent & testantur dignitatem collatam: ita in *N.* 13. *c.* 3. codicilli administrationis, & mox Impp. codicilli, & codicilli consulares *N.* 81. *c.* 1. codicilli honorarii *l. ult. §. veros* 2. *ubi senat. vel clariss.* Hinc quib. adimitur administratio, dicuntur adimenda insignia codicillorum *l. iudices* 12. *C. de dignitatib.*

Quis enim patiatur.] Non videtur bona connexio, aut pariter cum quisque jus habeat alienandi bona sua, poterit ea auferre & Princeps. Et sane hoc modo jus suum aufertur patri, qui per filium in potestate adquirit: facit pro ista ratione iste color, quod Imp. talem sibi elegit in patrem.

TEXTVS.

5. Si ab hostibus captus fuerit parens, quamvis servus hostium fiat, tamen pendet ius liberorum, propter ius postliminii: quoniam hi qui ab hostibus capti sunt, si reversi fuerint, omnia pristina iura recipiunt: idcirco reversus etiam liberos habebit in potestate: quia postliminium fingit, eum qui captus est, in civitate semper fuisse, si vero ibi decesserit, exinde ex quo captus est pater, filius sui iuris fuisse videtur. Ipse quoque filius, neposve, si ab hostibus captus fuerit, similiter dicimus propter ius postliminii, ius quoque potestatis parentis in suspenso esse. Dictum est autem postliminium à limine & post, unde eum, qui ab hostibus captus est, & in fines nostros postea pervenit, recte postliminio reversum dicimus. Nam limina sicut in domo finem quendam faciunt, sic & Imperii finem esse limen veteres voluerunt. Hinc & limen dictum est, quasi terminus quidam & finis, ab eo postliminium dictum est, quia ad idem limen revertebatur, quod amiserat. Sed & qui captus victis hostibus recuperatur, postliminio rediisse existimatur.

COMMENTARIVS.

1 *Fictio duplex.*

2 *Fictionis postliminij effectus.*

3 *Postliminij notatio.*

DIxerat *in §. 1. & 3. de morte civili*, & in specie de servitute pœnæ, per eam solvi patriam potestatem. Nec aliud est in servitute hominis, si quis ob ingratitudinem in servitutem revocetur, aut ad pretium participandum se venundari passus fuerit. Hinc nata occasio dubitandi & tractandi, cum captus ab hostibus eorum servus fiat, an per talem captivitatem liberi in civitate sui iuris efficiantur. Et frustra hic miratur Faber, quare introductum sit ab Romanis ipsis LL. ut captus ab hostibus fiat servus. Neque enim hoc Romani constituerunt, sed hoc est ex iure bellorum & à iure gentium, quo ne uterentur hostes, ficut ipsi Romani in hostes, impedire non potuerunt. Qui autem hostes veri sunt, in quibus hoc ius locum habet, alibi tractatur, & docet *l. hostes de cap.* Porro ad rem. Romani cives suos, præsertim qui pro Republ. militantes capti essent, servorum loco nõ habere potuerunt, aut debuerunt. Itaque nihil eorum, quæ alias per amissionem civitatis & libertatis, pereunt, infirmari aut protinus amittere eos aut pro amisso haberi voluerunt. Et cum duplex 1 sit casus † ut aut revertantur domum ab hostibus, aut ut apud eos moriantur, in utrumque casum civilis Legislator prospexit, constituta & introducta duplici fictione.

Altera est, quæ dicitur postliminii, altera Legis Corneliæ. Illa operatur in casum, quo quis reversus est, & facit, ut retro semper in civitate fuisse, & numquam captus fuisse videatur, *l. muto. 6. §. ult. de tutel.* Hæc operatur in casum mortis, & facit, ut ipso tempore & puncto quo captus est, imo quo capiendus fuit, & antequam adhuc captus esset, decessisse videatur, & ita numquam venisse in hostiũ potestatem: quod posterius paucis verbis innuitur *in §. versicul. si vero, & in §. ultim. infr. Quibus non est perm. facere test.*

Effectus fictionis Legis Corneliæ principalis est, ut conserventur actus, qui alias per servitutem infirmatur; veluti testamentum, quod ante captivitatem factum est *d. §. ult.* ubi plura dicemus. Referre ad hanc quoque fictionem & eius effectum solent, quod status filii & ab eo gesta confirmantur. Haud scio an satis subtiliter: quoniam ipsa tum ratio rei & veritas confirmat filii statũ, postquam certum incipit esse patrem reverti non posse: ea tunc communi iure si pater pro servo habeatur, ex quo tempore captus fuit, efficitur, ut ex

Digitized by Google

ex iſto tempore filius ſemper juris ſui fuiſſe intelligatur. Et ut patre reverſo retro in eius poteſtate filius intelligatur fuiſſe meræ eſt fictionis, & à poteſtate Legis, cum alias nihil obſtaret aut filium manere ſui juris patre reverſo, aut domum ex tempore reditus rurſus eſſe in poteſtate patris. Et vero inſignis eſt hujus fictionis † effectus, ut filio interim in civitate mortuo, pater reverſus omnia bona ab ipſo relicta peculii jure occupet, adempta ei, qui eo non reverſo bona jure hæreditario tenuiſſet *l. pen. inf. de ſuis & leg.* Item ut ſi filiusf. interim pecuniam mutuam acceperit, patre reverſo tamquam ſi id contra SCtum Macedonianum factum eſſet, creditori actio non detur, juxta *l. 1. §. ad SC. Maced.* Item ut quæcunque interim ſervus captivi adquiſivit, reverſo ex hoſtib. adquirantur *l. bona 22. §. 1. de capt.* quæ omnia & plura alia ſecus ſe haberent, ſi captivus apud hoſtes moreretur. Itaq; recte dicitur propter ius poſtliminii, (quod in hunc ſenſum definitur in *l. poſtlim. 19. in pr. de captiv.*) pendere jus liberorum h. §. & in incerto eſſe *l. in bell. 12. § 1.* & in pendenti *l. bona 22. §. 1 captiv.* & pendere *l. ſi quis 9. §. ſi filium 2. de liber. & poſth.* una cum aliis effectibus, quos modo attigimus, ex quo iſta dicitur ſuſpenſi juris conſtitutio *l. pen. in fi. de ſuis & legit.* Propter quam nec tutorem interim filius accipere poteſt *l. muto 6. §. ult. de tutelis.* Ex quib. efficitur hic non obtinere, quod in caſu patris deportati conſtitutum eſt à Conſtantino in *l. ult. C. de ſent. paſſ.* ea quæ interim geſſit filius, omnimodo rata eſſe; & ad eum caſum coarctandam eſſe rationem qua ibi utitur Imper. abſurdum eſſe, ut in eodem tempore nec in patris nec in ſua quis fuerit poteſtate. Etenim iſtud videtur contingere in caſu iſto patris ab hoſtib. capti, hactenus, ut acta à filio ſint in incerto ſtatu & dubio, ut apparet ex *d. l. 1. §. 1 de SCto Maced.* etiamſi filius ſit præmortuus, *d. l. pen. de ſuis & legit.* Ceteroquin ex poſt facto appareret, an filius retro ſui an alieni juris fuerit. Hæc fictio pertinet ad ea quæ juris ſunt, h. §. ibi, *omnia priſtina jura* quæ a. in facto conſiſtunt, per eam non reparantur, cuiuſmodi eſt poſſeſſio, quæ ſicut & aliæ cauſæ facti poſtliminio non continetur *l. denique 19. Ex quib. cauſ. mai.* ex quo fit ut præſcriptio quam ceperat ante, interrumpatur, *d. l. 19. & l. ait 13. § 1. eod. tit. l. cum hæredes 23. §. 1. de adq. poſſ. l. ſi us 15 in fr. de uſuc.* Itemque ut uſucapio alterius facto contra captum ab hoſtib. impleatur, & captivo reverſo reſtitutione opus ſit *d. l. 23. §. 2. l. ab hoſtib. 18. C. de poſtl. rev. l. ult. C. ex quib. cauſ. maior.* Et fictio poſtliminii, non poteſt facere, ut alius non poſſideat vere, & ita impleat uſucapionem. Nec vice verſa ſupplere poteſt factum poſſidendi quo perficienda eſt uſucapio, quam ceperat ille qui captus fuit; quæ ratio differte ponitur in *d. l. denique 19. inf. ex quib. cauſ. maior.* nec ullius momenti ſunt, quæ contra diſputat *Pere. hic n. 7.* nec alio tendit ratio quam ipſe adfert *n. 8.* quod medium ſuper quo fingatur non ſit habile, videlicet poſſeſſio, quæ utpote facti facile evaneſcit; idque eſt quod in his ipſis terminis traditur in *l. in bello 12. §. facti 2. de captiv.* facti cauſam conſtitutionib. ex LL. infectam fieri non poſſe. Itaque quod dicitur de uſucapione ejus qui apud hoſtes eſt, in *§. Rurſus 5. infr. de actione.* accipiendum eſt de caſu, quo ſervus vel filiusfam. ex cauſa peculiari quid adquiſiverunt juxta *l. iuſto 44. §. ult. de uſucap. d. l. ait 23. §. 3.* *Ex quib. cauſ. maior. l 12 §. 2. d. cap. 1.* Exinde fit ut nec uxorem recipiat reverſus ſine nova eius voluntate, ut ſup. notavimus, ex *l. 8. & l. 14. §. 1. de poſtlim. rev.* de quo tamen paulo aliter diſpoſitum eſt jure novo *N. 22. c. 7.* Dicitur reverſus ab hoſtibus, nec intereſt an dimiſſus ab iis an per fallaciam elapſus *l. nihil 26. de capt.* modo habeat animum remanendi apud ſuos; ex quo negatur, Attilio Regulo fuiſſe ius poſtliminii *l. poſtlim. 5. §. ult. eod. tit.* Sed & pro reverſis habentur, qui rurſum ſuperatis hoſtibus recuperati ſunt *h. §. inf. d. l. 26. in fin.* cuius ratio colligitur ex *l. ab hoſtib. 12. C. de poſtlim. rev.* Sed & redempti ab hoſtibus liberi ſunt, licet interim dum precium ſolvant, quodam quaſi pignoris vinculo attineantur *l. 2. 6. 7. 13. & 15. C. eod. tunct. l. ſi captiv. 20. §. 2 cum l. ſeq. de eod.*

Ipſe quoque filius.] Equidem is apud hoſtes nihil agere poteſt, ſicut & cuiuſcunque tandē capti acta, apud hoſtes, dum eſt, veluti ſi teſtamentum ibi fecerit, nullius ſunt momēti. Attamen habet & iſtud non leves effectus. Ponamus poſt captivitatem filii, matrem mortuam, locuplete relicta hereditate, ſi redit filius qui ita retro ſemper in civitate & in poteſtate fuiſſe fingitur, patri quæſita eſt hæreditas; Ceteroquin ad proximos matris pertinebit, ſi filius mortuus fuerit apud hoſtes. Alius inſignis effectus eſt in perſona filii, ut vid. ſi in poteſtate fuit eo tempore quo capiebatur, patre interim mortuo, reverſus & retro ſuus intelligatur fuiſſe hæres *l. captum 9. C. de poſtlim. rev.* idque eſt quod dicitur in *l. 10. C. eod.* liberis reverſis priſtinum ſtatum reſtitui. Obiter addo, ineptire Mynſ. dum ad hunc §. notat, etiam reverſum olim ipſo jure manſiſſe ſervum (quo nihil abſurdius eſt) uſque dum ex æquitate jus poſtliminii introduceretur.

3 Dictum eſt autem † poſtliminium.] Nimis prolixe agit

agit de notatione nominis. Optime explicatur hic locus ex *Cicer. in Topicis.* Eius verba hæc ſunt, Poſtliminio redeunt hæc homo, navis, mulus, equus, equa. Sed cum ipſius poſtliminii vis quæritur & verbum ipſum notatur: in quo Servius noſter nihil putat eſſe notandum, niſi *poſt*: *& liminium* illud productionem eſſe verbi vult, ut in finitimo, legitimo, editimo, nō plus ineſſe, *timum*, quam in meditullio, *tullium*. Scævola autem P. filius, junctum eſſe putat verbum, ut ſit in eo, & *poſt*, & *limen*: ut, quæ à nobis alienata ſunt, cum ad hoſtem pervenerint, & ex ſuo tamquam limine exierint, dein cum redierint poſt ad idem limen, poſtliminio videantur rediiſſe. Apparet Scævolæ ſententiam placuiſſe Triboniano, & ſane exempla cetera quibus Servius utebatur, non ſunt ex omni parte ſimilia: & inconcinnum eſt & improbabile, in vocabulo quinque ſyllabarum, unam tantum eſſe ſignificativam, ceteras quatuor meram eſſe productionem verbi: cum præſertim explicatio *liminii* mire ad ipſam exprimendam rei veritatem ſit accommodata. Hottom hic more ſuo emendat textū: & primo in verbis, *hinc & limen dictum eſt*, pro *limen* ſubſtituit *limes*, nulla neceſſitate. Secundo pro verbis, *quia ad idem limen revertebatur quod amiſerat*, reponit *qua eodem limine revertebatur quo amiſſus erat*, quæ ſane non emendatio ſed corruptio eſt: & inepte dicitur eodem limine, cum limen ſit terminus: rectiſſime autem dicitur reverti ad idem limen: & tantum abeſt, ut eum juvet jam citatus locus ex Cicer. ut refutet magis, his verbis, *cum redierint poſt ad idem limen.*

TEXTVS.

6. Præterea emancipatione quoque deſinunt liberi in poteſtate parentum eſſe. Sed emancipatio antea quidem vel per antiquam legis obſervantiam procedebat, quæ per imaginarias venditiones & intercedentes manumiſſiones celebrabatur: vel ex Imperiali reſcripto. Noſtra autem providentia etiam hoc in melius per cōſtitutionem reformavit, ut fictione priſtina exploſa recta via ad competentes judices vel magiſtratus parentes intrent, & filios ſuos vel filias, vel nepotes vel neptes ac deinceps à ſua manu dimittant. Et tunc ex Edicto prætoris in bonis eiuſmodi filii vel filiæ, vel nepotis vel neptis, qui quæve à parente manumiſſus vel manumiſſ. fuerit, eadem iura parenti præſtantur, quæ tribuuntur patrono in bonis liberti: Et præterea ſi impubes ſit filius vel ceteri, ipſe parens ex manumiſſione tutelam eius nanciſcitur.

COMMENTARIUS.

1 *Emancipandi modus.*
2 *Actus voluntarii iuris dictionis an poſſint mandari.*
3 *Magiſtratus appellatio.*
4 *Emancipatus inſtar liberti.*

POteſtas patria ſolvitur vel facto patris, vel alijs modis citra factum patris, veluti dignitate. Facto patris ſolvitur dupliciter, vel mediate, dum aliquid faciendo cauſam præſtat liberationi, veluti delinquendo, unde ſequitur damnatio, vel immediate, per emancipationem, de qua hoc §. tractatur. Diximus *tit. proced.* ex L. Romuli jus fuiſſe patri ter filium vendere, nec niſi poſt tertiam venditionem illum de patris poteſtate exire, & aut in alterius poteſtatem tranſire, aut ſui juris fieri potuiſſe. Hoc

1 jus re ipſa ſublatum in imaginarias † venditiones converſum fuit: & inde ubi de filio in adoptionem dando tractabatur, tertia venditione filius patri adoptivo mancipatus in iure cedebatur, ut *d. tit. proced.* explicavimus. In emancipatione ut filius ſui juris eſſet & fieret triplici mancipatione ſive vēditione, & totidem manumiſſionibus opus erat, & quia nemo ſibi ipſi vendere poteſt, tertius adhibebatur pro emptore. Qui dicis cauſa nummo dato filium emebat, & ſcilicet bis venditum toties manumiſſum, & toties juxta L. Romuli in patris poteſtatem reverſum, tertio demū venditum poſtquam tertio manumiſiſſet, demū faciebat, ut filius ſui juris eſſet. Sed quoniam ex illis quantūvis imaginariis venditionibus & manumiſſionibus tamē effectus ſuperaret, ut pater in filio emācipato jura quędam ad inſtar patroni in liberto conſequeretur, ut eſt in *f. huius 6.* ideo ut jura iſta patri naturali ſalva eſſent, ſub tertiā venditionē conveniebat inter patrē naturālem & emptorem imaginariū, ut hic tertio emptum filium remanciparet patri naturali, ut nimirum ipſe pater naturalis tertio manumitteret filium: ceteroquin accidebat, ut emptor ille extraneus quaſi jura patroni in filio alterius, quem ipſe

tertio

tertio manumiſerat, conſequeretur: quod ſi accidiſſet, dicebatur iſte extraneus manumiſſor, cuius mintio in § *ſunt autem infr. de bon. poſſeſſ.* ubi dicemus. Quem emancipandi modum veterem diſcimus ex *Gaii Inſt. 1. tit. 6. §. ult.* ubi emptorem illum vocat patrem fiduciarium Patrem appellat, quia cum patre naturali mutuas operas tradebat, ut filius ſui juris fieret, & quia jam pridem rigore vetere abolito, pro vero emprore, qui filium traditum in ſuam poteſtatem retineret, haberi non poterat: & ille tamen per illam venditionem quaſi jus naturalis patris conſequebatur. Dicitur fiduciarius: quoniam pactione interpoſita ipſius fidei hoc committebatur, tum ut filium acceptum de manu ſua dimitteret, tum præcipue, ut filium tertio ſibi mancipatum & traditum, patri naturali remanciparet, per quem ultimo manumitteretur: quo modo contracta fiducia emancipatio facta dicebatur §. *ult. infr. de legit. agnat. ſucc.* Hæc ad explicationem ſolemnium veteris emancipationis, & ſimul illius loci apud Cajum, & atteſtatur de his ſolemnibus ipſe Juſt. tum in genere *h.* §. dum meminit antiquæ legis obſervationis, & imaginariarũ venditionum & manumiſſionum: tum magis exſerte in *l. ult. Cod. de adopt.* ubi refert in adoptione interveniſſe tres venditiones, duas manumiſſiones. Additur in *l. ult. C. de emancipat.* interveniſſe circũductiones (an forte intelligit circumactionem quę in manumiſſione per vindictã adhibebatur, de qua diximus *ſup. tit. §.*) & injurioſa rhapiſmata: & eodẽ modo N. 81. *in pr.* emancipationem ait factam olim μετ' ὕβρεως καὶ ἐπηρείας. Ex quo quidem Hottoman. hic ſuſpicatur emancipationem fuiſſe ſpeciẽ abdicationis, per quam olim pater offenſus filio, eum quaſi à domo ſuo projiciebat. Sed nusquam eius rei ulla extant veſtigia: quin imo abdicationẽ qua Græci utebantur Rom. LL. non probari, teſtantur *Impp. in l. abdicatio. C. de pat. pot.* Suſpicor in manumiſſionib. ſervorum tale quid interveniſſe, quo illi admonerentur priſtinæ conditionis, & quod in eos dominus ius coercendi & verberandi habuerit: id ſicut alia per ſimilitudinem ad venditiones & manumiſſiones filiorum fuiſſe translatũ. Atque hoc modo & per tres emancipationes & manumiſſiones, filii, id eſt, maſculi primo gradu exibant de poteſtate. Fœminæ & maſculi quoque ſecundi vel ulterioris gradus exibant per unam mancipationem & manumiſſionem. Et, quoniam iſta repetimus ex jure veteri & lege Romuli, fatendum erit ex lege illa patrem jus habuiſſe tantum ſemel vendendi filias aut nepotes ex filiis: forte quod fœminæ ex familia per nuptias exibant: in nepotibus autem ipſe quoque filius ius quoddam potentia habebat. Probatur autem illa diverſitas ex *l. ult. C. de adopt.* ubi Iuſtin. ait in ceteris liberis unam mancipationem interveniſſe: & veſtigium non obſcurum extat in *l. verum 8. §. 1. de inius. teſtam.* & expreſſe id tradit *Gaius d. lib. 1. Inſt. tit. 6. §. ult. verſ. Fœmina. & Theoph. hic & Vlp. tit. 10.* & inde eſt, quod fœminæ & nepotes non neceſſario erant inſtituendi & exheredandi, de quo *infr. lib. 2. tit. 13.*

Vel ex Imperiali reſcripto.] Hic modus emancipandi eſt ex conſtitutione Anaſt. in *l. pen. C. de emancip.*

Noſtra a. providentia] Quod in adoptionibus *l. ult. C. de adopt.* idem conſtituit in emancipationib. *l. ult. C. de emancip.* ut ſimplex conteſtatio ſufficeret apud magiſtratum ordinarium. Anaſtaſius voluit & ipſe magiſtratus autoritatem accedere, ut nimirum & pater & liberi apud magiſtratum hanc ſuã voluntatem & conſenſum atteſtentur, & deſuper reſcribat Princeps iuxta *d. l. pen.* Iuſtin. illud ſolum ſufficere ſine reſcripto principis voluit. Nam & olim non opus hic erat reſcripto principis, ſed inter privatos iſta peragebantur, non tamen ſine magiſtratu, ut apparet ex *l. 3. & 4. D. de adopt. l. 1. de off. prat.* quoniam manumiſſiones, & in iure ceſſiones deſiderabant magiſtratum: itaque Anaſtaſius in *d. l. pen.* vult inſinuari hoc apud competentem iudicem, ad cuius iuriſdictionem actus emancipationis pertinet. Nimirum, ut *ſup. de adopt.* notavimus eiuſmodi iudicis, ſive magiſtratus potius (nam in conſtitutionib. poſteriorum Impp. verbum iudicis ſumitur latius) apud quem eſt legis actio: quod ex poſuimus *d. tit prat.* unum ſupereſt, quod ibi nos hic explicaturos pro-

2 miſimus: An in iſtis actibus voluntariæ † jurisdictionis, veluti adoptionibus, manumiſſionibus & emancipationibus ſit locus mandato: & magiſtratus ad hoc jurisdictionem ſuam mandare poſſit, ut apud alium hi actus expediantur, aut etiam apud eum cui in genere jurisdictionem ſuam mandavit prætor, vel alius ordinarius magiſtratus. Ego ita cenſeo olim omnes actiones legis, & illas quoque quibus homines inter ſe mutuo diſceptarent, de quibus in *l. 2. §. deinde 6. de orig. iur.* ſolemnes fuiſſe, nec à quoquam niſi eo ipſo cuius res erat, non autem alieno nomine inſtitui & peragi potuiſſe, idque probat *pr. Inſt. inf. per quos agere poſſ.* ubi docet Juſtin. olim non niſi ſingularib. & perpaucis caſib. alieno & procuratoris nomine agi potuiſſe. Nec dubito ita quoque in perſona magiſtratuum obtinuiſſe, ut apud eos ipſos tantum lege agi potuerit, nec aliis deſuper mãdari jurisdi-

ctionem potuiſſe. Poſt. cum variæ cauſæ impediſſent quo minus quis ſemper proprio nomine ageret, receptum fuiſſe docet Juſt. *d. loco*, ut per procuratorem agere & excipere liceret. Eodem modo ſenſim receptum arbitror, ut magiſtratus ſuper his cauſis mandare potuerit jurisdictionem. Atquin legimus jure noſtro, actus qui expediuntur inter volentes, & dicuntur voluntariæ jurisdictionis, veterem naturam retinuiſſe, & per procuratorem expediri non potuiſſe, veluti manumiſſiones, adoptiones, emancipationes. De manumiſſione textus in *l. 3. de vind. manumiſſ. l. etiam* 15. §. 3. *eod.* juxta quem cauſa tantum probari per procuratorē poteſt. De adoptione textus in *l. neq;* 24. *cum l. ſeq.* 25. § 1. *de adopt.* & facit, quod iſta non fiebat ſine manumiſſione & in jure ceſſione: quo ſit ut idem in emãcipationib. obtinuiſſe fatendum ſit: quod & in emãcipatione nova quæ fit per reſcriptum quo ad inſinuationẽ quæ facienda eſt apud magiſtratum, obſervari voluit Anaſtaſius *l. pen. C. de emancip.* & in adoptione nova Juſt. *l. ult. C. de adopt.* §. *ſed & ſi* 8. *infr. h. t.* Et huc refero, quod dicitur in *l. nemo* 123. *de reg. iur.* neminem alieno nomine lege agere poſſe quoniam enim qualitatem hanc, quæ antiquitus omniũ legis actionum propria erat, ut ne per alium expediri poſſent, retinuerunt & ſibi quaſi propriam fecerunt actus voluntariæ juriſdictionis, inde acciſſe opinor, ut & appellatio legis actionũ his actibus fieret propria. Et inde nimirum eſſe exiſtimo, quod apud magiſtratum inferiorem vel parem iſti actus expediri non poſſunt *l. apud eum* 14. *de manumiſſ. l. apud* 18. §. 1 *de manum. vind.* quia non decebat ipſum magiſtratum majorem vel parem, apud inferiorem vel æqualem in jure coram agere, & eius quaſi juriſdictioni ſe ſubmittere. Hinc porro ſicut non poterant iſta per alium peragi, ita puto nec apud alium niſi ipſum magiſtratum expediri potuiſſe: Et ob id cenſeo contra Interpp. omnes communiter quos *ſup. ad pr. tit. de adop.* citavi. mandari juriſdictionem non potuiſſe, nec mandato generali juriſdictionis actus iſtos cõprehenſos fuiſſe. Poſſint iſta videri ſupra tractationem & materiam Inſtitutionum: non ſunt tamen ita ſubtilia, ut non à tyronibus etiam intelligi poſſint. & cõtinent principia juris, quæ ad aliarum quæſtionum cognitionem aditum faciunt: eaque hic didiciſſe non pigebit: quæ tamen ad explicationem quoque *tit. l. 4. de his per quos ag. poſſ.* pertinent.

Competentes judices vel magiſtratus.] Judices in Digeſtis & reſponſis veterum Impp. ut plurimum ſignificantur pedanei; qui à magiſtratibus majorib. dabantur cum formula cognoſcendis & judicandis cauſis privatis. Apud hos conſtat, actus voluntariæ jurisdictionis tractari & expediri non poſſe. Poſt ſublato more dandi judices, ceperunt ipſi magiſtratus, quibus cognoſcendi & judicandi neceſſitas tunc incumbebat, judices appellari: itaque puto

3 quod hic dicitur, vel *magiſtratus* † accipiendum eſſe explicative: & non placet, quod video à quibuſdam, *judices* de majoribus magiſtratibus, ſed *magiſtratus* de minoribus, & nimirum municipalibus explicari: quamvis alias non ignorem verbo *magiſtratus* aliquando intelligi municipales, ut in §. *ſed hoc iure* 4. *inf. de Attil. tut.* ſed nimirum cum opponuntur magiſtratib. majoribus, ut in *d. §.* 4. Theoph hic reddidit, ὡς ἐπὶ τὸ ἀρμοδίᾳ δικαστῇ, ἤγουν τῷ ἄρχοντι, quo nomine ἄρχων in genere ſolet magiſtratus ſignificari, velut apud Modeſtinum in *l. ſcire* 21. §. 4. *de tutorib. datis*, ὁ ἐν Ῥώμῃ ἄρχων, & ita in *l. Spadones* 15. §. *ſi civitatis* 9. *de exc.* ὁ τῆς πόλεως ἄρχων, intelligitur magiſtratus municipalis: quo eodem ſenſu uſurpatur verbum στρατηγός ut & Romæ prætorem, & in municipiis decemviros ſignificet: veluti in *d. l.* §. §. 9. Modeſtinus, quod dixerat ὁ τῆ πόλεως ἄρχων, mox explicat τουτέστι στρατηγός: quo eodem verbo στρατηγὸς magiſtratum municipalem intelligit *Theoph. in* §. *ſed hoc* 4. & §. *ult. infr. de Attil. tut.* & *Harmen. l.* 5. *tit.* 11. §. 19.

A ſua manu dimittant.] Manus ſignificat poteſtatem: & ſervi quoque de manu dimitti dicebantur in *pr. ſup. de libert.* & liberi emancipati innumeris locis dicuntur manumiſſi, velut bis hoc loco & *§. ſeq.* & *t. t. ſi à par. quis manum.* propter antiquum ius poteſtatis, & poſt quoq; obſervatas venditiones & manumiſſiones, quibus etiam licet imaginariis, quas Theoph. vocat ἐλευθέρωσις in imaginariam ſervilem cauſam deduci dicebatur, *l.* 3. §. 1. *de cap. minut.* tum propter eos quoq; effectus, quos in eum tamquam patronus in libertum pater habebat, de quibus jam dicamus.

4 *Et tunc.*] Duos refert † effectus, in quibus filius emancipatus ſimilis eſt ſervo manumiſſo. Videbatur rationis, ut ſublata cauſa imaginariæ ſervitutis, venditionibus & manumiſſionibus, ceſſarent etiam effectus, qui ex his ſequebantur. Sed Juſtin. noluit quidquam derogatum juri parentum, quippe quod nec etiam neceſſario à modo illo dependet. ſed magis ab ipſa re, quod filius juris ſui factus eſt, & inde cepit ſibi ipſi acquirere poſſe, qua ratione utitur *ICtus in l. 1. in pr. ſi à par. quis manum.* Ait Juſtin. eadem jura præſtari parenti, quæ patrono: quod cum mica ſalis accipiendum eſt: nam nec actio Calviſiana datur patri quæ datur patrono *42. ſi à par. quis man.*

nec

nec datur ius ſuccedendi parentis liberis, quod datur liberis patroni *l. 1. §. ult. d. t.* nec operas à filio recto ſtipulatur pater *l. pen. d. t.* Videtur amplius hoc reſtringere Theoph. ad bonorum poſſeſſionem contra tabb. de qua etiã agitur tantum ſub d. t. Verum qui habet ius impugnandi teſtamenti, ille etiam & magis ab inteſtato, ubi nulli liberi ſi, per ſũt, admittetur. Plane *infr. ſub tit. de ſucc. libert. lib. 3* nulla penitus eſt liberorum emancipatorum mentio: & per ius noviſſimum fere differentiæ poteſtatis & ſui iuris ſublatæ ſunt, & de ratione invicem ſuccedendi pleniſſime cautum, ut illud ius antiquum abrogatum effectu videatur: & tamen cogitandum, an filio emancipato ſine liberis moriente, & patri tantum legitimam relinquente, ſuperſit patri *bon. poſſ. cont. tabb.* quæ tamen cum ſit ad tertiam partem hodie, inutilis erit, ſi per N. 18. parentum quoque legitimam auctam eſſe admittamus. Plane cum mater hodie æquale ius cum patre habeat in ſucceſſione filii ab inteſtato & teſtamento facto *N. 118. cap. 2. & N. 115. c. 4.* non poterit amplius ad bona filii parer venire iure patroni, quo ſane excluderet matrem.

Et praterea.] Hoc magis onus eſt quam commodum, & de eo tractatur *infr. titul. 18. hoc libro.*

TEXTVS.

7. Admonendi autem ſumus liberum arbitrium eſſe ei, qui filium, & ex eo nepotem vel neptem in poteſtate habere filium quidem de poteſtate dimittere, nepotem vero vel neptem retinere: & è cõverſo filium quidem in poteſtate retinere, nepotem vero vel neptem manumittere: vel omnes ſui iuris efficere. Eadem & de pronepote & pronepte dicta eſſe intelligantur.

COMMENTARIVS.

1 *An invitus emancipetur.*

NIhil habet obſcuri hic textus. Sæpius diximus ex *§. ult. ſup. de pat. pot.* & primi & ulterioris gradus liberos in poteſtate eius eſſe quem vocant ſtipitem, à quo omnes deſcendunt, & igitur poteſtatis huius iure, quos vult liberos dimittit & retinet. Itaque ſi emancipaverit filium, nepotes manebunt in poteſtate *h. §. & l. liberum 28. h. t.* obiicitur tamen, quod eadem ſit ratio liberorum naturaliũ & adoptivorum *arg. pr. h. t.* atquin emancipato filio adoptivo, etiam nepotes ex eo nati licet durante adhuc adoptione ſimul exeunt ex poteſtate per *l. ſed etiam 14. de adopt.* nam apparet ex *l. 13. prac.* intelligi emancipationem filii, non nepotis, ut male putavit *Ioan. relatus ab Acc.* & fere magis probatus. Itaque ratio differentiæ erit, quod longe facilius diſſolvitur ius quæſitum per adoptionem: adeo cum ex ea pendeat totum ius patris adoptivi, poſtquam per emancipationem totum illud ius perit, perinde ac ſi numquam adoptio facta eſſet, conſequenter nec filius nec nepos in poteſtate amplius eſſe poſſunt. Illud videndum eſt, an oporteat hic liberorum voluntatem concurrere, aut an etiam inviti poſſint emancipari. Equidem emancipatio in beneficio iure noſtro ponitur *l. 1. in pr. ſi à par. quis manumiſſ.* ex quo precii vel præmii pro emancipatione, mentio in *§. hoc quoque infr. l. 2. tit. 9.* ut fruſtra videatur quæri, an invitus accipiat beneficium, quod nemo in dubio recuſare intelligitur. Verum ſi ex iure antiquo diſputemus, quo emancipatus ab omni ſuccedendi iure ab inteſtato penitus excludebatur, non levis eſt dubitandi ratio: & omnino poteſt quis male manere in familia & domo patris, quam extra eam eſſe, ſub incerto eventu acquiſitionis bonorum. Et conſtitutum plane eſt noviſſimo iure *N. 89. c. XI.* invitos filios non emancipari: quod tamen ibi non tamquam noviter ſancitum, ſed quod ante obtinuerit, Iuſtin. proponit: & probatur ſane idem ex conſtitutione Anaſtaſii in *l. pen. C. de emancipat.* quod liberos conſentire oporteat, quin & *Paul. 2. ſent. 5. inſ.* ſcribit, filium fam. invitum non emancipari. Sed in contrarium movetur *Iaſon. in addit. ad Pore. ad pr. 1 tit. prac.* & quod invitus potuerit ante † Iuſtinianum emancipari filius, probat initio ex *l. pen. C. de adopt.* ubi Juſt. tollit effectum adoptionis in perſona extranei, eo quod eveniebat, ut filius adoptatus amitteret hæreditatem utriuſque patris, ſi videlicet fuiſſet emancipatus poſt mortem patris naturalis. Quod ſi vero ipſius filii conſenſu hæc emancipatio facta ponatur, & conſenſus ipſius ad hoc omnino neceſſarius ſit, non erat quod ob iſtã rationem ius vetus emendaret Juſtinianus, cum debeat imputari filio, qui conſenſit, & ut habet vulgata regula, damnum quod quis culpa ſua ſentit, ſentire non intelligitur. Deinde adducit textũ in *l. quidam 132. in pr. de V. O.* ubi ſi quis filium in adoptionem dederit, & ſtipulatus fuerit pœnam, ſi eum aliter quam filium tractaverit: & poſt eum pater adoptatus, exheredaverit, aut emancipaverit, committi dicitur ſtipulatio. An forte conſenſus filii non poteſt adimere patri naturali ius quæ-

Digitized by Google

fitum? Sed ſane ſi filius voluit, non poteſt dici tractatus aliter quam filius? & cetera urgent, quod ait JCtus ſolere patres hæc circa filios facere, ut illos exheredent, aut emancipent, utique autem invitus exheredatur. Accedit 3. quod in materia impuberis arrogati, de qua in §. 3. *tit. præced.* tractatur, ſi eum pater ſine cauſa iuſta emancipaverit, cogi relinquere quartam bonorum: ad quod eum obſtringi abſurdum eſſet, ſiquidem conſenſu filii emancipatio fieret. Accedit vetus illud ius poteſtatis: ut quem vendere ius habeo, etiam invitum vendere poſſum, veluti non dubitantur invitiſſimos ſervos vendi poſſe. Verum poſtquam imaginariæ tantum factæ ſunt conditiones, iſta ratio ſufficere non poteſt: & datio in adoptionem itidem per venditiones fiebat, ut ſupra diximus, & tamen diſſentiens expreſſe in adoptionem dari non poterat *l. in adopt. 5. l. neq. 24. de adopt.* Idem ſtatuam in emancipationibus, ut oporteat filium non diſſentire & contradicere, non autem neceſſum ſit expreſſe conſentire: itaque ſi filius pudore aut metu reverentiali nõ contradicat, valebit emancipatio: ſed & qui teneræ ætatis eſt, poteſt blanditiis induci, ut ne emancipationi contradicit: ſed & ſicut infans in adoptionem dari, ita & emancipari poſſe docet *d. l. pen. in f. C. de emancipat.* multo magis paulo maior infante impubes, *l. pupillus 239. in pr. de verb. ſign.* in quo tamen verus conſenſus eſſe non poteſt: & quod de quarta impuberis arrogati dicitur, ad eum caſum pertinere videtur, quo ille quoque adhuc impubes eſt emancipatus.

TEXTVS.

8. Sed & ſi pater filium, quem in poteſtate habet, avo & proavo naturali, ſecundum noſtras conſtitutiones ſuper his habitas, in adoptionem dederit, id eſt, ſi hoc ipſũ actis intervenientib. apud competentẽ iudicem manifeſtaverit, præſente eo qui adoptatur, & non contradicente, nec nõ eo qui adoptat: ſolvitur quidem ius poteſtatis naturalis, tranſit autem in huiuſmodi parentum adoptivum, in cuius perſona pleniſſimam adoptionem ante diximus.

COMMENTARIUS.

7. *An tacens pro conſentiente.*

ISTud hic recte referre ait Hottom quia Iuſtin. novum modum adoptandi introduxerit: cetero- quin pertinere ad modum emancipationis: nam & in adoptione emancipationes interveniſſe. Sed nimirum finis & ſcopus differentiam facit: & emancipatio in ſpecie toto iure noſtro dicitur, ubi hoc agitur, ut filius ita exeat è poteſtate patris, ut non redigatur in poteſtatem alterius, & fiat ſui juris, quod in adoptione ſecus eſt. Principaliter quoq; *h. t. ut expr.* appareat, tractatur de modis ſolvendæ poteſtatis patriæ, ſicut *ſub. tit. 5. ſup.* de modis poteſtatis dominicæ ſolvendæ: aut ſervi liberi, & v. c. filii ſui iuris fiant: itaque iſte modus quo filius ex poteſtate unius transfertur in aliam, obiter ſaltem hic referri videtur.

Avo vel proavo.] Hæc enim demum adoptio eſt plena & perfecta, iuxta dicta in §. *ſed hodie tit. præc.* ſi alteri dederit in adoptionem, manet integra poteſtas patris naturalis. Et propterea etiam in *pr.* addidit ſi pater filium *quem in poteſtate habet*, extraneus enim adoptans in poteſtate non habet; itaq; nec alteri talem filium in adoptionem dare poterit.

Id eſt ſi hoc ipſum.] Hoc tradendum erat *titul. præced.* quæ hodie ſit forma adoptionis: diximus ad *pr. eius tit.* Ceterum ex verbis, *actis intervenientibus* colligunt Interpp. hic, requiri ſcripturam. Sed puto intelligere Iuſt. ut hoc fiat apud magiſtratum, apud quem ſolent confici acta. Plane tutius erit, ut hoc in actis conſcribatur: & communiter receptum eſt, requiri ſcripturam de eſſentia, ut late *Ang. hic n. 1. & 2.* quod non eſt improbabile, poſtquam veteres ſolemnitates ſunt ſublatæ.

Præſente & non contradicente.] Paulo ante diximus hoc requiri, ut adoptandus conſentiat: & conſentire dici, ſi taceat & non contradicat. Qua occaſione Dd. tractant hoc loco. An qui taceat, intelligatur † conſentire. Non eſt huius loci, iſtud plene tractare dicam, hoc ſaltem: Tacere eſſe negativum quiddam, imo in eo nihil eſſe per ſe aut conſenſus aut diſſenſus, quæ poſitivum aliquid ſignificant, unde JCtus in *l. qui tacet 184. de R. I.* ait, eum qui tacet, nec fateri, nec negare. Sed aliquando ex taciturnitate præſumitur adſenſus, veluti in noſtro caſu, ſiquidem ius dandi in adoptionẽ, aut emancipandi pendet fere à iure poteſtatis: & ubi in alicujus præſenti quid tractatur, ex quo alteri aut exceptio aut etiam actio quæratur, quod ille præſens, diſſenſu ſuo impedire poſſit, præſumitur utiq; negotii adprobatio, ex quo eſt, quod qui pro ſe preſente aliquem patitur fideiubere, præſumitur mandare *l. ſemper 60. de R. I.* Itaque recte Ioh. Fab. negat in taciturnitate eſſe conſenſum, ſed ait, quod, ſi accedat ad taciturnitatem aliquid

Digitized by Google

quid extrinsecum adminiculum, tunc præsumatur consensus. Itaq; ubi sufficit scientia, ibi taciturnitas sola sufficit, ut in *l. §. scientiam de trib. act.* contra ubi requiritur expressus consensus, sufficit nunquam. velut hic notat etiam *Fab & Mynſ.* qui affert etiam plura exempla, quibus præiudicium fit tacenti, quæ v. & Ioh. de Plat. hic, ubi ait, quod quando aliqui disponunt & agunt de aliquo tacente aut iure & re eius, præsumi illum consentire, secus quando agitur de dispositione alicuius inducenda: & plene distinguit *Angel. hic n. 3.*

TEXTVS.

9. Illud autem scire oportet, quod si nurus tua ex filio tuo conceperit, & filium postea emancipaveris, vel in adoptionem dederis prægnante nuru tua, nihilominus quod ex ea nascitur in potestate tua nascitur. Quod si post emancipationem vel adoptionem conceptus fuerit, patris sui emancipati vel adoptivi potestati subiicitur.

COMMENTARIVS.

CVm quæritur in cuius potestate nascatur nepos ex filio, non nativitatis, sed conceptionis tempus spectavimus. Rationem reddit Theoph, quoniam in iustis nupiiis spectetur tempus conceptionis: forte quia censetur exinde ius quæsitũ avo & ita aliis quòq; casibus observatur: veluti in eo qui conceptus est antequam pater Senatu moveretur *l. emancipatũ 7. inſ. pr. de Senatorib.* item ea qui ante patris deportationem conceptus est *l. ex facto 17. §. ex facto 5. ad Trebell.* Et an igitur, qui conceptus est ex homine sui iuris, & natus postquam se dedit adrogandum, non erit in potestate patris adrogatoris? Puto omnino esse; utiq; enim cũ illo omnimodo nascatur in potestate patris sui, fieri non potest, ut sit extra potestatem avi adrogatoris, cũ adrogatus in potestate patris adrogantis exsistens liberos suos in potestate habere non possit. Igitur sunt ponendi termini habiles. Occurrit hic autem singularis modus, quibus quis amittit potestatem: quam habet in liberos, præter eum qui ponitur in *§. præcid.* nimirum si quis se dederit adrogandum. Ita enim cum ipse cum liberis transeat in potestatem *§. pen. titul. prec.* consequenter ipse liberos suos in potestate habere desinit. Aut an ille simul liberos in potestatem dedisse intelligitur? utique non omnimodo amittit ius potestatis, ut in *§. prec.* Sed potentia illud retinet, quæ si exerit patre adrogato mortuo, aut secuta emancipatione, per ea quæ diximus ad *§. admonendi sup. h. s.*

TEXTVS.

10. Et quidem neque naturales liberi, neque adoptivi ullo pene modo possunt cogere parentes, de potestate sua eos admittere.

COMMENTARIVS.

1 *Monachismo an tollatur potestas.*
2 *An per matrimonium.*

RAtio certa est à summo iure potestatis, quod ex lege Romuli patres in liberos acceperunt. Sed idem erit, utcunque ex ratione iuris gentium disputes & de qualicunque potestate quam parentes in liberos habent. Nec obstat quod sup. diximus ad *§. 2. de pat. pot.* potestatem patris in liberos esse quasi regiam: Etenim Rex fere ex consensu subditorum imperare censetur: at pater ex natura quasi potestatem suam habet: sed nec subditis simpliciter eximere se potestate sui principis & alio migrare concessum est *arg. l. Idem 12. §. 1. de excusat. iunct. l. 4. C. de iur. fisci.* de quo hic non est tractandi locus. Rursus liberi sive ab initio sui iuris, sive post facti, non rediguntur inviti in patriam potestatẽ *l. ult. de his qui sunt sui iur. N. 89. cap. 11.* sed nec inviti exire coguntur ex potestate, juxta dicta *ad §. admonendi.* sed non est idem utique INVITI gradus: ubi emancipantur liberi vel adoptantur, sufficit eos non contradicere. Atquin certum est sine expressa voluntate patris non posse eos exire ex potestate per emancipationem.

Vllo PENE *modo.*] Ait hoc de liberis naturalibus & adoptivis. In adoptivis facilius hoc accidit, maxime in impuberibus arrogatis *nonnunquam 32. de adopt.* ceteroquin iusta causa est ut filius petat, & pater cogatur emancipare, ab improbitate patris si liberos ad turpitudinem adigat, vel nimis duriter tractet *l. ult. C. de spectac. l. Leonis 12 C. de Episcop. aud. l. ult. si à par quis manum.* Et denique si sub conditione emancipandi quid relictum & agnitum sit *l. si cui 92. de condit. & demonstr.* Ex adverso notant hic Dd. quod filius offendens patrem possit cogi, ut emancipationi assentiatur: contra quod tamen probabiliter disputat *Ang. hic in fin.* quoniam & ipse pater jure potestatis, aut per judi-

Digitized by Google

cem possit coercere improbum filium : ceterum si filius acceperit legatum , sub hac conditione relictum , ut emancipari se patiatur. & ipse Ang. consentit cogi consentire filium volenti patri eum emancipare , qui tamen casus procul dubio rarior est.

Colophonis loco libet annotare , an Monachismo vel † matrimonio solvatur patria potestas. De illo affirmat Angelus , negat Ioh. Faber. Ego Angelum magis probo : quoniam à negatis effectibus , negatur causa. Præcipuum ius potestatis LL. Romanis est , ut iure Quiritum vindicare filium possit , *l.* 1. §. 2. *de rei vind.* atquin filium qui ingressus est monasterium , pater abducere inde non potest : tum nec pater coercere filium monachum , nec adquirere quidquam per eum potest : sed ista iura Abbatis sunt & monasterii , & monachus mundo mortuus est , itaque amplius in potestate patris esse non potest.

Quod ad matrimonium attinet, filium qui uxo-
2 rem duxerat, iure † Rom. in potestate patris mansisse liquidissimum est. Moribus nostris creditur esse quædam species emancipationis, si filius seorsim habitationem & familiam habeat. De filia nubente ex iure veteri disputari potest, ubi in manum mariti per coemptionem convenerat : Verum supra *ad tit.* 10. diximus , illa vestigia iuris veteris nusquam in corpore iuris nostri exstare , sed certis textibus probari indistincte , & filiam quæ nupsit , manere in potestate patris : contra quam inepte disputat *Hottom. ad* §. *vlt. sup. de pat pot.* cuius distinctio inter matremfam. & matronam , iure antiquiori vera, iure nostro nulla est : *ad tit.* 10. explosimus eius errorem , quo *l.* 1. §. *vlt. de liber. exhib.* explicat de casu , quo nuptiæ sine patris consensu contractæ fuerunt. Textus quibus probatur filiam etiam nuptam esse in patris potestate, sunt in *l. patri* 20. *de adulter. l.* 1. §. *ult. de iniur. ibi uxori filiæfam.* Cui si iniuria facta sit, actio datur patri: *l.* 1. §. 1. *de liber agnos. l. nuptiæ* 18. *de ritu nupt. l. si ut* 7. *C. de nupt.* ubi divortio facto in repetendis nuptiis requiritur consensus patris: & apertissime quod innumeris locis tractatur de iure patris in repetenda dote, ubi filia est vel ante mortem fuit in potestate *l.* 2. §. 1. *l. quotiens* 29. *solut. mat. l. cui* 8. *& 9. de cap. min.*

(o)

AD TITVLUM XIII.

LIBRI PRIMI Institutionum.

DE TVTELIS.

TEXTVS.

Transeamus nunc ad aliam divisionem personarum. Nam ex his personis quæ in potestate non sunt , quædam in tutela sunt, vel in curatione , quædam neutro iure tenentur. Videamus ergo de his, quę in tutela vel curatione sunt : ita enim intelligemus certas personas , quæ neutro iure tenentur. Ac prius dispiciamus de his , quæ in tutela sunt.

COMMENTARIUS.

HÆc utique subdivisio est. Et nimirum membrum unum divisionis sub *tit.* 8. *sup.* explicatum hactenus est eorum qui sunt alieni iuris, & hi vel servi , vel filii fam. quorum status in præmissis explicatus est. Sequitur alterum. Hi qui sunt sui iuris ; qui admodum hic propositum distinguuntur. Et nimirum istæ personæ vel omnino sibi relinquuntur, ut se suaque bona tueantur ipsæ & administrent ; quædam aliorum opera indigent , & sunt vel in tutela , vel in cura.

Videamus ergo de his.] Eodem modo egit *supra tit.* 8. *in fin. princ.* explicatis personis quæ alieni iuris sunt , apparitarum quæ sint sui iuris, Ita hic explicatis quæ sunt in tutela vel cura , ultro constituta, quæ neutro iure teneantur, nimirum præter hactenus enumeratas, reliquæ omnes. Ratio ipsa suadet , ut prius agatur de his , qui sunt in tutela.

TEXTVS.

2. Est autem tutela , ut Servius definit , vis & potestas in capite libero , ad tuendum eum , qui per ætatem se ipse defendere nequit , iure civili data ac permissa: Tutores

Digitized by Google

Tutores autem ſunt, qui eam vim ac poteſtatem habent: exque ipſa re nomen acceperunt, itaque appellantur tutores quaſi tuitores; ſicut æditui dicuntur, qui ædes tuentur.

COMMENTARIVS.

1 *Caput liberum quod.*
2 *Pupillus quis & quotuplex.*
3 *Ædituus an recte.*

EST vis atq; poteſtas.] Theoph. videtur legiſſe *Ius*, reddit enim, δικαίωμα: & *Harmen. ſ. tit* 11. *infr.* Sed tamen mox Theoph. in verſ. ſeq. ubi legitur *tutores ſunt qui eam vim.* reddidit, ἐκεῖνοι εἰσὶν οἱ τὴν ἐξουσίαν ἔχοντες. qui dictam vim (neque enim propter verbum ſeq. aliter explicari poſſe videtur) & poteſtatem. Et δίναμις vim vel facultatem ſignificat; ut plane inepti ſint, qui hic violentiam quandam ſibi imaginantur; Ita enim vim mentis, ingenii & infinita alia dicimus; itaque non placet, quod Hottom. id verbum eo refert, quod pupilli etiam inviti accipiant tutores. Et omnino nihil refert, ſive ius, vim, poteſtatem aut facultatem dicas; neque ICti hoc egerunt, ut accuratas definitiones ex Logicorum præceptis nobis concinnarent, ſed ut eſſentiam rerum exprimerent, itaque & futilis obiectio eſt, quod definitio bona non debeat habere duplex genus.

Eſt poteſtas] Si conferas princ huius tit. apparet ὁμωνυμίαν uſurpari verbum poteſtatis: ſiquidem Juſtinian. in princ. eos qui in tutela ſunt, negat eſſe in poteſtate, quæ alias eſſet contradictio; Nimirum in d princ. ſumitur in ſpecie pro ea quæ in dominicam & patriam diſtinguitur, *in princ. up. tit.* 8. At in *h. t.* 1. latius ſumitur, & pro ea poteſtate, quæ non ſicut illa magis ad commodum imperantium ſed ad populi commodum directa eſt, ſicut & alias verbum poteſtatis latius uſurpatur paſſim.

1 *In capite* † *libero.*] Alibi quoque defendi, hæc verba accipienda de pupillo: (quæ eſt explicatio *Acc. Hott. Mynſ. VVeſemb. Baronis*) qui recte dicitur caput liberum, oppoſitive ad ſervum, qui in tutela non eſt; quin & ad filium fam. ſi veterem illam ex L. Romuli poteſtatem attendas: qua conſideratione ideo non poterunt iſta referri ad tutorem, quia hic poteſt etiam eſſe filius fam. Hinc in *l. filius* 8. *de probat* filius qui ſe negat eſſe in poteſtate, contendere dicitur, ſe liberum eſſe: & ita pupillum appellat *Gell. libr* 5. *cap.* 19. caput liberum fidei tutorem commiſſum. Nec ſolæciſmum facit hæc formula loquendi; quin ita veteres loqui amaverunt, ut in illo 11. tabb. ſi furioſus exiſtit, agnatorum gentilium, quæ in ea pecunia quæ eius poteſtas eſto Nec articulus ſequens *QVI* refertur ad *CAPVT*, ſed ad proxime antecedens *EVM*, ſicut nec particulam illam *EVM* neceſſe eſt ad *CAPVT* referri. Et ſatis conſtat, ſervum omnium munerum civilium incapacem eſſe; obiectum autem tutelæ omnino plane in definitione proponendum erat; tum etiam verbis iſtis pupillum deſignantib. verbum poteſtatis alias ambiguum coarctatur, ad poteſtatem in homine qui eſt ſui iuris, qui enim eſt alieni iuris ſive in patria, ſive in dominica poteſtate, in tutela eſſe non poteſt, quod ipſum & *Theophil. in princ. tit.* monet.

Ad tuendum eum.] Hic eſt finis tutelæ; & ſimul hoc innuitur, tutorem dari principaliter perſonæ non Rei, de quo plura in ſeqq. Diſtinguitur n. hoc modo tutela à patria poteſtate, quæ ſignificat ius patris in coercendo & adquirendo per filium; & plane eo modo ad tuendum filium non pertinet, quo tutela ad pupillum tuendum; ex quo etiam eſſe videtur, quod nec autoritate patris impubes filius obligari poteſt *l. ult. §. 2. d. V. O. §. pupillus 9. in fin. inf. de inutil. ſtipul.* Ubi dicemus.

Qui per ætatem.] Notant hanc eſſe differentiam tutelæ à cura Et an igitur pubes ſeipſum per ætatem defendere poteſt? Utique non ei fini tutela introducta videtur, ut ab iniuſta violentia, quæ in Republ. bene conſtituta nemini, ne dum pupillo infertur, pupillus ſit tutus; & præcipua pars defenſionis in iudicio requiritur: nec minus pubes etiam hic defenſione opus habet, cum legitimam perſonam utique in propria cauſa ſtandi in iudicio non habeat. An dicimus defenſionem pupilli omnino debere fieri per tutorem: non æque minoris per curatorem ordinarium: ſed ſufficere quemvis curatorem ad litem, ex quo nec omnes minores indigent curatore univerſali, de quo *inf. de curat.* Plane cura poſita eſt in adminiſtratione bonorum, & curator non perſonæ, ſed Rei dari dicitur. Alia ratione hoc recte refertur inter differentias tutelæ & curæ; quod omnis tutela eſt propter defectum ætatis; non autem omnis cura cum & quidam maiores 25. annis accipiant curatores, de quo *infr. d. l.* Atque ita etiam

ſepara-

Digitized by Google

ſeparantur à poteſtate patria, quæ ætate liberorum non finitur; curatores autem minoribus quoque propter eorum infirmam ætatem dari (ſed nimirum propter quam nec dum adminiſtrare bona poſſunt ſua) probatur ex *l. 1. §. ult. cum l. ſeq. de minorib. l. quod ſi 14. §. curatori 7. de ſoluto l. 4. §. ult. rem pup. ſalv. for.*

Cum autem objectum tutelæ ſit pupillus, locus [2] hic poſtulat, ut & de † pupilli definitione & diſtinctione hic quædam proponamus, cum nullus commodior inde tractandi locus occurrat. Pupillus in hac materia eſt perſona impubes ſui juris; quomodo & definitum in *l. pupillus 239. de verb. ſign.* & innumeris locis, & cum dicimus pupillum ſine tutoris autoritate non obligari *l. obligari 43. de obl. & act.* nec aliter hoc verbum accipitur, cum dicimus pupillares tabulas, pupillare teſtamentum; qui iſta nullam vim habent; nec de iis quæritur, niſi poſtquam morte patris filius ſui juris factus eſt. Interdum tamen hoc verbum tantum ætatem notat, & eum quoque comprehendit, qui eſt in poteſtate patris *l. ult. & pupillus 2. de V. O.* Pupillorum tres ſpecies ſeu gradus potius ab ætate conſtitui ſolent, ex *d. §. pupillus 9. inf. de mutil. ſtipulat.* infantis, proximi infantiæ, & proximi pubertati. ubi ultro apparet, alio ſenſu dici proximum pubertati, alio proximum infantiæ: Illum qui nec dum pubertatem attigit; hunc, qui infantiam eſt egreſſus; nec aliter poteſt, quippe cum à prima nativitate dicatur infans. Receptum porro eſt apud Doctores, infantiam dici usque ad ſeptimum, per *l. ſi infanti 18. in pr. C. de iur. delib.* cum quo convenit *l. 1. §. 2. de admin. tut.* Cum autem infans dicatur qui fari non poſſit, & ipſa proprietate verbi & textib. quoque juris *l. 1. in pr. de V. O. l. 5. §. 2. de tutelis l. 2. & l. ſervum 6. rem pup. ſalv. fore. l. mulier. 70. de V. O.* Vtique conſtat ante ſeptimum ætatis annum, quin tertio aut altero quoque anno pueros loqui poſſe. Itaque dicendum eſt, loqui, intelligi emphatice; ita loqui, ut aliquomodo diſcernere poſſint, & intelligere quid loquatur & agatur, quomodo hoc explicat *Theoph. in d. §. 9. inf. de inutil. ſtipul.* τὸν (loquitur de eo qui ſeptimum annum agit) οὐκ ἐκφωνεῖν διωκτέον τὰ ῥήματα, ἀλλὰ δεκτέον ὅτι διωκτέον ὅτι περὶ τοῦ τὰ λεγόμενα. Hic quamvis eloqui verba poſſit, tamen nequit diſcernere, quid ſibi velint ea quæ dicuntur. Ab hoc igitur tempore, & impleto ſeptennio incipit altera pars pupillaris ætatis, quæ dicitur infantiæ proxima, ubi aliquid intelligere incipiunt pupilli, ut ex eo perſpicuum eſt, quæ hac ætate recte contrahuntur ſponſalia, *l. in ſponſalib. 14. de ſponſalib.* quæ utique requirunt aliqué conſenſum. Itaque quod Juſtin. *in d. §. 9.* ſcribit hujusmodi quoque pupillos nullum habere intellectum; vel de intellectu perfectiore vel comparative accipiendum eſt, dum hi pupilli cum aliis conferuntur; quo ſenſu & ſecundum ſubjectam materiam dictum eſt in *§. 1. inf. quib. non eſt perm. fac. teſt.* de omnibus pupillis, nullum eſſe eorum animi judicium. Ceteroquin in his pupillis & in altero gradu huius ætatis eſſe aliquid intellectus, ex ipſo *d. §. pupillus. 9. inf. de inut. ſtip.* probatur, ubi idem jus illis tribuitur quod pubertate proximus; nimirum, ut ſibi alios obligare, & quævis cum tutore recte agere poſſint; de quib. agitur in *l. in negotiis, 5. de Reg. Iur.* ubi dicitur, pupillos qui fari poſſunt, omnia recte agere poſſe: nam quod ibidem additur, eos non intelligere actum, ad veram & perfectam intelligentiam referendum eſt, & ſatis eſt intelligere eos quod loquuntur; quomodo etiam accipitur in *l. 6. pub. rem ſalv. fore.* non intelligere eû quid agat, quamvis ibi ſaltem pro ſolemnitate interveniat ſtipulatio; in cujuſmodi terminis etiam infans cum tutore aliquid agit in *l. ſervo 65. §. 3. ad SC. Trebell.* quoniam etiam in hoc aliquis eſt ad rem adfectus, ex quo rem donatam adquiri infanti quo ad poſſeſſionem corpore, traditum eſt in *l. 3. C. de adq. poſſ.* Itaque diverſo reſpectu pupillus proximus infanti dici non intelligere quod agitur, ut *ſup. dd. textib. & in l. 1. §. hinc 13. de O & A.* & tamen aliqua intelligere, quomodo in *l. 1. §. 3. inf. de adq. poſſ.* ibi *ſi eius ætatis ſint, ut intellectum capiant*, ut ſcilic. aliquid intelligant, ubi & hoc notandum, favorabiliter quædam admiſſa eſſe, præter rigidam juris rationem, veluti quod infans tutore autore poſſidere poteſt, quod utilitatis cauſa receptum dicitur *l. quamvis 32. §. 2. de adq. poſſ.* Ceteroquin ut pupillus quid faciat tutore autore, ipſum quoque intelligere aliquid neceſſe eſt. Et igitur ut includamus eſt pupillus quidam infans, quidam proximus infantiæ, non infans, ut dicitur in *l. pen. de manum. vind.* Et adeo conſequenter, ut initio propoſuimus, ſunt tres gradus pupillaris ætatis, nam de tertio, proximo pubertati, quam fere ætatem 12. aut circiter anno definiunt, non dubitatur, quin tamen pupillus omnimodo etiam intelligat quod agatur, qui & doli capax dicitur *l. pupillum. 111. de Reg. Iur. l. impuberem 23. de furtis.* de quo accipienda *l. 5. §. 2. in fin. ad L. Aquil.* Hoc adjeciſſe voluimus breviter: nam omnia quæ circa pupillos diſputantur; hic tractare, loci iſtius non eſt, Iam in textu pergamus.

Iure civili data ac permiſſa.] Dicitur juris civilis, ſicut & nuptiæ & patria poteſtas ſucceſſiones, teſtamenta, &c. ad jus civile referuntur, quæ tamen eſſentia ſua ſunt à jure gentium; & teſtatur ipſe *Iuſtinian. in §. pen. inſt. de Attil. tut.* ut impuberes ſint in tutela jure naturali conveniens eſſe; quod & plerasque gentes ſecutos eſſe haud dubium eſt; & de Athenienſibus teſtis eſt oratio inſignis *Demoſthenis contra Aphobum.* tutorem ſuum; mala autem propria habet tutela apud Romanos, propter quæ non immerito ad jus civile refertur. Rurſus jure civili aut directo, aut per conſequentiam, ut loquitur ipſe *Vlpian. tit. 11.* & exemplum eſt *inf. tit. 17.* Et amplius jure civili ſive Legib. veterib. aut novis, ut ex ſeqq. patebit. Ait *Data & permiſſa*, ubi verbum *permiſſa* videtur omnimodo deſignare teſtamentariam, arg *§ ſeq. in princ.* Verbo *permiſſum.* Verbū data, pertinet ad tutelam legitimam, quippe quæ immediate conſtituta eſt per L. 12. tabb. cujus tamen verba in hanc rem non exſtant, ſed atteſtatur Ulpian *tit. 11. §. 2.* ubi ait per Legem 12. tabb. propalam legitimam adgnatorū tutelam induci, & Lex 12. facit tutores *l. legitimos §. 5. in pr. de legit. tutor.* Ad permiſſionem autem teſtamentariæ referri ſolent verba vulgata L. 12. tabb. *uti quiſque legaſſit ſuper pecunia tutelave, &c.* Sed & ſub hoc verbo dicendum fuerit comprehendi dativam; aut an forte de ea nihil cavit L. 12 tabb. Sed ea poſtea neceſſitate ſuadente acceſſit, ex novis LL. ut dicetur *inf. de Attil. tut.*

Tutores ſunt.] Argumentum à coniugatis, una cum notatione tutorum, à tuendo; hoc n. eorum officium eſt, ut ipſa oſtendunt definitionis verba, *ad tuendum eum.* Altera notatio, (quæ pro con-
3 firmatione additur) & etymologia verbi *Æditui* † ab ædibus ſacris tuendis, non caret dubio. Sane ita *Varro 6. de Ling. Lat.* Tutor, inquit, duo ſignificat, unum ab aſpectu: alterum à curando ac tutela: quo quidam etiam illum qui curat ædes ſacras, ædituum non æditumum; & *Paulus ſive Feſtus*: Æditumus, ædis ſacræ tuitor, ſive curam agens; & *Non. Marc. c. 2. ſub lit A.* Æditor, id eſt, ædem tueor; Et tamen verendum, ne ſcribendum ſit, *æditumus*, ita ut *TIMVS* nihil ſit quam productio verbi, ut olim exiſtimaſſe Servium refert *Cicer. in Topicis.* & magis probat *Gell. lib. 12. cap. 10. Varro 1. de re ruſt. cap. 2.* in pr. *Æditimo*, ut dicere didicimus à patribus noſtris, ut corrigimur à recentib. urbanis. *Ædituo.* Illud ſane videtur inſulſius, quod extat apud Feſtum ſive Paulum potius, & Grammaticū Soſipatrum Chariſium; ut æditimus dicatur qui ædem ſervat, quaſi ædis Intimus.

TEXTUS.

3. Permiſſum eſt itaque parentibus liberis impuberibus, quos in poteſtate habent, teſtamento tutores dare. Et hoc in filios filiasque procedit omnimodo, nepotibus vero neptibusque ita demum parentes dare tutores teſtamento poſſunt, ſi poſt mortem eorum, in poteſtatem patris ſui non ſunt recaſuri. Itaq; ſi filius tuus mortis tuæ tempore in poteſtate tua ſit, nepotes ex eo ex teſtamento tuo habere tutores non poterunt, quamvis in poteſtate tua fuerint: ſcilicet, quia mortuo te in poteſtatem patris ſui recaſuri ſunt.

COMMENTARIVS.

1 *Tutela hæc pura & mixta.*
2 *Qui non iure habeant dandi.*
3 *Confirmatio duplex.*
4 *Tutor exheredato datus.*
5 *An mater det tutorem.*

SIcut teſtamentariæ ſucceſſionis & hæreditatis *l. quamdiu 39. d. R. I. l. quamdiu 39. de adquir. hared.* ita & teſtamentariæ tutelæ prima & potior cauſa eſt in *pr. inſ. tit. 15. l. ſi tutor. 9. §. 1. inf. de tut. & rat. diſtr.* Ergo patet liberis jure dat tutorem; unde colligit Hot. poteſtatis patriæ jus etiam poſt mortem durare: parum ſubtiliter. Nimirum cum pupillus neceſſario habere deberet tutorem vel legitimum vel à magiſtratu datum placuit merito, parentibus hoc potiori jure permitti, qui optimū conſilium pro liberis capere intelliguntur. Tutorem autem dant parentes.

Liberis impuberibus.] Hi enim tantum egent tutore puberes non habent tutorem ſed curatorem, quem an pater teſtamento dare poſſit, tractatur in *§. . . inſr. de curatorib.*

Quos in poteſtate habent.] Legimus autem tutorem etiam dari emancipatis *§ ult. v ſr h.t.* Item naturalibus libetis *l. ult. C. de conſ. tut. l. 7. D eod.* Item tutorē dari à matre *leg. 4. d. teſtam. tut. l. 4. C. eod.* imo etiam à patrono, patruo, vel alio extraneo *l. 1. §. 1. l. 5. de conſ. tut.* Legimus etiā codicillis ab inteſtato dari tutorem *l. 1. §. 1. de conſ. tut.* aut teſtamento non juſto ſive imperfecto *l. 3. de confirm. tut l. 2. C. eod.* cum tamen hoc §. requiratur, ut detur tutor teſtamen-

to, quod intelligitur juſtum & perfectum. Quæ ut expediantur, ita diſtinguendum ſtatuo, quod tutela teſtamentaria alia eſt pura, alia mixta: pu-
1 ram dico, † quæ ex ſola diſpoſitione ultima citra aliud adminiculum vires ſumit. Hoc an locum habeat ex tribus æſtimatur, ex perſona dantis, ſi eſt pater, ex perſona eius cui datur, ſi ſit impubes in poteſtate: & ex modo dandi, ſi fiat teſtamento perfecto, juxta hunc §. in quo omnino agitur de tutela teſtamentaria pura Ex his tribus ſi unũ deficiat, fit tutela mixta, & alio adminiculo opus eſt: Adminiculum iſtud duplex, inſtitutio pupilli, & confirmatio magiſtratus, quod poſterius facit præcipue mixturam, ut ſcilic. tutela partim teſtamentaria, partim dativa cenſeatur. Confirmatio
2 iſta rurſus duas habet ſpecies; † alia enim eſt ſimplex & nuda adprobatio: alia requirit quid aliud; & iſtud aliud rurſum duplex: & vel eſt inquiſitio, vel ſatisdationis exactio præſtatioque. Satisdationem exigunt tantum minores magiſtratus, *l. tutoris 5. de conf. tut.* de quo *inf. §. ult. de ſatisdat. tut.* & vero eam exigere coguntur *d. l. 5.* Majores confirmant aut ſimpliciter per decretum, aut adhibent inſuper inquiſitionem, in bona ſcil. & mores, an tutor ſit idoneus. Variant itaque iſta tum à qualitate magiſtratuum, qui confirmant: tum, quod præcipue notandum eſt, à qualitate perſonarum quæ dant tutores: nam perſonam cui datur,
3 omnimodo oportet eſſe pupillum. Et in ſumma † intereſt, an ille non jure dederit tutorem, (jure enim κατ' ἐξοχὴν dicitur datus tutor, ubi tutela pure teſtamentaria eſt, & ſupra relata concurrunt) cui alias jus dandi eſt ex L. XII. Tabb. an cui jus dandi non eſt. Ille qui jus dandi habet, uno nomine eſt pater: qui non habent, ſunt reliqui omnes, mater, patronus, patruus, alius extraneus. Et pater dupliciter non rite aut jure dat tutorem, ſi dederit codicillis non confirmatis teſtamento non juſto nec perfecto, & ſi dederit tutorem emancipato. Et hoc tribuitur reverentiæ & juri paterno, ut tutor datus confirmetur ſimpliciter *§. ult. h. t. l. §. 2. de conf. tut.* ubi additur, *ut plurimum*, quia ex cauſa poteſt adhiberi inquiſitio, velut in eaſibus qui proponuntur *in l. in confirm 8. cum 2. ll. ſeqq. de conf. tut.* Notant limitationem ex novo jure, ubi teſtamentum vitium habet, quia factum contra formam *N. 115. c. 3.* eiuſmodi teſtamento tutor datus, non indigebit confirmatione, quoniam præter inſtitutionem cætera autoritate Legis confirmantur. Vix autem puto recte huc referri *l. hac conſult. 21. §. Ex*
impref. C. de teſtam. id enim ad diſpoſitionem ſuper bonis pertinet. Et quod dixi regulariter ſufficere hic ſimplicem confirmationem, oſtenditur *l. 3. de confir. tut.* ubi dicitur ſatisdationem remittendam eſſe, ubi nimirum magiſtratus minores confirmant: etenim ut dixi, ubi majores inquirunt, ibi minores exigunt ſatisdationem: quæ loco inquiſitionis ſuccedit: & ubi illi confirmantes non inquirunt, ibi hi confirmantes non exigunt ſatisdationem, quamvis exiſtimari poſſit, magiſtratus minores non poſſe confirmare ſine ſatisdatione; ſicut nec ſine hac dare tutores poſſunt, quod ſi ita eſt, accipienda erit *d. l.* in hunc ſenſum, quod iſti tutores non ſint remittendi ad magiſtratus municipales confirmandi, ſed ab ipſis magiſtratibus maioribus confirmari, debeant, quod ſuadetur per *§. ult. inf. h. t.* Hoc quod ita dixi de patre, procedit in patre legitimo, qui liberos in poteſtate habeat, quibus codicillis dat tutorem; vel habuit, cum emancipatis dat tutorem: Secus in patre non legitimo, qui ſi liberis naturalibus dederit tutorem, inquiſitione opus eſt *l. naturali 7. in pr. de confirm tut.* & de eiuſmodi confirmatione accipienda eſt *l. ult. Cod. de conf. tut.* aut diſtinguendum, an pater aliquid iis reliquerit, de quo caſu eſt *d. l. ult.* ut tum ſufficiat confirmatio nuda: an nihil reliquerit, *ut in d. l. 7.* Ego puto tamen aliud ſtatuendum in filio naturali ex concubina nato, de quo eſt *d. l. ult.* & omnino ibi ſimplicem confirmationem non ſufficere: aliud in filio naturali qui in ſervitute ex contubernio, quod eſſentia ſua matrimoniũ eſt, ſuſceptus fuit, quem & *Inſtin. infr. de ſervili cognat.* cum juſtis liberis ad ſucceſſionem admittit, ut huic poſſit dare tutorem, licet ei nihil reliquerit, ut tamen quia legitimus pater non eſt, requira-
4 tur inquiſitio. Ex quo confirmatur, quod † omnimodo legitime alius pater det tutorem filio exheredato, ut nec confirmatione ulla opus ſit, quoniam (quod utrumque in patre naturali deficit) & legitimus pater eſt, & filium in poteſtate habet: quod fit, ut etiam exheredato filio ſubſtituere poſſit *§. non ſolum 4. infr. de pup. ſubſtit.* quandoquidem exheredatus & in poteſtate & ſuus manet, ut oſtendemus *add. 4. §.* Et probatur iſta ſententia per *l. 4. teſtam. tut. iunct. l. ſi pater 31. eod. tit.* ubi pariter prædicatur de exheredato & inſtituto, quod pater eis tutorem dare poſſit. Item probatur ex *l. iure 26. §. 2. d. t.* ubi tutor exheredato datus, ubi pronunciatum eſt pro teſtamento, ex hoc dicitur eſſe tutor: ceteroquin ſi contra teſtamentum ſit ſententia lata, vires ſumit ex de-

ex decreto prætoris, quod propter incertum eventum judicii interim interponitur. Et quod dicitur *in l. fin. §. 3. in pr. de V. S.* tutorem seperatim sine pecunia dari non posse, non significat, quod non possit dari tutor ei qui non est institutus, vel etiam qui plane nihil accepit: sed quod nemo possit tutorem dare, nisi testamento, quo etiam dationis suæ ritu secundum LL. disposuit.

† Hæc de patre. Mater † & reliqui ex Lege ius dandi tutorem non habent, itaque tantum ex humanitate sustinetur datio, ita ut non sufficiat confirmatio simplex, sed inquisitio aut satisdatio sit necessaria. Humanitatis ratio, & cur hæc datio fuerit hactenus admissa, pendet ex eo, quod istæ personæ pupillos instituunt heredes, ut non tam personæ quam in rem & quasi curatorem dedisse videantur. Hoc ita de aliis extra patrem probatur *in l. 1. §. 1. l. 4. & 5. de confirm. tut.* & in terminis de matre, quod hic opus sit inquisitione, (tum quia ut diximus ius dandi ex L. non habet, tum quia, qua ratione Dd. utuntur, fragile & infirmum est muliebre consilium) & quod oporteat pupillum esse heredem institutum probatur *in l. 2. de conf. tut. l. pater 4. de testam. tut. l. peto 8. §. 2. de legat. 2.* & aperte *l. ult. § uls. in fi. qui pet. tut.* Itaq; *in l. mater. 4. C. de testam. tut.* quæ contradicit, aut cum Cujacio negotio expungenda est, aut dicendum, aliquando ex causa & circumstantiis posse magistratum etiam confirmare tutorem, quem mater filio pupillo non instituto dedit. Illud insuper hic monendum, quod licet mater cum ceteris v. c. patruo, patrono, ita conferatur, ut nuda & simplex confirmatio non sufficiat, hanc tamen esse differentiam, quod ubi tutor datus est à patruo vel patrono, eum magistratus maiores confirmare non solent regulariter, sed fere remittere confirmandum ad magistratus municipales, ex quo fit, ut hi tutores, quod onus satis grave est, cogantur præstare satisdationem *l. tutores 5. de conf. tut.* at cum tutoribus datis à matre hactenus videtur mitius agi, ut non oneretur satisdatione, sed ab ipsis magistratibus maioribus ex inquisitione confirmentur, quæ sententia est *l. 2. de conf. tut.* quod si tamen v. c. prætor & hos remittat confirmandos à minoribus magistratibus, & hic satisdare tenebuntur. Apparet ex his, tutelam testamentariã quam dixi esse mixtam, nõ esse æqualiter talem. Nam cum confirmare sit, quodammodo dare *arg. l. 6. de iurisdict.* quo plus minusve est in confirmatione, & plus minusve datio testamento facta accepit à confirmatione magistratus, eo plus minusve quoque tutela ad testamentariam accedit, & testamentaria est. Et nimirum si pater tutorem dedit filio emancipato, vel dedit codicillis tutela magis est testamẽtaria, quia simplex saltem accedit confirmatio & approbatio, & perinde in aliis testamentariis non opus est satisdatione: ubi autem alii dederunt, videtur magis esse dativa, quia confirmatio fit cum inquisitione aut exacta satisdatione. Itaque inepti sunt, qui ad hanc quæstionem, an tutor confirmatus magis sit dativus quam testamentarius, sine distinctione respondent. Denique cum mixtum dicatur quod de duobus pluribusve participet, addendum est, in quibus ista tutela sit mixta, & quænam trahat à tutela testamentaria pura & dativa pura. Prima causa huius mixtæ tutelæ est ex testamento, & hic tutor præfertur legitimo arg. *l. idem 17. in fin. pr. de testam. tut.* cui alias cedit dativus, idq; interpp. hic communiter probant contra gl. & ab ordine titulorum confirmant; & text. *l. pen. in pr. de curat fur.* ex quo etiam fit, ut qui recusat hanc tutelam sibi delatam, quod testamento relictum est, perdat *l. Nesennius 32. de excusat. tut.* Ex adverso quodammodo proxima causa videtur esse à magistratu, (quamvis sane non est in arbitrio eius regulariter, an defuncti iudicium sequatur nec ne, arg. *d. l. pen.* & ibi fortius in terminis curatoris à patre dati) & qui confirmat, quodammodo dare videtur *arg. d. l. 6. de iurisdict.* cum & hoc occurrit, quoniam ita datus, non obligatur periculo tutelæ ante confirmationem *l. 1. C. de testa. tut. l. 1. & 2. C. de confirm. tut.* quod in vere & plene testamentario tutore secus est *l. 1. §. 1. de admin. tut.* Amplius ubi adest verus testamentarius, nulliter datur tutor à magistratu: at ubi confirmatio requiritur, datio utilis est, *l. 3. C. de conf. tut.*

Si post mortem eorum.] Hoc dependet *ex pr. tit. præced.* & quod non semel diximus in filio esse potentia patriam potestatem in liberos ex se natos, quæ mortuo vitio deducatur in actum: qui autem mortuo testatore sunt futuri in alterius potestate, hi tutores habere non possunt.

TEXTVS.

Cum autem in compluribus aliis causis posthumi pro iam natis habeantur, & in hac causa placuit, non minus posthumis, quam iam natis tutores testamento dari posse: si modo in ea causa sint, ut si vivis parentibus nascerentur, sui heredes & in potestate eorum fierent.

COMMENTARIVS.

QUid sit posthumus, & quotuplex, & unde dictus, tractabitur *inf. lib. 2. de exhared. liber.* Apparet hic intelligi eum qui tempore testamenti facti adhuc in utero est; & qui quoties de commodo eius agitur, fere pro nato haberi solet *l. qui in utero 7. & 26. de stat. hom.* favorabile autem habetur, ut liberi patris testamento accipiant tutores, qua ratione ex *d l. 7.* utitur Iustin. hic, possit autem videri petior ratio à iure & potestate patris, in istos quoque, qui nec dum quidem nati, sed eius conditionis sunt, ut si tempore testamenti nascerentur vel nati essent, sui heredes essent futuri, ex quo fundamento posthumus quoque substitui docet §. non solum 4. *in fi. infr. de pupill. subst.* imo & ipsi exheredari possunt. §. 1. *inf. de exhared. liber.* Et istis nimirum posthumis recte datur tutor, ut docet *Iustin. h. §. in vers. si modo.* Talis posthumus est, qui in utero uxoris est & (cuius gratia præcipue adiectum istud est, quoniam manente eodem statu testatoris non potest non talis esse qui in utero uxoris est) qui ex nuru uxore filii, in potestate, vivo avo testatore tempore testamenti iam conceptus, post præmortuo vel emancipato, aut in adoptionem dato filio, nasciturus est; hic enim fit suus & adeo in potestate, ita ut post mortem avi in alterius potestatem recasurus non sit: ceteroquin non possit dici suus. Neq; enim nepotes quos filius in potestate præcedit, aut sui sunt, ut tractatur *inf. lib. 2. tit. 19.* Quoniam autem effectus suitatis præcipue spectatur in hereditate & successione, & suus est quasi epitheton quoddam heredis, ideo recte hoc §. legitur sui *heredes* & impudenter illud verbum expungit Hottom. quem etiam aut non intelligo, aut absurde scribit, suum esse & dici, qui est sui iuris; cum sui appellatio aliam hic habeat significationem, ut maxime is, qui effectu suus heres est, non possit non esse sui iuris.

TEXTVS.

Sed etsi emancipato filio datus à patre tutor fuerit testamento, confirmandus est ex sententia præsidis omnimodo, id est sine inquisitione.

Ad hunc §. quæ pertinent, dicta sunt ad §. *permissum 3. cap. h. t.*

AD TITVLVM XIV.

LIBRI PRIMI Institutionum.

QVI TESTAMENTO TVTORES *dari possunt.*

TEXTVS.

1. Dari autem tutor potest testamento, non solum paterfamilias, sed etiam filiusfamilias. Sed & servus proprius cum libertate recte tutor dari potest. Sed sciendum est, eum & sine libertate tutorem datum, tacite directam libertatem accepisse videri, & per hoc recte tutorem esse. Plane si per errorem quasi liber tutor datus sit, aliud dicendum est. Servus autem alienus iure inutiliter testamento datur tutor. Sed ita, *cum liber erit*, utiliter datur: Proprius autem servus inutiliter eo modo tutor datur.

COMMENTARIVS.

TRactatio de tutela testamētaria quatuor capp. absolvitur, qui possint dare tutores, & quibus, qui possint dari, & quomodo. Duo priora explicata sunt tit. præc. posteriora duo hic exponuntur.

Sed etiam filiusfamilias.] Hoc non proprium est tutelæ testamentariæ, nā & à magistratu filiusfam. tutor dari potest *l. si filius. 7. de tutel.* De testamentaria est *L. Lucius 21. de admin. tut.* Legitima autem filiosfam. deferri non potest; quoniā semper eum pater gradu præcedit. Duo autem huic loco obiicit Hotto. 1. quod qui in potestate est alium in potestate habere non possit. *l. sic evenit 21. de adult. 2.* quod qui omnia adquirit patri, nō videatur debere administrare patrimonium alterius. Prior obiectio perspicue inepta est; quoniam regula d *l. 21.* loqui-

Digitized by Google

21. loquitur de poteſtate eiuſdem ſpeciei, non de diverſa; & poteſtas tutoris homonyme ita dicitur collata cum patria & dominica. Nec difficulter ad poſteriorem reſpondetur, quod nimirum non defectus iudicii aut conſilii facit filium f. inhabilem adquiſitionis, ſed merum ius poteſtatis ex LL. Romanis; ceteroquin nec adminiſtratio Reipubl. filiisfam. eſſet permittenda; atquin cum hactenus patrumfam. loco cenſeantur *l. filiusfam. 9. de his qui ſunt ſui iur.* nihil impedit, quominus filiusfam. recte bona pupilli adminiſtret; idq; exemplo peculii caſtrenſis, & quaſi apparet, in quibus loco patrisf. habentur filiifam. *l. 2. ad Macedon.* cum etiam ſint caſus, quibus, adventitia iure ſuo adminiſtrant, præſertim iure noviſſimo *l. 7. & ult. l. de bon. qua liber N. 117. cap. 1.* & omnino iſta poteſtas publica magis quam privata eſt, de quo *infr. de excuſ. in pr.* Et hinc Dd. hic notant, filium ſine conſenſu patris qua tutorem in iudicio eſſe & patrem ſine venia in ius vocare poſſe, nomine quippe alieno; nam alias quod patrisfam. loco eſt, non concludit: cum emancipatus venia opus habeat.

Servus proprius.] Quod de ſervis h. §. traditur proprium eſt tutelæ teſtamentariæ; ſervus enim nec agnationem, nec cognationis iura habet, & à iudice tutor dari nequit. In univerſum ita diſtinguendum eſt; quod ſervus aut datur Tutor teſtamento per errorem, dum teſtator eum putat eſſe liberum; & inutilis eſt datio *h. §. verſ. plane*; ratio generalis, quia error excludit conſenſum & voluntatem *l. ſi per 5. de iurisdict.* (poteſt autem fieri ut ſervus meus ſe pro libero gerat, præſertim ſi forte ex cauſa hereditaria obvenerit) aut datur ex certa ſcientia; & hic datur tutor ſervus vel proprius, vel alienus. In utroque duplex tractatur caſus; ſi ſimpliciter ſine libertate, *Stichus tutor eſto*, &, ſi cum libertate adſcripta, tutores dati dati fuerint; qui caſus ſubſtingui poteſt, quod aut pure datur tutor, *Stichus tutor & liber eſto* vel ſub conditione, *Stichus cum liber erit, tutor eſto.* Dicamus primo de ſervo proprio, certum eſt, eum cum libertate recte tutorem dari: *h. §. in pr.* Certum & hoc eum inutiliter dari ſub conditione, cum liber erit, *h. §. in fin.* quia cum ſit in poteſtate domini libertatem dare, qui ita diſponit, videtur iocari & ludere; veluti ſi quis dicat. Hæc res ſibi empta ſit ſi voluero, vel, ubi eam vendidero, & quod in noſtra manu eſt & poteſtate, in caſum conferri non debet, ut Theoph. hic ait, quamvis iſtud non ſit perpetuum. Superest tertius caſus, ſervi proprii dati tutoris ſine libertate, *Stichus ſervus meus tutor eſto.* Et Iuſtin. hic ſcribit, eum tacite videri accepiſſe directam libertatem. Sed contra fideicommiſſariam ex hac cauſa competere reſcriptū eſt in *l. ceſſi 9. Cod. de fideicomm. lib.* & reſponſum ab *Vlp. in l. ſi hereditas §. ult. de teſtam. tut.* ubi hactenus comparat ſervum proprium & alienum, ut ſi pure ſint dati tutores ſine libertate, in utriuſque perſona defendatur fideicommiſſoria libertas Hottoman. amplius ex reſponſis Papiniani & Pauli probat; ſervo proprio competere directam libertatem, per *text. in l. qui tutelam 28. §. 1. & l. quæro 32. §. 2. de teſtam. tut.* quos textus cum ceteris cōciliari poſſe negat. Ego exiſtimo olim ſervo tantū competiiſſe libertatem fidei commiſſariam, idque ex humanitate receptum, cum ſtricto iure datio inutilis eſſet, & maneret ſervus, quod communius olim in ſervo ſine libertate herede ſcripto obtinuiſſe ipſe ſcribit *Iuſtin. in §. idemq; 2. ſup. tit. 6. & in §. I. infr. de hered. inſt.* Quod ſi quæras, ſi pupillus ſolus ſit heres ſcriptus, quomodo ſervus poſſit pervenire ad libertatem; reſpondetur, vel quod ad hunc actum ſingularem detur extraordinarius tutor, quod & alias contingit, de quo *in §. certa inf. h. t.* vel quod pupillus habeatur hactenus pro abſente, ut libertas fideicommiſſaria poſſit repraſentari ex SCto Daſumiano, ut accidit *in l. neq; 36. in pr. l. non tantum 5. §. 4. de fideicomm. libert.* atque ita removetur iſta obiectio, quam late ſatis Theoph. proponit, inepte autem idem dubitat, an hæc ſit iuſta manumittendi cauſa; quæ quia plane eſt ſingularis, ex voluntate teſtatoris procedens, ideo in numero iuſtarum cauſarum ſup. *titulo 6.* relata non eſt: Et hoc quod dixi de SCto, diſerte probat *Paulus 4. ſent. 13. de fideicom. in fin.* Et ex textibus ab Hottom citatis nego probari directam libertatem. Et quod attinet *ad d. l. 32. §. 2. de teſtam. tut.* reſpondeo, non quod Cuiac. ex adiectione prænominis *Lucius*, quod liberorum proprium erat præſumi directam libertatem: ſed, quod ibi dicitur, ſtatim & ab hereditate adita ſervum liberum fieri, non ſignificare, quod directo & citra factum heredis & manumiſſionem fiat liber: ſed cum ibi ſervus ætate minor, & adeo ad tutelam actu gerendam inhabilis tutor datus eſſet, ſtatim liberum fieri, opponitur tempori legitimæ ætatis 25. annorum, ut favore libertatis ſervus ſtatim manumittatur, qui non niſi ea ætate completa, qua gerere poteſt tutelam, quæ cauſa libertatis eſt, manumittendus videbatur. Porro *d. l. 28. §. 1. de teſtam. tutel.* magis oppugnat ſententiam Hottomanni; quoniam ſi datione tutelæ directa libertas contineretur, ſervus ante per fideicommiſſum manumiſſus, recta tutor

& liber fieret: neque enim dubitari potest, quin si post datam fideicommisso libertatem, servum directo liberum esse iubeat testator, prævaleat scriptura posterior. Sed enim in d. l. testator, tutorem dedisse servum intelligitur, ut persistat in antedata libertate fideicommissaria; quod ideo non recte fieri ait Papinianus, quoniam ea tutela vere & recte testamentaria dicitur, quæ sine alio adminiculo ex solo testamento competit: quod isto casu locum nequit habere, ubi prius servus manumittendus est ab herede, antequam suscipiat tutelam. Sed quid dicemus ad hunc §. nostrum? Et duplicem video tradi ab aliquibus responsionem & conciliationem. Una est, quod Justin. hic opponat servum proprium alieno, qui ex ipsius sententia, simpliciter datus tutor, inutiliter penitus datur: servus autem proprius utiliter; ut eo respectu cum proprius servus libertatem consequatur, videatur ex ipsa tutelæ datione liber fieri, maxime cum Justinianus dicat, Eum *VIDERI TACITE* consequi libertatem. Altera non longe hinc abit, quam proponit *Char. 1. verosim. ult.* non esse scopum Justiniani hic tractare quæ & qualis libertas competat servo, sed tantum quod ei competat libertas, & quidem per ipsam tutelæ dationem, cui datio libertatis inest. Nihil sane mirum sit Justinianum favore libertatis aliquid novi statuisse; & quidem ad illud exemplum, quo etiam servo instituto sine libertate dat directam libertatem: quo argumento etiam utitur *in l. quidam, pen. in pr. C. de necess. serv. her. instit.* quamvis ex illo ipso loco modo dicta conciliatio & explicatio huius § probatur. Argumentatur enim ibi Justin. à servo sine libertate tutore dato, ad servum sine libertate institutum heredem: ait in re hoc inductum (& loquitur de iure anteriori) ut ex ipsa tutelæ datione præsumatur servo concessa & imposita libertas; secundum quem locum hic quoque §. erit explicandus: probavimus autem, ante Justinianum, servo competisse libertatem fideicommissariam. Nec quisquam hic urgeat & obiiciat comparationem servi tutoris dati & hæredis instituti, comparantur enim hactenus ut uterque efficiatur liber, non autem, ut eodem modo. Et differentiæ ratio manifesta est, tum quod longe plus est in hereditatis, quam in tutelæ datione, tum quod servo tutore dato est, qui ipsum manumittat: atquin si servus solus heres institutus sit, aut ceteri repudient, (quod maxime fit, ubi solvendo non est defunctus, quæ res huic juri præbuit occasionem, ut apparet ex *§. idemq; supra tit. 6.*) non est qui manumittat servum; ut adeo ipsa eo necessitas rem deduxerit, ut servus directo liber fieret: cum alias etiam non conveniat, cohæredem à cohærede manumitti; & imo omnem qui iure heres esse debet, tempore mortis testatoris capacem esse oporteat. Illud autem ineptum est argumentum Hottomanni, quod vi vult consequens etiam velit antecedens, & quod testator cum ipsa tutela etiam libertatem dedisse intelligendus sit. Satis enim dedit, si servus per fidei commissum manumittitur: tum etiam ista regula extra terminos suos trahenda non est; ut vel inde appareat, quod olim frequentius placuisse, paulo ante diximus, servum sine libertate frustra hæredem institutum; Illud quoque ineptum est, quod Baro, ut conciliet textus alios cum hoc loco, inter formulam qua testator usus est, vult distingui; *& d. l. 9. C. ae fideic. lib.* ad eiusmodi casum restringendum; quo v. c. testator dixit. Rogo te mi hæres, ut servus meus sit tutor. Quod pene ridiculum est fuisse.

Hæc de servo proprio. Paucula de alieno, constat hunc recte tutorem dari, *cum liber erit*: Sed ex Justiniani sententia hoc loco dicendum videtur: inutiliter eum dari, sive ita: *Stichus servus Sempronij tutor esto.* sive, *tutor & liber esto.* Ait enim pure inutiliter tutorem dari; quoniam scil. in eius manu non est, nec heredis, ut servus alienus liber fiat. Sed Ulpianus non obscure & hic putat ex æquitate posse subintelligi conditionem, *Cum liber erit*, quippe sine qua tutor esse non possit, ex quo fundamento defendit & huic servo fideicommissariam libertatem *d. l. 9. § ult. de test. tut.* ex quo supplendus erit hic locus; & sæpe in Institut. summæ rerum, & propositiones breves traduntur, quæ ex aliis locis sunt explicandæ. Qui defendunt servo proprio sine libertate tutori dato, directam libertatem; respondent, quod Justin. servum alienum inutiliter dicat tutorem ita dari, respectu servi proprii, cui directa libertas competat, cum alieno tantum competat fideicommissaria; sed repugnat, tum quod ubi libertas per fideicommissum competit, non potest dici inutiliter data: tum præcipue, quod Justin. istum casum opponit alteri, quo servus datus est tutor cum liber erit; ubi certum est competere tantum fideicommissariam libertatem; quo casu cum dicatur utilis esse datio, consequenter, quo casu inutilis esse dicitur, nulla libertas competet. Ant. Contius inutiliter ait dari servum alienum tutorem, pure, si pure detur, quo ad verba & sententiam: Licet autem ita datur, *Stichus tu-*

tor esto, vel, tutor & liber esto, quo ad verba videatur pure datus tamen non ex sententia, quoniam subintelligatur, si à domino redimi possit, & omnino cum liber fuerit. Sed enim ea quidem est sententia Ulpiani: atquin nimis divinatorium est fingere, in hoc §. intelligi puritatem in verbis & sententia; nec minus divinatorium est. quod Baro Justin. de eo casu explicat, quo testator voluit servum alienum directo statim liberum esse. Quæ nimis commentitia sunt.

TEXTVS.

2. Furiosus vel minor vigintiquinque annis, tutor testamento datus, tutor tunc erit, cum compos mentis aut major 25. annis fuerit factus.

COMMENTARIVS.

POtest hoc quoque referri ad personas, quæ dari tutores possunt; sed forte rectius ad modum dandi. Docemur enim cum tutor dari possit sub conditione, §. *seq.* id non tantum fieri sub expressa, sed etiam sub tacita & subintellecta. Est autem hoc quoque proprium tutelæ testamentariæ: Lex enim pure dat tutorem, itemque magistratus *l. mutuo 6. §. 1. de tutel.* Hactenus scilicet proprium est, quatenus furiosus & minor sub conditione tacite dati intelliguntur; ceteroquin cum lex simpliciter agnatum proximum faciat tutorem, furiosus quoque & minor ipso jure tutores erunt; de quo *infr. ad §. pen. de curatorib.* Istud de furioso controversum fuisse docet *l. si hered.* 10 §. *si furiosus 3. de inst. tut.* & possit videri non serio agere qui furiosum dat tutorē, quem utique scivit administrare non posse, & patris est, prospicere statim pupillo, ceteroquin potius magistratus eæ partes esse debent, placuit tamen & hoc patri dandum, ut sub conditione possit dare tutorem, quo modo etiam differtur & suspenditur tutela. & ideo quoque sub tacita conditione tutorem posset dare, & de datione testamentaria procul dubio accipienda est *l. furiosus 11. de tutelis.* Quod autem ad minorem attinet, ponendi sunt termini habiles, ut talis sit minor, qui ante pubertatem pupilli possit 25. annum ætatis implere; ceteroquin si forte minor 16. annorum, & pupillus 6. vel 7. annorum sit, elusoria erit datio, & tunc protinus dandus erit à magistratu tutor. Cur autem minor actu tutor esse non possit, expedita ratio est, quod ipse, si in contractibus læsus sit, restituitur. Et de minore agemus plenius *inf. de fidue, tut. in fin. & in §. Item maior 13. inf. de excus. tut.* ubi refutabimus errorem eorum, inter quos est Wesemb. *hic*, qui olim etiam à magistratu, minorem tutorem dari potuisse putant. An autem in locum furioli & minoris, interim detur tutor an curator, attingemus *inf. ad §. uit. de curatorib.*

TEXTVS.

3. Ad certum tempus vel ex certo tempore, vel sub conditione, vel ante heredis institutionem, posse dari tutorem, non dubitatur.

COMMENTARIVS.

1. *Datio tutoris an actus legitimus, & an sub conditione.*

HOc quoque testamentariæ tutelæ proprium, & visum est hactenus quoque indulgere patriæ potestati: Lex ita tutorem non dat, nec judex 1 *l. 6. §. 1. de tutel.* Ex quo notant dationem † tutoris quæ fit testamento non esse actum legitimū, quoniam actus legitimi non recipiant diem vel conditionem *l. actus 77. de R. I.* quod quamvis non satis liquidum sit, & lectio dubia *d. l. 77.* tamen & ipse puto, non dici testatorem Lege agere cum dat tutorem, non magis quam cum legata relinquit. Et Lex XII. Tabb. liberam facultatem patri permisit, Non convenit autem, ut judex & magistratus actus suos suspendat & relinquat imperfectos: & nusquam legimus prætorem decretis suis aut sententiis adjecisse, conditionem: neque enim aditur magistratus, nisi cum officio eius & autoritate opus est in præsenti; ceteroquin non necessum esset ab eo jam petere curatorem vel tutorem, si decretum sub conditione posset suspendi. Addunt vulgo & hanc rationem, quod ubi pater sub conditione dedit, sit, qui interim vicem suppleat & defectum, magistratus; sed nullus alius sit, qui hujus suppleat defectum. Jason tamen in addit ad Porc. ait hanc rationem esse periculosam, quia sint plures magistratus, qui possint tutores dare. Respondeo, præterquam, quod hoc vix verum est, cum fuerint & Romæ & in provinciis certi magistratus, & singuli quibus hæc res curæ erat (excepto eo de quo dicemus *in §. 5. infr. de Attil. tut.*) insuper, possit etiam alter & secundus adjicere diem vel cōditionem, & ita res non haberet exitum; quod enim uni licitum esset, alius quoque jure usurparet. Et licet plures ponantur magistratus, qui in dandis tutoribus concurrant, attamen uno occupante ceteri amplius tutores dare non posse videntur.

Digitized by Google

Ad certum tempus vel ex.] Nimirum ut tempus adjiciatur, & tamquam terminus à quo, & tamquam terminus ad quem.

Vel ſub conditione.] Addendum, *& ad conditionem*, quæ verba forte exciderunt; quæ enim ratio eſt dicei, eadem eſt conditionis, & eſt expreſſum *in l tutor. 8. §. 2. de teſtam. tut & in §. ſed & ſi infr. quib. mod. tut. fin.* Hinc autem & quod ubi ſub conditione pater dedit tutorem, interim alius datur à magiſtratu, notant Interpp. limitationis loco ad *l. 6. §. 1. de tutelis*, poſſe magiſtratum ſub tacita conditione tutorē dare. Sed non ſatis ſubtiliter. Intelligitur enim *in d. §. 1.* conditio ſuſpenſiva, ut non poſſit dare ſub & ex conditione; ſed datur tacite uſque ad conditionem; idque ſane hic annotandum eſt: commune quadantenus hoc eſſe tutelæ dativæ cum teſtamentaria, ut & illa uſque ad conditionem, ſed eam tacitam dari poſſit, & inſuper uſque ad eam conditionem quam habet tutela teſtamentaria. Idem eſt de die, v. c. ſi teſtator juſſerit aliquem poſt triennium eſſe tutorem: Interim enim tutor datus à magiſtratu, uſque ad triennium tantum tutor erit; neque valde mirum, cum ipſa tutela natura ſua tempore finiatur. Idque recte notat Br. *in d l. furioſus 11. de tutel.* quod exempla *gloſſ. ad l. 6. §. 1. cod.* pertineant ad conditionem tacitam ſub qua finiatur tutela, non qua ſuſpendatur; & erat procul dubio *gl. in d. l. 6. §. 1.* dum limitationem ad eum locum petit ex *d. l. 11.* quam recte Br. accipit de teſtamentaria tutela; cui adeo injuriam facit Angel. hic & male ſequitur opinionem gl. Porro an dicatur habere tutorem, qui habet datum ex die vel conditione, dicemus ad § pen. infr de curat. ubi de Regula, Quod tutorem habenti tutor non datur.

Vel ante heredis inſtitutionem.] Apparet hoc aliunde deſcriptum, nam olim dubitādi ratio erat, quod ante heredis inſtitutionem nihil poterat legari; ſed favor pupillorum in tutela ſuaſit contrarium, ſed poſt illud jus mutatum, quæ mutatio his ipſis Inſtit. libris refertur *infr. de legatis §. ante* 34 nulla amplius ratio dubitandi ſupereſt.

TEXTVS.

4. Certæ autem rei vel cauſæ tutor dari non poteſt: quia perſonæ, non cauſæ vel rei tutor datur.

COMMENTARIUS.

HOc commune eſt omnib. tutelis. Tutor enim quicunque, datur perſonæ; id arguunt in definitione, verba, *ad tuendum eum &c.* & ibi Theoph. allegat τὸ τῆς ἡλικίας ἀσθενὲς, imperfectionem ætatis, quod habet *Harmenop. § tit. 11. in pr.* ubi addit. τὸ τῆς ἰδιαιτέρας ἀσθενείας (ita enim procul dubio legendum. Etenim tutor perſonæ quidem datur; ex quo eſt, quod ſupra diximus, & etiam exheredato poſſe dari tutorem (licet ſane etiam exheredatus alia bona habere poſſit) itemque quod mater cui ius dandi tutorem ex Lege non eſt, dicitur magis in rem quam in perſonam dare tutorem *l. 4. de teſtam. tut.* Perinde ac ſi is verus tutor non eſſet; eo quod pater recte dat tutorem, licet matri omnium bonorū reliquerit uſumfructum *l. tutores 18. C. de excuſat tut.* Sed tamen ſi pupillus bona habet, hic etiam omnino per conſequentiam datus cenſetur §. *dictus 17. inf. de excuſat.* à quorum adminiſtratione minime ſe excuſare poteſt, qui tutelam ſuſtinet, ut apparet vel ex *t. t. de admint tut.* adeo ut tutor nec poſſit dari perſonæ pupilli deductis rebus *l. cert. 12. de teſt. tut.* ita ut alter bona adminiſtret: quod præſertim ex bonis alendus eſt pupillus. Et utrumque hoc eleganter expreſſit *Theophil. in §. 1. ſup. de tutel.* Ubi tutores eſſe ait, ἕνεκα ἀνάγκης τοῦ τὰ τῶν ἀνηλίκων φυλάττειν ἀχράντως, quibus incumbit neceſſitas providere pupillo, & eius res bonaque cuſtodire. Et in hoc conſiſtit præcipua differentia tutoris & curatoris, qui principaliter datur rebus & bonis *l. in copulandis 8. de nupt.* Sicut & conſtat curatorem ad unum actum & unam cauſam negotiumve dari poſſe, de quo *in §. ult. infr. de aut. tut.* quod ſecus eſſe in tutela hic §. docet. Plane docet diſerte *C. d. l. 8.* quod curator tantum ſuſtineat rei familiaris adminiſtrationem; cui fini etiam Marcus conſtituit, omnibus minoribus dari curatores, de quo *inf. tit. 23.* In perſonam minoris nihil juris habet. Nec aliud puto curatore furioſi, cum etiam nihil hic ſit quod furioſus gerere poſſit cum tutore nec aliud in cura prodigorum, nam bonis, quibus prodigo interdicitur, curator datur: & fatēdum propterea eſt, cum obligatio inhæreat perſonæ, curatoris adſenſum non facere, ut tanto magis vel minus hi obligentur qui curatorem habent; de quo *inf. in materia obligationum*, quamvis ſane verba, quib. L. 12. tabb. uſa perhibetur. *In eo pecuniaque eius poteſtas eſto.* (Cic. ad Heren.) videantur etiam poteſtatem in perſona furioſi inferre. Et ſcilicet ut diximus, per conſequentiam adminiſtratio bonorum quoque incumbit tutori, quæ connexa eſt cum cura perſonæ ipſius; Ceteroquin ut curet quis tantum bona non ſimul pupillum, tutor dari non poteſt, multo minus ad ſingula-

gulare aliquod negotium aut actum, quippe qui semper remotus est à cura personæ, tutor poterit constitui. Neque revera ad hæc exceptio est, quæ sumitur ex *l. si tamen 15. de test. tut.* Siquidem ibi nihilominus tutores singuli pupilli insolidum dati esse intelliguntur, nec tutela, tam ipsa, quam administratio divisa; quod admitti suasit favor ipsorum pupillorum, ut à diversis, patrimonium pupilli in diversis provinciis positum commodius administretur, & erit iste huius rei effectus, ut pro administratione unius alter nec in subsidium teneatur. Et illum ipsum tamen non stricti juris esse, docet quod *Ulp. in d. l. 15.* ait, eo jure nos uti. Potius exceptio ad hunc locum erit: quod aliquando datur tutor ad actum adeundæ hereditatis: videlicet, quem casum ponit *Ang. hic* si testamento datus sit tutor pupillo, cum ante aditam hæreditatem nihil in testamento scriptum valeat *l. si hæreditas. 10. in pr. de testam. tut.* ut per additionem confirmiter tutoris datio, oportebit ad istum actum dari tutorem, quoniam testamento scriptus ante illud per additionem confirmatum, tutor esse non potest. Idque procedit si pupillus sit hæres, aut alii cohæredes non adeant; Ceteroquin uno cohæredum adeunte, tutelæ datio confirmata est *l. si nemo de testam. tut.* At an ponimus pupillum suum hæredem? & videtur ipsa existentia confirmari tutelæ datio; an forte effectum hunc existentia non operatur; & opus est pupillo tutore, quo autore abstineat se vel immisceat? Potest forte & in pupillo emancipato poni casus. Licet enim huc confirmatione opus sit *§. ult. tit. præced.* utique tamen confirmationi nō videtur locus, antequam testamentum sit confirmatum, ex quo prima tutelæ causa est. Audivimus hunc tutorem confirmari à magistratu tecta, ut post ejus autoritate adeatur hæreditas; & videbitur tamen hic quodammodo ad adeundam hæreditatem datus, quamvis illa confirmatio sufficiet, ut post aditam hæreditatem alia confirmatione non sit opus. Est & alius casus quo tractatur de tutore ad adeundam hæreditatem dando; veluti si tutor datus provocarit, & interim pendente causa ab extraneo pupillus instituatur hæres, nec expediat differri aditionem, dabitur tutor ad adeundam hæreditatem; qui casus est *l. cum in una 17. §. 1. de appellat.* Atque ad hanc rem pertinet *l. impuberi 9. de tut. & cur. dat.* permissum ex causa esse, ut ad hunc actum tutor detur; & ipsum verbum *permissum* arguit, id ex necessitate esse receptum; quamvis hic etiam tutor detur personæ, non rebus, Adde quæ noto *inf. ad tit. 20. §. sed & si.* Itemque exceptionem ad hunc §. & casum ex jure veteri; quo tutor ad unum actum dabatur in *§. ult. inf. de autor. tut.*

TEXTUS.

5. Si quis filiabus suis vel filiis tutores dederit, etiam postumæ vel postumo dedisse videtur: qua filii vel filiæ appellatione, & postumus & postuma continentur. Quod si nepotes sint, an appellatione filiorum & ipsis tutores dati sint? Dicendum est, ut & ipsis quoque dati videantur, si modo liberos dixerit: Ceterum si filios, non continebuntur: aliter enim filii, aliter nepotes appellantur. Plane si postumis dederit, tam filii postumi quam ceteri liberi continebuntur.

COMMENTARIVS.

PErtinet ad interpretationem verborum quorundam. Omittit casum unum Justin. quo quis filiis tutorem dedit, & hic etiam filiabus dedisse intelligitur *l. quis 16. in pr. de test. tut.* Alter casus est, si Liberis dederit tutores, & hic primi & secundi gradus (qui videlicet in potestatem patris recasuri non sunt,) continentur, itemque nati & necdum nati, h. § Tertia quæstio est, si dederit tutores filiis vel filiabus, an etiam contineantur nepotes, quod hic negat Justin. Legimus in *l. filii 84. de V. S.* appellatione filii omnes liberos intelligi, idem in *l. liberorum 220. eod.* Sed nimirum justa interpretatione *l. justa 201. eod. tit.* non autem ex proprietate verbi, quod Dd fere ita accipiunt ut obtineat in favorabilibus. Sed nimirum justa interpretatio significat id ita obtinere, ubicunque eadem ratio militat. Ita SCtum quo prohibetur tutor pupillam jungere filio suo, etiam habet locum in nepote *l. Senatus 59. de ritu nupt.* Ita mater, si non petierit tutores nepotibus, eorum successione privatur *l. 2. §. filiis 28. ad SC. Tertul.* Et SCtum Macedonianum, quod de filiis locutum est, etiam in nepotibus locum habet *l. filium 14. ad Maced.* Ex quibus locis colligit *Alciat. 3. parad. 14.* etiam in odiosis appellatione filiorum nepotes contineri: quamvis sane ista non sint mere odiosa, & v. c. Macedonianum, est in odium justissimum fœneratorum, sed in favorem pareutum; ita in specie *d. l. 59.* est favor pupillæ; in specie *l. 2. §. 28.* favor pupillorum itidem. Prorsus ratio sum-

ma illis casibus, suadet extensionem; quæ nulla est in nostro casu ut recedamus à proprietate sermonis, & oneremus nimium tutores, quod nec ipsis pupillis commodum sit, quorum interest per plures negotia eorum curari; & satis iis prospicitur per Legem vel magistratum. Plane si testator nullos filios, sed solos nepotes habeat, appellatione filiorum tum nepotes venient; ne nihil testator egisse videatur; idque hic Faber notat. Plura de hoc an appellatione filiorum veniant nepotes, v. *ap. Br. in l. liberorum* 220. *de V. S. & apud Ang. hic.* qui etiam late tractat, an & quando masculinum comprehendat fœmininum. Quarta quæstio est: an filiorum appellatione etiã veniant postumi: quod affirmatur *h. §. in prin.* Obiiciatur l. qui filiabus 17. in pr. de legat. 1. Quærenda est ratio differentiæ inter legata & tutelas. Angel. hanc reddit, quid si tutelas sciviſſet plures sibi esse liberos, pauciora dediſſet legata, sed vera ratio est, quam ex gl. tradit Porc. quod legata dentur ex affectione, quæ non præsumitur erga postumam, sed tutela pendet à iure potestatis & filiationis; pariter autem postumi liberi sunt. Quinta est de appellatione postumorum *in f. §.* Et ait Iustin. tam filios postumos, quam ceteros liberos contineri. Holoander putavit intelligi omnes liberos ceteros etiam iam natos, itaq; pro *postumis* substituit, *posteris.* Sed non est ea mens Iustin. ut vel hinc apparet quod ait, *tam filii postumi*: quæ verba confutant Haloandrum, verum, quod, (ut Theoph. expressit) contineantur postumi primi & secundi gradus, qui ex uxore filii, hoc forte præmortuo, vel post eorum conceptionem emancipato, sunt nascituri, quod & confirmat *l. 1. §. 1. de test. tut*, nam de postumis aliis ex uxore testatoris; id est, post testamentum natis id non potest explicari, qui utique filii sunt, & de iis est *l. si quis* 16. *§. ult. de testam. tut.* Plane de quasi postumis id est, nepotibus qui post testamentum factum præmortuo filio in locum eius succedunt de quib. in § *postumorum* 2. *infr. de exhered. lib.* istud quoque accipi non incommode possit. Perspicue autem falsum est, quod Jas. in addit. ad Porc. scribit, si postumis dati sint tutores, etiam jam natis tum tempore datos videri: ad quod inepte allegat *si quis* 16. *§. ult. de test. tut.* ubi postumus post testamentum vivo patre natus est. De postumis plenius dicemus ad *d. §* 2.

Dicendum est.] Inepta hic est responsio. Quæritur an nepotes contineantur appellatione liberorum; & respondetur contineri, si liberos dixerit; Inepta, quia hoc non erat in quæstione, qui veniant appellatione liberorum, sed filiorum: Et tamen ita quoque loquitur *ICtus in l. de testam. tut.* ut appareat non semper ita subtiles & accuratos ICtos fuisse.

Ad Titulum XV.

LIBRI PRIMI Institutionum,

DE LEGITIMA AGNATORVM TVTELA.

TEXTVS.

Quibus autem testamento tutor datus non est, his ex Lege 12. tabb. adgnati sunt tutores, qui vocantur legitimi. Sunt autem adgnati, cognati, per virilis sexus cognationem coniuncti, quasi à patre cognati: velut frater ex eodem patre natus, fratris filius neposve ex eo: item patruus & patrui filius, neposve ex eo. At qui per fœminini sexus personas cognatione junguntur, adnati non sunt, sed alias naturali jure cognati. Itaque amitæ tuæ filius non est tibi adnatus, sed cognatus, & invicem tu illi eodem jure coniungeris: quia qui ex ea nascuntur, patris non matris familiam sequuntur.

Commentarius.

Quib. autem.] Iam supra diximus primam causam esse tutelæ testamentariæ, qua cessante succedit demum legitima: Nam ut vulgo dicunt, dispositio hominis facit cessare dispositionem Legis; & Lex melius præsumit de tutore quem pater dedit: & omnino sub conditione, hactenus non testati tutelam defert agnatis, ex ratione successionis. Ita a. cessare oportet testamentariam, ut nec amplius eius spes sit. Etenim ubi v. c. testator tutorem dedit sub conditione, nec dum legitimæ locus est sed dativæ *l. si quis* 11. *in pr. de test. tut.* quoniam legitimus semel tutor factus, non cedit alii tutori: cedit autem dativus, ubi conditio advenit, quam adscripsit testator quam voluntatem testatoris LL. ratam esse voluerunt: & ipsæ scil. LL. 12. tabb. quæ sub conditione cessantis testamentariæ tutelæ legitimum vocaverunt.

Adnati

Digitized by Google

Adnati sunt tutores.] Ex ratione successionis, quæ proponitur *inf. de legit. patr. tut. in f.* Lege autem 12. tabb. post alios soli agnati cognatis exclusis vocantur, de quo *inf. de legit. agn. succ.* Itaq; postquam ex prærogativa gradus cognatos, aut concurrere cum agnatis, aut his præferri voluit Justin. merito etiam ad tutelam cognatos vocavit *N. 118. c. 3. & 5.* Ubi etiam speciali ratione primas præ omnibus cognatis defert matri & aviæ, si velint suscipere tutelam. In his enim hoc est voluntatis; in ceteris, nisi causis iustis excusentur, necessitatis. Ante Justin. specialiter postulantibus matribus id concessum fuisse docet *l. 2. C. quand. mul. off. tut.* quin & ex dispositione patris potuisse matrem administrare ostendit *l. 2. §. Quod si 25. ad Sc. Tertull.* ubi dicitur mater hoc casu tutelam administrare, & ita potest accipi & eo referri quod scribit *Livius lib. 39.* Æbutium sub tutela matris & vitrici educatum fuisse. Ceteroquin tutela virile munus est cuius regulariter fœmina incapax *l. 1. C. quand. mul. off. tut. l. ult. de tut. in f. inf. de legit. patr. tut.*

Sunt autem adnati.] Non semel in l. 12. tabb. adnatorum & gentilium mentio facta est: & in ea L. quæ tutelam legitimam introduxit, Hottom. putat agnatorum & gentilium factam mentionem. Id ut intelligatur paucis adnotandum quid gens, quid familia apud Romanos fuerit. Habuerunt Romani tria fere nomina; prius dicebatur prænomen, alterum in specie nomen, tertium cognomen, v. c. Publius Cornel. Scipio. Publius prænomen est, quod nos proprium nomen dicimus; Cornelius nomen gentis, Scipio nomen familiæ. Gentes enim singulæ fere in plures familias abibant. Et in hoc ipsa gente Cornelia, fuerunt familiæ Scipionum, Lentulorum, Cethegorum. Ex quo intelligere licet errare hic Baronem, qui converso modo latius facit nomen agnatorum, cum omnino gentilium latius pateat: siquidem omnes Cethegi, Lentuli, Scipiones, gentiles erant, sed non agnati, quia diversarum erant familiarum. Cum enim contingeret gentiles & agnatos diversos fuisse, non possunt agnati alii intelligi, quam qui sunt unius familiæ; cum gens & familia eodem modo distinguantur. Ergo agnati sunt, qui unius sunt familiæ, quibus defertur hæc tutela, iisque deficientibus iturad gentiles. Et inde hæc tutela legitima vocatur, & tutores hi legitimi *t. t. de legit. tutorib. inf. h. t.* quia est à Lege immediate, quomodo successio ab intestato hoc sensu Legitima appellatur. Ait autem *Vlpian. tit. 11. de tut.* hos tutores per excellentiam appellari legitimos, qui qui sunt ex L. 12. tabb. ceteroquin & qui ex LL. novis sunt tutores, in genere sunt legitimi; & tales sunt hodie cognati, itemque mater & avia.

Per virilis sexus.] Adde, eos qui sunt de familia. Nam emancipatus exit è familia, & proinde, qui per eum mihi coniunctus, est non potest mihi esse agnatus, velut emancipati fratris filius, ut nepos. Refert autem Justin. hic tantum masculos, quoniam licet etiam fœminæ quædam sint agnatæ, veluti soror, amita, fratris filia, tamen communi jure à tutela excluduntur.

Sunt cognati.] Supra ad *pr. de adopt.* notavimus cognationis nomen ex eorum numero esse, quæ in specie & genere usurpantur; Ceteroquin cognati passim agnatis opponuntur.

Atqui per fœminini.] Ratio solida est, quæ additur in f. quia natus ex fœmina, & verbi causa ex sorore mea, non illius sed patris sui familiam sequitur, & agnatio non nisi ex iustis nuptiis & ex matrimonio nascitur. Ait Justin. *amitæ filius*, quia cum amita sit agnata, ostendit ne quidem ex agnata fœmina natum agnatum esse.

TEXTVS.

Quod autem L. 12. tabb. ab intestato ad tutelam vocat agnatos, non hanc habet significationem, si omnino non fecerit testamentum is, qui poterat tutores dare: sed si, quantum ad tutelam pertinet, intestatus decesserit: quod tunc quoque accidere intelligitur, cum is qui datus est tutor, vivo testatore decesserit.

COMMENTARIUS.

SUspicatur Hottom. Legem quæ agnatis detulit tutelam, ita scriptam fuisse: Si paterfamilias intestato moritur, agnatorum in pupillo ejusve pecunia potestas esto: vel potius, utpote, *proximus agnatus tutelam habeto.* Explicat igitur Just. quis hic dicatur intestatus: quod præsertim eadem L. 12. tabb. ubi successionem defert agnatis, intestati verbo aliter usa est: nimirum pro eo, qui testamentū non fecit. Unde ratio dubitandi ad hunc §. quo Justin. docet eum hic dici intestatum, qui quantūcunque facto testamento liberis suis non dedit tutores, dicitur enim intestatus quo ad tutelā. Insuper & amplius in *f.* §. is pro intestato hic habetur,

quoniam perinde tum eſt, ac ſi initio nullos dediſſet; Et effectus in eo eſt, ut ne ſit locus tutelæ dativæ; quæ locum ſibi vindicat excluſa legitima, ubi ſemel dativa tutela competiit, quæ rurſus eſt ratio dubitandi, ſed nimirum id obtinet, ubi tutela teſtamentaria deducta fuit in actum. Et hoc tamen non ita ſimpliciter verum eſt, ſed ita jus eſt, ut ubi teſtamentaria tutela finita eſt; quaſi, ut ita loquar, ex natura ſua, ut tum ſuccedat legitima, ſed ubi finita eſt interveniente facto magiſtratus, tum non legitimæ ſed dativæ locus eſt Et videlicet ſi teſtamentarius tutor ſit remotus ut ſuſpectus, datur à magiſtratu alius tutor *l. ſi quis* 11. *§. 1. de teſtam. tutel.* Idemque ibi ſtatuatur, ſi tutor teſtamentarius fuerit excuſatus: neque enim hæc eſt ordinaria ratio finiendi tutelam. Quod ſi vero mortuus ſit teſtamentarius, locus fit legitimo *d. l.* 11. *§.* 2. ex quo tamen loco apparet, non ſolidam & certam rationem in huiuſmodi caſibus ſemper dari poſſe, ad quam nec provocat ibi ICtus, ſed ad SCtum. Idem plane quod in naturaliter mortuis, ſtatuitur in iis qui civiliter mortui ſunt *d. l.* 11. *§. ult.* ubi videlicet nullus ſupereſt tutor teſtamentarius, de quo etiam agemus *infr. ad § pen. de curat.* Hoc ſaltem addendum eſt ad *hunc §. inf.* de tutore qui vivo teſtatore deceſſit, exempli cauſa proponi, non ut excludatur caſus quo tutor poſt teſtatorem antequam gerere ceperat mortuus eſt: nam & hic legitimo fit locus, quin & ſi poſt cœptam tutelam mortuus ſit, *d. l.* 11. *§.* 1. *de teſtam. tut. l.* 6. *de leg. tutorib.* aut ſorte Juſtin. ſignificare voluit, eum demum quo ad tutelam inteſtatum dici, quo mortuo nullus ſuperfuit tutor ex teſtamento: minus enim proprie ita dicitur, poſt cuius mortem demum tutor datus mortuus eſt, licet idem juris ſit, ut legitimus tutor habeat locum: aut potius intelligit caſum, quo legitima tutela initio cœpit, non quo teſtamentaria ſuccedit: add. quæ dicimus *inf. tit. ſeq. §. ult.*

TEXTVS.

Sed agnationis quidem ius omnibus modis capitis deminutione plerumque perimitur: nam agnatio juris civilis nomen eſt: cognationis vero ius non omnibus modis commutatur: quia civilis ratio civilia quidem jura corrumpere poteſt: naturalia vero non utique.

COMMENTARIVS.

PRoponit hoc propter effectum agnationis, qui ſpectatur in tutela legitima: quod videlicet ſublata cauſa tutelæ ceſſet effectus, ſublata, ut dixi agnatione: idq; non tantum ita ut ne deferantur tutelæ in futurum, ſed etiam ut præſentes & in actu perimantur per *§. ſed & 4. infr. quib. mod. tut. fin. l. legitimus 5. § ult. de leg. tut.* in quo erat gl. hic, quæ male eandem rationem ſtatuit hereditatis iam quæſitæ *l. ult. unde liber.* & tutelæ adhuc durantis; & habentis ſucceſſivam adminiſtrationem: atquin hereditas adquiritur ſemel & uno actu, qui ex quo perfectionem accepit, ex ſuperveniente caſu irritari, & quod ſemel acquiſitum eſt, adimi non debet. Hoc accidere ait, omnibus modis capitis deminutione, id eſt quavis capitis deminutione etiam minima; eaq; occaſione in *tit. ſeq.* de capitis deminutione tractat: ut nihil neceſſe ſit, pro *deminutione* legere cum Hottoman. *deminutionis*: quæ ſane minutæ ineptiæ ſunt. Addit tamen Iuſtinianus *plerumq;*, quoniam ſunt caſus, quib etiam poſt minimam capitis deminutionem ſupereſt ſi non revera agnatio, utiq; ius agnationis, de quo in *pr.* loquitur, certis quibuſdam LL. reſervatum: & id nominatim in tutela conſervatum voluit Anaſtaſius fratribus emancipatis, una cum jure ſucceſſionis, perinde ac ſi emancipati non fuiſſent, *l. frater 4. C. de legit. tut.* & refert Iuſtin. *in §. 1. inf. de ſucc. cogn. §. ult. infr. de ſervil. cogn.* Hodie autem, ut paulo ante diximus, cum tutela deferatur pariter cognatis, & cognatio minima capitis deminutione non tollatur, conſequenter etiam tutela legitima per iſtam capitis deminutionem non poteſt interverti: quod & in eis tutelis quæ ex LL. novis & SCtis, non ſub agnatorum nomine deferebantur: ita fuiſſe docet *l. tutelas 7. in pr. de cap. min.* itemque in ſucceſſionibus, ad quas novæ LL. quaſdam perſonas ſub naturalibus magis nominibus vocabant, *§. 2. infr. de SC. Orphit.*

Agnatio iuris civilis nomen eſt.] Non quod apud alias gentes non etiam fuerit habita familiarum ratio: ſed quia LL. Romanis conſtituendi & diſſolvendi & effectuum propriæ quædam ratio propter quod & alia multa ad ius civile referuntur. Ex quo diluitur obiectio Hottomanni, quod etiam agnatio in ſe habeat conſanguinitatem naturalem: & inſuper iſta non poteſt eſſe de agnationis eſſentia cum etiam per adoptionem conſtituatur. Altera eiuſdem obiectio eſt: quod quæ iuris civilis ſunt, ea retineantur ab omnib. iis qui ſunt & manent cives Romani: adrogatos autem & emancipatos manere

Google

nec utique cives Romanos: adeoque nullam esse rationem Iustiniani, tum in istis verbis, quod agnatio sit nomen iuris civilis: tum in mox seqq. quod civilis ratio, jura civilia corrumpere possit. Equidem quod ad mancipatos & adoptatos attinet, illi in quandam imaginariam servitutem deducebantur, ex quo capitis deminutionem defendit ICtus in *l. 3. de cap. min.* sed in genere respondeo; Jura civilia dici non tantum quæ omnibus civibus Romanis data sunt, sed etiam quæ familiis privatorum & agnationibus: quarum etiam propria sepulchra & sacra fuerunt: itaque sicut qui exibat ex civitate, amittebat jura omnibus civibus Romanis concessa: ita qui exibat ex familia jura singulis familiis concessa amittebat. Itaq; quamvis matrimonium referatur ad jus civile, tamen emancipatione vel arrogatione non solvebatur: quoniam id non ad familiarum propria, sed ad communia civium Romanorum jura pertinet. Ex eadem ratione non possunt per hanc deminutionem tolli jura cognationis, quæ magis æstimatur ex sanguine: eoque hic refertur ad jus naturale, de qua re dicemus ad *§. pen. tit. seq.* Cavillatur porro Hottomannus dum à Justin. ait hic poni Enthymema. Agnatio est nomen juris civilis. Et tollitur per minimâ capitis deminutionem: & tamen propositionem maiorem, quam requirat hoc Enthymema, quod omne nomen juris civilis tollatur per emancipationem, ait, esse falsam, quoniam usucapio ita non perimatur: itaque ille in alium nescio quem sensum Iustin accipit. Sed iam responsum est, quod nimirum ea tantum perimatur, quæ pendent à familiæ jure, non quæ omnium civium communia sunt.

AD TITVLVM XVI.

LIBRI PRIMI Institutionum.

DE CAPITIS DIMINUTIONE.

TEXTVS.

Est autem capitis diminutio, prioris status mutatio: eaq; tribus modis accedit, nam aut maxima est capitis diminutio; aut minor, quam quidam mediam vocant: aut minima.

COMMENTARIVS.

CApitis appellatio etiam bestiis aliquando tribuitur *§. sed si gregis 39. inf. de rer. divis.* Hic significat hominem sive personam in certo ordine constitutam: cuius ordinis tres species sunt, liberorum, civium, & agnatorum. Nam cum alias verbum status latius patere possit, hic tamen & dum ponitur pro genere diminutionis capitis, restringitur ad hæc tria, quæ singulos cives in civitate habere oportet: libertatem, civitatem & familiam, ut apparet ex hoc tit. & diserte docet ICtus in *l. ult. D. eod.* Ex quibus si aliquid, vel quædam, aut omnia amittat quis, dicitur minui capite, & scil. aliquid amittere ex iis, quæ antea caput vel persona eius habebat: Nec improbabile est, quod Hottom. scribit, per translationem dictum fuisse de personis quod proprie loquendo de ordine ipso dici debuisset. Et nimirum cum quis deportabatur, civitas capite uno minuebatur: cum quis emancipatur, ordo agnatorum caput unum amittebat: id postea mutatum ita, ut ipse cui hæc accidebant, capite minui diceretur, qui jus quod ante habebat, amittebat. Acc. hic in definitione putat addendum, aut subaudiendum, *facto hominis interveniente*: quoniam filius qui fit sui juris, mortuo patre non dicitur minui capite, sed nimirum nec statum mutare dicitur, pro ut status hoc loco sumitur: & notavimus *infr. h. t.* fallaciam homonymiæ in verbo *familia*.

TEXTVS.

2. Maxima capitis diminutio est, cum aliquis simul & civitatem & libertatem amittit: quod accidit his, qui servi pœnæ efficiuntur, propter atrocitatem sententiæ: vel libertis, ut ingratis erga patronos condemnatis: vel his, qui se ad precium participandum venundari passi sunt.

COMMENTARIVS.

PErsequitur iam singulas species. Maxima est quæ tollit libertatem, & consequenter reliqua duo, quæ in servo esse non possunt. Ergo qui servus fit, patitur maximam capitis diminutionem: sive

Digitized by Google

hominis fiat ſervus, (quod duobus exemplis declaratur) ſive pœnæ, de quo genere ſervitutis diximus *ſup. ad* §. 1. *tit.* 12. Illa ex jure veteri ſunt, quę hic affert Hottom. de venditis publice iis, qui ad delectum non reſpondebant, aut in cenſu inter cives nomen ſuum non profitebantur *l. qui cum uno* 4. §. *gravius* 10. *de re milit.* & de modis quibus quis in ſervitutem redigitur, *diximus ſupr. tit.* 3.

Vt ingratis.] Hottom vult, *ingrati* ſcil. crimine: & eam lectionem quoque Accurſ. annotat: ſed ita delenda quoq; foret particula *VT* & nimis putidum eſt iſta conſectari, præſertim in Tribonjano: neq; enim ille ſemper ipſa verba ex aliis deſcripſit: & ipſi quoque ICti noſtri declinante Latinæ linguæ puritate vixerunt.

TEXTVS.

3. Minor, ſive media capitis diminutio eſt, cum civitas quidem amittitur, libertas vero retinetur: quod accidit ei, cui aqua & igni interdictum fuerit, vel ei qui in inſulam deportatus eſt.

COMMENTARIVS.

HÆc media eſt, inter duo extrema, maximam, ſive, quis eam ſummam dixerit: & minimam ſive infimam. Ait eam contingere per aquę & ignis interdictionem, ſive deportationem in inſulam. Quid ſit deportatio, diximus ad §. 1. & 2. *ſup. tit.* 12. Hic de aquæ & ignis interdictione, & an ea ICtorum noſtrorum tempore etiamnum uſitata fuerit, aliquid videndum eſt, quod & *d. loco* nos hic facturos promiſimus. Scitum eſt, olim, novis nuptiis, aquam & ignem præferre ſolita, quod calor & humor eſſent principia generationis, unde illud in *l pen.* §. 1. *de don. int. vir. & ux. priuſquam aqua & igni acciperetur.* Alterum inquit *Lactant.* 2, *Inſt. divin.* 10. quaſi maſculinum elementum eſt, alterum quaſi fœmininum: alterum activum, alterum patibile: ideoque à veteribus inſtitutum eſt, ut ſacramento ignis & aquæ nuptiarum fœdera ſanciantur. Eodē loco caſum huius pœnæ & quaſi originem idem autor oſtendit. Exſulibus, inquit, ignis, & aqua interdici ſolebat: adhuc enim videbatur neſas, quamvis malos, tamen homines, ſupplicio capitis afficere. Interdicto igitur uſu earum rerum, quibus vita conſtat hominum, perinde habebatur, ac ſi eſſet, qui eam ſententiam exceperat, morte multatus. Et ita LL. Romanis cautum fuiſſe ſcribit. 3. *ſelect. antiquit.* 5. ut invito nec civitas nec ſpiritus eripi potuerit. Id nec verum olim fuiſſe, oſtendunt, quæ ad *tit.* 3. de modis amittendi libertatem diximus: & Hottom. hic Cicer. *in orat.* pro Cecinna, non veritati, ſed cauſæ & tempori ſerviiſſe ſcribit: utiq; ab initio urbis Romę & poſt in reos capitaliter animadverſum fuiſſe in confeſſo eſt: & pœna iſta aquæ & ignis interdictionis non niſi in abſentes uſurpata fuiſſe videtur: aut utiq; in eos qui dignum morte ſcelus non admiſiſſent: eamque pœnam ſub Impp. adhuc in uſu fuiſſe oſtendunt autorū loca aliquot, apud *Tac. lib.* 3. *ann.* de Lepida, Rea. Itum in ſententiam Rubellii Blandi, à quo aqua & igni arcebatur, & apud *Dionem libr.* 46. de interfectoribus Cæſaris, quibus abſentibus diem Octavius dixit: damnatos fuiſſe ait, αὐτοὺς πυρὸς καὶ ὕδατος εἴργεσθαι. illi igni & aqua arcebantur: quod ſi vero præſentes deprehenſi fuiſſent, proculdubio in eos capitaliter animadverti Octavius curaſſet, & *libr.* 57. idem huius pœnæ meminit, ſub Tiberio ἀπεῖπε τῷ τε πυρὶ καὶ ὕδατος εἴργεσθαι μὴ δυνάσθαι &c. vetuit teſtari eos, quib. aqua & igni interdictum fuerat. Rurſus *lib.* 56. de Auguſto; ἐπηγγείλατο μηδένα πυρὸς καὶ ὕδατος εἴργεσθαι τινὰ ἐκκλίνειν, ἀφιστάμενον. edixit, ne quis eorum quibus aqua & igni interdictum eſſet, in continenti moraretur. Oportuit itaque ita damnatos aut extra Romanum Imperium ſe conferre, aut inſula ſe continere, & ea quidem, quæ ut *d. loco* ſcribit Dion. à continente non minus 400. ſtadiis abeſſet. Ex quo licet æſtimare de differentia quam Theoph. hic reddit inter deportatum, & eum cui aqua & igni interdictum eſt, quod hic omni loco arceatur. Inde poſtea factum ſuſpicatur *Cuia.* 4. *obſ.* 39. ut in inſulam talem deportarentur. Et inde paſſim in iure noſtro dicitur in locum interdictionis illius ſucceſſiſſe deportatio *l.* 2. §. 1. *de panis l.* 3 *ad L. Iul. peculat l. pen.* § *ult. de extraord. cog.* quod *Myn. ſup. ad* §. 1. *tit.* 12. ſcribit factum poſtquam ampliato imperio inſulas ſibi ſubjeciſſent Romani: Inepte, quoniam ex præced. apparet etiam ſub Impp. Auguſto & Tiberio, qui nullam inſulam Romano Imperio adiecerunt, aqua & igni interdictum fuiſſe: imo etiam ſub Domitiano: teſte *Plinio* 4. *Epi.* 11. ubi de Liciniano, carent inquit, togæ uſu, quibus aqua & igni interdictum eſt. Ex quo loco & iſtud apparet, pro arbitrio Impp. exilium levius aut durius fuiſſe. De illa tamen ſubrogatione ſunt qui dubitant propter hunc locum, ubi alternative duplex iſta pœna proponitur: ſicut & in §. *publicorum* 2. *inf. de publ. ind. & in l* 1. §. 2. *de leg.* 3. quibus aqua & igni interdictum eſt, item deportari: & *l. res uxoris* 24. *C. de don. int. vir.*

& ux. aqua & igni interdictum, vel deportatio illata *innot. l. 1. C. de repud.* ſicut & ſimpliciter iſtius pœnæ mentio fit *l. 2. de iud. pub. l. 10. §. ult. ad L. Iul. de vi publ. l. edicto* 13. *de bon. poſſ. l. 4. §. ult. de gradib. l. Imperator.* 18. *de ſtat. hom. l. 5. in pr. de c. min. l. cum quis* 38. *in pr. de ſolut.* facit bene *l. cum* 8. *§. 1. & 2. de teſtam.* ubi ſeorſim utriusque pœnæ mentio fit. Itaque vix eſt ut tot locis, ad ſubrogationem & ſucceſſionem novæ pœnæ in locum veteris, reſpexerint ICti. Et nimirum ut paulo ante innui, exiſtimo reos præſentes, & non meritos ultimum ſuppliciũ, vel cum quibus mitius agi placebat, in inſulam deportatos fuiſſe: in abſentes licet ultima quæque meritos non aliam fuiſſe pœnam, quam interdictionis ignis & aquæ: idque ex eo quod modo de interfectoribus Cæſaris ita damnatis dixi, apparet, qui deprehenſi proculdubio capite luiſſent.

Libertas retinetur.] Diſerte ait, deportatos retinere libertatem, idque ex eo neceſſario ſequitur, quod hæc eſt ſpecies mediæ capitis deminutionis. Itaque neſcio quid in mentem venerit Hottom. hic ut ſcriberet, deportatos in inſulam, libertatem amiſiſſe, & tum demum eam retinuiſſe, cum tantum in longinquam aliquam regionem amandarentur. Et contrario errore labitur, dum putat interdictionem aquæ & ignis fuiſſe leviorẽ: quin imo contra eſt, & ut ii qui ob ſcelus capitale ita abſentes damnati eſſent, pro ſervis pœnæ magis haberentur, proculdubio iure occidendi ubi deprehenderentur. Et ſententiam huius loci aperte confirmat *l. ſunt quidam* 17. *de pœn.* ubi deportati opponuntur ſervis pœnæ: & ergo oportet eſſe liberos, cum nec privatum dominum habeant. Accedit, quod deportatus confertur in *d. l.* 17. ſicut & in *l. C. eod.* cum damnato in opus publicum, qui non amittit libertatem, ex quo ita non damnatur ſervus. *l. ſervum* 34. *de pœn.* qui tamen damnatur in metallum *l. fruſtra* 9. *C. de ſent. paſſ.* quia iſta eſt ſupremum fere ſupplicium, (præterquam quod non amittat vitam) *l. aut damnum* 8. §. 4. *de pœnit.* Et omnino alias vix ulla pœna eſſet, quæ iure noſtro, poſtquam omnes cives Romani ſunt *l. in orbe* 17. *de ſtat. homin.*) adimeret ſolam civitatem: Ad hanc etiam pœnam refertur aquæ & ignis interdictio *l. 6. in pr. de interd. & relegat.* ubi, ut obiter hoc moneam, ad cognitionem veteris iuris, nimis aperte errant, qui olim ſola deportatione peregrinitatem contigiſſe putant. Omnes enim peregrini habebantur, qui non erant cives Romani: adeo antiquitus multi ex Italiæ populis peregrini erant: & qui olim ſub primis Impp. pro magno beneficio honorabantur iure civitatis Romanæ, peregrini erant: & Claudius, ut Sueton. refert, Senatorem ignarum Latinæ linguæ ad peregrinitatem redegit: qui utique non fuit deportatus. Ei autem quod diximus ex *h. §* deportatione libertatem amiſſam non fuiſſe obiicitur reſponſum Calliſtrati in *l. cognitionem* 5. §. *ult. de var. & extraord. cogn.* ubi videtur affirmare, quod deportatione libertas adimatur. Commentum eſt, quod quidam ad iſta concilianda offerũt diſtinctionem, inter libertatem ex iure gentium & ex iure Quiritum: licet iſta conciliatio placeat *Cuiac. in notis ad hunc locum. Gouteano* 2. *var. lect.* 11. *& Duar.* 1. *diſput. annui.* 9. Nimirum ICtus ibi ſub magna capitis deminutione comprehendit utramq; ſpeciem, maximam & mediam, quomodo etiam in *l. 1. §. capitis* 8. *in f. ad SC. Tertullian* & forte etiam in *l. 1. in f. de uſufr. legat.* uſurpatur magna capitis deminutio. Itaq; ſubiecta duo exempla in *d. l. §. §. ult.* non ad unam, ſed ad utramq; ſpeciem deminutionis ſunt referenda & particula *veluti* non ita eſt accipienda quaſi explicaret, quod præceſſerat de amiſſione libertatis, ſed per quam novum exemplum proponatur. Et ſcilicet, quotiens magna capitis deminutio intervenit, id eſt cum libertas adimitur (hoc eſt exemplum magnæ deminutionis) veluti cum aqua & igni interdicitur: hoc eſt exemplum mediæ capitis deminutionis. Quam explicationem *Revard* 3. *verſ.* 5. & alii ſibi arrogarunt, quę tamen expreſſa eſt apud Accurſium: ubi etiam monet, in quibuſdam Codicibus legi *vel* pro *veluti*, quo modo res tota eſt liquida nec minus, ſi cum *Alberico Gent.* 3. *elect.* 10. particulam *veluti* diſtrahat in duas *veluti*: citra ullam correctionem, quoniam ut *A. Aug.* & alii teſtantur in Pandectis Florentinis, nullæ aut rariſſimæ ſunt diſtinctiones & interpunctiones. Adducitur etiam *l. ex facto* 17. §. *ſi quis* 6. *ad Trebell.* ibi, *cui liber factus.* Et *Cuiac.* 3. *obſ.* 10. ex notis errorem natum, & pr. *liber factus*, cenſet eſſe legendum, *liberorum.* Et Accurſ. quoque monet, rectius dictum fuiſſe *liber exiſtens* (paulo tamen inconcinnius) quin adhuc deportatus & ſcil. liber adeo exiſtens poteſt eligere cui fideicommiſſum reſtitui velit: nec enim ad hoc neceſſum eſt, ut reſtituatur: nec bona fideicommiſſa ſubiecta occupat fiſcus.

TEXTVS.

4. Minima capitis deminutio eſt, cum civitas retinetur & libertas, ſed ſtatus hominis cõmutatur; quod accidit his, qui cum ſui iu-

sui juris fuerint, cœperunt alieno juri subjecti esse, vel contra: velut si filius familias à patre emancipatus fuerit, est capite deminutus.

COMMENTARIUS.

Cum status commutatur.] Atqui omnis capitis deminutio habet mutationem status *in pr. h.t.* & vel maxime duæ priores species. Itaque fatendum est verbum status ambigue sumi, in genere, & in specie, ut & §. pro privato cuiusque statu quem in familia habet: aut forte emphasis est in verbo *commutari*, nam duobus prioribus modis non tam mutatur status quam plene amittitur, si civitatem Romanam consideres: nam si hominem in se, sane & sic mutatur status, aut falsum oporteat esse in *pr. tit.* traditam definitionem, Plane ita & *Vlp. in l.* 1. §. *capitis* 8. *ad Tertull.* contrario modo capitis minimam deminutionem contingere ait salvo statu, intelligens statum quem quis habet qua civis: contra idem *Vlp. tit. XI. de tutelis* §. *minima* 12. ut hic Justinianus ait, per minimam cap. deminutionem, salva civitate & libertate, statum duntaxat hominis mutari.

Refert autem hic Justin. duas species huius capitis deminutionis, adoptionem & emancipationem. Illa sive arrogetur homo sui juris, sive filius fam. avo vel proavo, juxta mutationem Iustiniani in adoptionem datur: itaque tantum pro exemplo positum accipiendum est, quod Iustin. ait de eo qui cum sui juris esset, alieno juri cepit subjectus esse, quod contingit per adrogationem. Utique enim quamvis per adoptionem in specie dictam maneat filius fam. & alieni juris, sicut ante fuit, utique tamen in aliam familiam transfertur: & proinde eum capite minui negari non potest, siquidem status mutatur. Et in hac specie, & v. c. arrogatione manifeste apparet mutatio status, per ea quæ supra diximus ad *tit. de adopt.* Sed in altera specie emancipatione obscurum est, in quo consistat capitis diminutio; Et enim cum maneat emancipatus civis, qui poterit esse sine familia, & quomodo in nullius erit familia? Et v. c. si P. Cornelius Scipio emancipaverit filium suum, an hic definet esse Corneliæ gentis, aut familiæ Scipionum? & quo nomine tandem appellabitur. Hottomannus hoc loco id ita explicat, ut dicat, jus triplex esse agnationis, nominis, pecuniæ & sacrorū: nomen retinuisse emancipatum, sed amisisse jus sacrorum & pecuniæ. Sed enim retento nomine, ut emancipatus sit & maneat Cornelius, & Scipio, nō animadverto, quomodo fieri potuerit ut familiam & agnationem amiserit: & à nomine communi pendent sacrorum jura. Ait Hottomannus, emancipatum amittere jura hereditatum & tutelarum, quæ L. XII. tabb. gentiles inter se habere voluit. Atquin si manet Cornelius, quod est nomen gentis, quomodo non est gentilis? aut si jura amittit, quæ Lex XII. tabb. tribuit gentilibus, quomodo potest fieri ut maneat gentilis? Connanus 2. *comm.* 13. *inf.* ait, emancipatos tantum subductos fuisse potestati patris, gentem autem eius non amisisse. Et quomodo igitur amittitur ita ius agnationis? Aut an forte putat Connanus, gentem mansisse, sed familiam mutatam fuisse: Et igitur emancipatus à P. Cornelio Scipione, Cornelius erit, sed non Scipio: Quod si gentilis est, ad eum pertinebit L XII. tabb. quæ de agnatis & gentilibus conjunctim locuta est: neque vero puto fuisse gentiles, qui non iidem haberent familiam ICtus in *l.* 3. *de cap. min.* rationem, ob quam emancipatio sit capitis diminutio, petit ab imaginaria servitute, in quam deducatur emancipatus per solemnes illas venditiones, de quibus supra. Verū juxta hanc imaginem ille diceretur & libertatem & civitatem amittere: & perabsurdum sit, in nuda imagine & pura puta subtilitate tot ponere insignes effectus circa hereditates tutelas, &c. quibus jure nostro privati sunt emancipati. Fgo aliis cogitandum relinquo.

Superest illa quæstio, an emancipatio hodieque adhuc sit capitis diminutio. Non leves sunt dubitandi rationes: Et à sublata causa concludimus ad sublatum effectum. Quod si cum Paulo in *d.l.* 3. *de c. min.* causam petimus ab illis imaginariis venditionibus, illæ utique hodie sunt sublatæ *l. ult. C. de emancip.* Accedit, quod sublatæ sunt in materia successionum & tutelarum differentiæ veteres cognatorum & agnatorum: quin & emancipati hodie pariter ut sui jure civili succedunt: & præteritione emancipatorum hodie quoque testamentum patris nullum fieri, multorum sententia est: de quo utroque agemus infra propriis locis. Sed sane ob cessantes illas venditiones non protinus definere esse capitis diminutionem, illud perspicuo argumento est, quod ante Iustinianum ex constitutione Anastasii per rescriptum principis facta fuit emancipatio sine solennibus priscis: & tamen Anastasius necesse habuit emancipato conservare jura tutelarum & successionum, ut ad *tit. praced.* diximus: Itemque quod petenti eo qui per rescriptum emancipandus fuit, indul-

indulget idem Anaſtaſius, ut jura legitima maneant integra. *l. ſi ab eo* 11. *C. de legit. hered.* (& ergo citra ſpecialem petitionem & cõceſſionem ſecus fuerit) qui tamen locus hoc ſimul oſtendit, modum eum emancipandi per ſe non fuiſſe habilem ut perimeret legitima agnationis jura. Et ita plane cenſeo ſublatis fere per Anaſtaſium ſolennibus antiquis, propter reverentiam quandam juris veteris, & propter nomen emancipationis, effectus quosdam veteres ſuperſtites relictos eſſe: quos tamen omnes ſimplici petitione tolli potuiſſe docet *d. l.* 11. & cum alia acceſſerint ex jure novo, de quibus modo diximus, vix hodie emancipatio inter ſpecies capitis diminutionis poterit referri. Nec obſtat, quod emancipatus filius patri non adquirit. Neque enim ob id familia, mutata dici poteſt: & ex conſtitutionibus Juſtin. multis caſib. filiusfam. plenam proprietatem, ſemper autem proprietatē adquirit: & filius qui per dignitatem poteſtate liberatur, & cui integra omnia ſervantur, patri non adquirit. Et olim erat hic effectus emancipationis, ut filius obligationibus ante contractis liberaretur: ita ut eſſet opus Edicto reſtitutorio *l.* 2. §. 1. *de cap. min.* quem effectum eſſe emancipationis Juſtinianæ nemo ſanus affirmaverit. Obiter hic obſervanda eſt ambiguitas in verbo *familia*. Significat enim aliquando plures perſonas quæ ſunt in una domo, ſub uno capite qui dicitur paterfam. quo ſenſu *Vlpianus in l. pronuntiatio* 195. *verſ. Iure proprio de VS.* ait, cum paterfam. moritur, quotquot capita (videlicet ex liberis ei ſubjecta ſūt,) ſingulas familias incipere. An longe alio ſenſu hoc loco accipitur familia, cum eam per emancipationem mutari dicimus: quippe cum conſtet, patris morte nullam contingere liberis capitis diminutionem. & hoc quoque: plures liberos unius patris, ejuſdem omnes eſſe gentis & familiæ, veluti, Corneliæ, & hujus vel Scipiones vel Lentulos omnes, qui patrem communem habuerunt.

Vel contrà.] Arrogatione qui ſui juris erat, fit alieni juris: emancipatione, qui alieni juris erat, fiat ſui juris: nec video cur hic Hottom. expungat verbum *Veluti*.

TEXTVS.

5. Servus autem manumiſſus, capite non minuitur, quia nullum caput habuit. Quibus autem dignitas magis quam ſtatus permutatur, capite non minuuntur: & ideo à Senatu motos capite non minui conſtat.

COMMENTARIVS.

Servus manumiſſus.] Supra diximus, verbum *ſtatus* in ſpecie hic uſurpari, pro libertate, civitate & familia, ex quibus nihil ſervus habet: & hæc adcommodantur ad materiam ſubjectam de tutelis, quæ capitis minutione finiuntur, de quo *infr. titul.* 22. Ceteroquin generalibus loquendo ſervus ſtatum habet, cum ſub *titul. de ſtat. hom. & ſup. de iure perſ.* homines omnes dividantur in liberos & ſervos, quo ſenſu ſane ſervus manumiſſus ſtatum mutat: ſed non mutat, eo modo quo hic uſurpatur ſtatus verbum: pro ſtatu civis; quo reſpectu ſervus hic nullum caput: & in *l.* 3. *inf. D. eod.* nullum jus habere dicitur. Ridicula adeo objectio eſt, quod ſervus alibi dicitur affici ſupplicio capitis; hactenus enim eum caput habere plusquam certum eſt. Sed & quo ſenſu dicuntur capita gregis *l. vetus* 68. §. *ult. & l. ſeq. de uſufr.* & multo magis ſervus dicetur caput & ita dicitur pecuniam pro capite ſuo, numerare *l. ſervus* 10. *pro empt.* & paſſim apud alios autores, id eſt, pro perſona & corpore ſuo redimendo, quod eſt in mancipio alieno; male Hottoman. explicat, *pro libertate.*

Quibus autem dignitas.] De quibus hic tractatur, & quæ in ſpecie per caput & ſtatum ſignificantur, & ſunt de eſſentia uniuscujusque civis. Ex illo numero dignitas non eſt, quæ poſſit adeſſe & abeſſe, citra corruptionem civis, itaque cui adimitur dignitas, negatur capite minui: Ceteroquin ſupra diximus, fuiſſe tres ordines Romæ, Senatorium, equeſtrem, & plebeium. Et generali verbo ſtatus hi ordines, comprehendi poſſunt; adeo hoc ſenſu, qui movetur Senatu, cui adimitur equus, ejus ſtatus poteſt dici mutari; ſed nimirum unumquodque accipiendum eſt ſecundum ſubiectam materiam; Et non dicitur hic minui capite, qui civitatem & familiam retinet, & proinde jura quoque ſucceſſionum & tutelarum.

TEXTVS.

6. Quod autem dictum eſt, manere cognationis ius etiam poſt capitis diminutionem, hoc ita eſt, ſi minima capitis deminutio interveniat: nam ſi maxima capitis deminutio interveniat, ius quoque cognationis perit, ut puta ſervitute alicuius co-

Digitized by Google

gnati: & ne quidem si manumissus fuerit, recipit cognationem. Sed & si in insulam quis deportatus sit, cognatio solvitur.

Commentarius.

HOttoman. hunc § refert *sub. tit. præced.* nulla ratione: est enim hic titulus quasi appendix quædam & pars *titul. præced.* cuius tractationem, inserta per occasionem ista materia de capitis deminutione, quodammodo interruperat Justin. ad eam jam *h.* §. redit, qui se refert ad §. *ult. tit. præced.* & ista formula. *Quod autem diximus*, nõ proxime præcedens, sed paulo remotius innuere videtur. Et dixerat nimirũ in §. *ult. tit. præc.* agnationem perimi capitis quavis deminutione, non æque cognationem: subjecta ratione quod civilis ratio perimat jura civilia, sed naturalia non utique: de quo ibi diximus: apparet autem ex *h.* §. verba *non utique* ad §. *ult.* recte expressa à Theophilo verbis οὐ πάντως. Nam possent illa verba *utique* ita accipi ac si omnimodo cognatio per nullam capitis deminutionem periret: quod contra esse, docet *hic* §. & mentem Justiniani in *d.* §. *ult.* esse quod non omnimodo quævis cap. deminutio tollat cognationem, sed quædam tollat: & nimirum maxima & media. Quod ipsum tamen mox rectissime ita explicat, ut dicat perire Ius cognationis, & nimirum effectus, quos in Romana Repub. cognatio habet: ceteroquin ipsa cognatio quæ existimatur ex natura & sanguine nec servitute tollitur: per ea quæ supra diximus ad §. *Illud.* 10. *de nupt.* & res ipsa loquitur, cum natura omnes homines sint æquales; cognationem naturalem, etiam cum deportatis etiam cum servis esse, idque & docet *l. jura* 8. *de R. I.* Dixerit quis, ita nullam videri differentiam inter agnationem & cognationem: cum & familiæ sint ex jure gentium, & ita per minimam cap. deminutionem non tam agnationem, quam jura agnationis perire. Non abnuam omnino, hæc recte inter se comparari: Etenim hoc utique esse puto juris gentium, ut liberi patris familiam sequantur, & ut proinde inter à patre & à matre cognatos sit differentia: adeoque nec emancipatio eos in illud vinculum & conjunctionem quæ est à patre solvere potest. Sed hactenus differentia est, tum quod iure civili Rom. sunt plane propria & singularia quædam agnatorum jura, tum quod jus civile in deferenda successione cognatis, magis jus gentium & naturale secutum est: & proinde cognationis jura non male opponuntur juribus agnationis, & difficilius quam hæc, perimi dicuntur: quod res ipsa ostendit: cum & nudo juris civilis commento agnationis jus adquiratur.

Et ne quidem si manumissus fuerit.] Non recipit jura cognitionis quæ semel per servitutem amisit; & per manumissionem quasi novus homo hactenus effectus intelligitur. Et hoc scilicet procedit quo ad quædam jura & quoidam effectus, præcipue qui spectantur in jure succedendi in ordine cognatorum: quod edictum prætor propositit pro ingenuis, & noluit pertinere ad cognationes serviles *l.* 1. §. 2. *unde cognat.*: id est, quæ naturaliter sunt inter eos qui aliquando in servitute fuerunt: (nam quod inter servos nulla successio sit apertum est:) quomodo hic locus explicatur in *l. is qui* 7. *unde cognat.* semel servum factum non recipere cognationem manumissione. Secus est si servus pœnæ restitutus sit in principe *l.* 1. §. *filio* 4. *ad Tertull. l.* 1. *tit. cum l. seq. de bon. poss. cont. tabb.* princeps enim restituit in pristinum statum, privatus manumittendo jus tantum suum remittit. Id tamen hodie secus erit postquam *N.* 78. libertini acceperunt jura ingenuorum: sicut & Iustin. jam ante in §. *sed eas* 2. *vers. cum enim inf de bon. poss.* se libertinorum successiones introduxisse ad similitudinem ingenuorum & inf de servil. cogn. in servitute susceptos & manumissos cum iustis liberis admittit. Porro quo ad quædam & præcipue effectum prohibendi nuptias, hic §. non procedit, ut notavimus ad §. *illud* 10. *sup de nuptiis.*

Si quis deportatus.] Solvitur cognatio quo ad effectus, qui sunt inter cives Romanos.

TEXTUS.

7. Cum autem ad agnatos tutela pertineat, non simul ad omnes pertinet, sed ad eos tantum qui proximiori gradu sunt, vel si plures ejusdem gradus sunt, ad omnes pertinet: veluti si plures fratres sunt, qui unum gradum obtinent, pariter ad tutelam vocantur.

Commentarius.

1 *An in tutela legitima sit locus successioni.*
2 *An post dativam tutelam, locus fiat legitimæ.*

HUne quoque locum Hottom. refert sub tit. præc. & stultissime divulsum, & huc rejectum scribit.

Digitized by Google

scribit. Nimis impudenter, cum exemplarium omnium autoritas ipsi repugnet. Et ut diximus ad §. *præced.* interserta per occasionem fuit tractatio de cap. deminutione, qua absoluta rediit Iustin. ad *tract. de Legitima tutela.*

Sed ad eos tantum.] Quæ successionis est ratio, eadem est tutelæ, cum illa huius sit causa, ut docetur *tit. seq.* Et sicut igitur Lex 12. tabb. hæreditatem defert non omnibus agnatis, sed proximis gradu, *infr. de legit. agn. succes.* Ita etiam obtinet in tutela. Illud autem hic explicatu dignum est, si † gradus proximus ad tutelam vocatus deficiat, an tum fiat locus sequenti in tutela, an vero tutelæ dativæ. Et hoc quæritur sive defecerit proximus gradus ante cœptam tutelam, sive post eam cœptam. Et videri possit eadem ratio esse hæreditatis legitimæ & tutelæ. In illa non erat successio, ita videlicet uti si proximus qui fuit tempore mortis, defecisset, ad sequentem gradum hæreditas non perveniret §. *placebat 7. infr. de legit. agnat. succ.* ubi dicemus: magis est, ut diversa sit tutelæ ratio. Et post testamentariam hæreditatem non potest esse locus legitimæ: atquin post tutelam testamentariam legitima locum habet, ut diximus sup. *ad §. quod autem de legit. agn. tut.* Itaque & post legitimam tutelam proximi gradus, eo deficiente locus esse potest secundo; quoniam (quæ ratio differentiæ est) quamdiu supereſt pupillus, militat ratio ferendæ tutelæ, quia spes etiamnum est successionis. Accuratius autem distinguendum est, ut si supersit primus gradus, vel ex eo aliquis, sed inhabilis ad administrandum, veluti minor, quoniam hic ipso iure tutor est, sequenti gradui non fit locus, sed detur interim tutor seu forte curator per *l. non solū* 10. §. *si libertus 7. de excus. tut.* (de quo agemus *inf. §. pen. de curatorib.*) Et hic enim supereſt legitimus tutor ipso iure Itaq; etiam ubi legitimus tutor proximo gradu remotus vel excusatus est (quoniam verum est supereſſe proximum gradū) sequenti non est locus *per l. 3. § quari 8. de legit. tut.* Idem si ex proximis aliquis decesserit, ut quamdiu unus supereſt, non fit locus sequenti gradui, *per d. l. 3. § sed si 5.* quoniam & si hic ab initio solus fuisset, ei soli tutelam Lex detulisset. Itaque demum ubi omnino non supereſt primus gradus, & omnes ex eo licet post cœptam tutelam mortui vel deportati fuerint, locus erit gradui sequenti *d. l. 1. § pen. de legit. tutoribus.* deportati inquam, secus enim si fuerint capti ab hostibus; tunc enim propter ius postliminii, sequens gradus succedit, sed tutor à prætore datur *l. 1. § si apud hostes 2. de legit. tutor.* Videamus pro complemento & hoc, an † post dativam tutelam fiat locus tutelæ legitimæ; de quo tractat *Angel. in §. quod autem in fin. tit. præcedent.* Constat regulariter locum esse legitimæ tutelæ ante dativam, sed ut ex modo & ad *§. quod autem tit. præcedent.* dictis apparet, sunt speciales causæ & casus, ex quibus dativa tutela præcedit legitimam, non tam ex se quam ex accidenti: & in primis ubi spes est tutelæ testamentariæ, veluti si sub conditione aut die fit datus testamento tutor: quoniam enim legitima tutela semel constituta & in actum deducta alteri non cedit, fit ut hic detur tutor à magistratu dativa autem tutela facile cedit. Itaque in his terminis dupliciter post dativum, fit locus legitimo, & 1. mediate, si cesserit dativus testamentario, & hic post deficiat, quo casu perinde est, ac si ab initio fuisset tutor testamentarius, 2. immediate si mortuo tutore dativo vel deportato deficiat spes testamentarii tutoris; Ceteroquin si superstes maneat dativus, utcunq; deficiat spes testamentarii, crediderim manere eum qui semel datus fuit, nec locū esse legitimo. Atque hic est primus casus. Alter est, quem ponit Angelus, ex *d. l. 10. §. 7. de excusat.* si legitimus nec dum fuerit habilis ad administrandum. Verum fortasſis hic datur curator, qui facile cedit: & ut maxime fuerit tutor, attamen cum propter inhabilem ætatē tutoris legitimi datus fuerit, censetur tacite ad tempus datus, & itaque cedet legitimo, postquam hic ad ętatem iustam pervenit. Atq; ita hic casus dubio caret. Est & alius casus v. c. Tutor testamentarius remotus vel excusatus fuit: Et non legitimæ, sed dativæ tutelæ locus est, *l. si quis 1, & 2. de testamen. tut.* Hoc tutore dativo mortuo, quęritur an locus fiat legitimo? Ego affirmandum puto, si eo tempore testamentarius ille remotus vel excusatus tutor, itidē mortuus sit: Ceteroquin obstabit eadem ratio, ne legitimo sit locus. Est denique & his similis casus. Legitimus proximus tutor remotus est, vel excusatus, & hic non est locus sequenti, sed datur tutor *l. 3. §. quari 8. de legit. tut.* quid si igitur hic dativus sit mortuus? Et idem quod in casu præced censeo respondendum. Etenim quod istis casib, dicitur dandus esse tutor, ideo fit, quia illi remoti & excusati ipso iure quodammodo videntur esse tutores quibus sublatis, sublato etiam dativo, res redit in eum statum ac si initio nullus fuisset talis tutor. & proinde legitimo, aut sequenti legitimo locus dari debet. Hæc fortasſis nec inutilia, nec insubtilia sunt; quæ alii omiserunt.

AD TITVLVM XVII.

LIBRI PRIMI INstitutionum,

DE LEGITIMA PATRONORUM tutela.

TEXTVS.

Ex eadem Lege 12. tabb. libertorum & libertarum tutela ad patronos liberosq; eorum pertinet: quæ & ipsa legitima tutela vocatur: non quia nominatim in ea lege de hac tutela caveat: sed quia perinde accepta est per interpretationem, ac si verbis Legis introducta esset. Eo enim ipso, quod hæreditates liberorum libertarumq; intestati decessissent, jusserat Lex ad patronos liberosve eorum pertinere, crediderunt veteres, voluisse legem etiam tutelas ad eos pertinere: cum & agnatos, quos ad hæreditatem Lex vocat, eosdem & tutores esse iusserit: quia plerumq; ubi emolumentum successionis est, ibi & tutelæ onus esse debet. Ideo autem diximus plerumque, quia si à fœmina manumittatur, impubes ipsa ad hæreditatem vocatur, cum alius sit tutor.

COMMENTARIUS.

EX eadem lege.] Explicat hoc *Vlp. tit. 11. de tutelis.* Per eminentiam inquit, legitimi tutores dicuntur, qui ex L. 12. tabb. introducuntur: seu propalam (id est ex verbis) qualis sunt agnati: seu per consequentiam: (id est ex mente) quales sunt patroni: Et ita utraque ista tutela est legitima, quoniam etiam hoc ex Legibus esse dicitur, quod est ex sententia Legis *l. nominis 6. de verb. sign.* Ubi videlicet, sicut hic eadem ratio est, & infertur per directam consequentiam; siquidem ut hic testatur Justinianus & *Vlpianus in l. 1. inpr. de legit. tut.* ex hac causa fuit delata agnatis tutela, qui iisdem L. 12. tabb detulerat hæreditatem, quam etiam detulerat patronis; de quo suo loco *inf. de succeff. libert.* cui convenienter recte Dd. notant in *l. 1. in fr. uti possid.* quod quando Lex producitur ultra verba ex mente ipsa Legis (quæ scilicet per necessariam consequentiam elicitur) tum actio dicitur directa, utilis autem tum demum, quando introducitur per interpretationem ICtorum, ex æquitate propter aliquam probabilem rationem, de quo *infr. §. ult. ad L. Aquil.* Unde etiam notant Interpp. hic quod potius à verbis quam à mente L. recedere debeamus cum ratio sit anima Legis *arg. l. adigere 6. §. 2. de iur. patr.* nisi verba ita sint clara, ut interpretationem non patiantur *ut in l. profpexit 12. §. 1. qui & à quib. us.* de qua re, & an & quando liceat recedere à verbis Legis plane tractat *Ioh. de Plat. hic & Angel. n. 2.* ubi etiam n. 3. agit de regula, *ubi eadem ratio ibi idem ius.*

Vbi successionis est emolumentum.] Imo videatur non recte ita cautum, quippe quod ab iis qui successionem sperant, imminet periculum pupillo, ne qui successuri sunt, struant insidias vitæ pupilli, arg. *§. sin autem 3. inf. de pupill. substit.* Sed nimirum ut maxime his tutelam non detulisset Lex, potuissent tamen insidiari vitæ pupilli: itaque per istam delationem non fit periculum maius aut minus; quod si proximus agnatus idemque tutor sit, forte suspectus alibi pupillus educari debet, ut docet *l. 1. §. 1. & l. 5. ubi pupillus educ.*

Si à fœmina] Diximus sup. *de legit. agn. tut.* fœminam non posse gerere tutelam exceptis ex iure novo matre & avia; nec dubito idem esse in proavia, licet, dubitet *Angelus hic numer. 5.* Cum autem tantum excipiatur mater & avia, etiam hodieque obtinebit, ut quæ manumisit impuberem servum, eius tutrix esse non possit; nisi sit filius naturalis, & in *l. ultim. de tutel.* videntur præcise fœminæ à tutela excludi, ut fortassis verbum *plerumq; in l. tutela 16. in pyinc. eod.* sit emblema Triboniani; nam ex *l. 2. Cod. quand. mul. off. tut.* quæ est Valentiniani, explicari *d. l. 16.* non potest,

AD TITV-

Digitized by Google

AD TITVLVM XIIX.

LIBRI PRIMI Inſtitutionum.

DE LEGITIMA PARENTVM tutela.

TEXTVS.

Exemplo patronorum recepta eſt & alia tutela, quæ & ipſa legitima vocatur: nam ſi quis filium, aut filiam, nepotem aut neptem ex filio, & deinceps impuberes emancipaverit, legitimus eorum tutor erit.

COMMENTARIUS.

NOtant Interpp. *ad tit.* 15. ſupra ex generali quaſi mente L. 12. tabb. dici deſcendere omnem tutelam, quæ defertur propter emolumentum ſucceſſionis; & proinde licet L. 12. tabb. cognatis non detulerit hæreditatem, tamen ex quo hodie ſuccedunt jure civili, tutelam eorum poſſe referri ad L. 12. tab. Sed iſta propius ad eam Legem refertur, ſiquidem parentes emancipantes liberos habent jura patronorum *§ præterea 6. in fin ſupr. quibus modis tut. patr. pot. ſolu.* quibus Lex 12. tabb. defert hæreditatem: hinc ad legitimam filii inteſtati hæreditatem dicitur vocari pater manumiſſor *l. ſi ad patrem 10. de ſuis & legit. §. ultim. infr. de legit. agnat. ſucceſſ. l. 2. C. ad SC. Tert.* & ob id vicem legitimi tutoris ſuſtinere dicitur *l. 3. §. ult. de legit. tutor.* & errat hoc loco Mynſing. qui putat iſtam tutelam quaſi legitimam eſſe quam pater habebat qui emancipaverat non contractu fiducia, adeoque ipſe filium manumiſerat. Etenim textus diſerte loquuntur de patre manumiſſore. Et licet pater ita eſſet loco patroni, tamen cum illæ imaginariæ venditiones & manumiſſiones eſſent commentum ICtorum, non potuit dici Lex 12. tabb. cogitaſſe de iſto imaginario patrono; eoque nec perinde iſta tutela, ſicut verorum patronorum legitima appellari, cum & agnatio per emancipationem eſſet ſublata. Extra rem eſt, quod *Iohan. de Plat, & late Angel. hic* tractant, an & quando & quatenus exemplum probet.

(o)

AD TITVLVM XIX.

LIBRI PRIMI INſtitutionum.

DE FIDVCIARIA tutela.

TEXTVS.

Eſt & alia tutela, quæ fiduciaria appellatur: nam ſi pater filium vel filiam, nepotem, vel neptem, vel deinceps, impuberes manumiſerit, legitimam nanciſcitur eorum tutelam. Quo defuncto ſi liberi eius virilis ſexus exiſtant, fiduciaria tutores filiorum ſuorum, vel fratris vel ſororis, vel ceterorum efficiuntur. Atqui patrono legitimo tutore mortuo liberi quoq; eius legitimi ſunt tutores: quoniam filius quidem defuncti, ſi non eſſet à vivo patre emancipatus, poſt obitum eius ſui iuris efficeretur, nec in fratrũ poteſtatem recideret: libertus autem ſi ſervus manſiſſet, utiq; eodem jure apud liberos domini poſt mortem eius futurus eſſet. Ita tamen hi ad tutelam vocantur ſi perfectæ ætatis: quod noſtra conſtitutio in tutelis omnibus & curationibus obſervari generaliter præcepit.

COMMENTARIVS.

1 *Defenſa vulgata lectio, & de ſpecieb. huius tutela.*
2 *Vnde appellata fiduciaria.*
3 *Explicatio textus.*

NAm ſi pater] Repetitio *verſ. nam ſi tit. præcedent. Legitimam tutelam.*] Quo ſenſu ita dicatur, diximus *tit. præced.*

Quo defuncto.] Jam de fiduciaria tutela. Conſti-1 tuenda † autẽ ante omnia eſt huius loci lectio. Ita habent editiones vulgatæ omnes ut expreſſi: *Si liberi eius virilis ſexus exiſtant fiduciarij tutores filiorum ſuorum, vel fratris vel ſororis, vel ceterorum efficiuntur.* Atque ita editio Pariſina, ita Contius, Baro, Weſembec. alii. Verum editio Ruſſardi non habet verba *filiorum ſuorum, vel ceterorum*, ſed ita: *fiduciarij tutores fratris, vel ſororis efficiuntur.* Ut tamen

Digitized by Google

verba illa quæ editiones aliæ omnes agnoſcunt, annotet in margine, & hoc adiiciat, abeſſe ea à Digeſtis ; adeoque apparet eum motum eſſe ex *l. quo defuncto 4. de legit. tut.* ubi etiam tantum fratris & ſororis mentio ſit, ſed minus leve hoc eſt argumentum, ut ex fragmento illo & centone quem deſcripſerunt compilatores, emendetur hic locus, quo ex profeſſo de hac tutela agit Iuſtinian. Itaque omnino male Gothofr. in omnibus editionib. ſuis, quæ omnium manibus teruntur, omiſit, quæ omnino neceſſaria eſſe iſtud evincit, quod in pr. tit. agit Iuſtinian non tantum de filio emancipati, ſed etiam nepotibus : & conſequenter non tantũ contingit caſus huius tutelæ ubi f. ater tutor ſit fratris emancipati, ſed etiam pater filii ſui, quem avus filio in poteſtate retento emancipavit, & ſi pater non ſit, patruus fratris ſui filii emancipati erit tutor : quos tres caſus expreſſit Iuſtinianus, verbis ; 1. filiorum ſuorum, 2. fratris vel ſororis, 3. ceterorum. Expreſſit itidem, (quod magnum pro lectione quam defendimus præbet argumentum) Theophilus, σημαίνει, inquit, ὁ 1. ἀδελφὸς ἀδελφῷ γιὰ θαρ φιλοκηδίαν ἐπίτροπος, καὶ ὁ 2. θεῖος ἀνεψιῷ, καὶ 3. πατὴρ παιδί: quos ſingulos caſus exemplis illuſtrat. Proxima quæ-
2 ſtio eſt de cauſa appellationis, † cur dicatur fiduciaria tutela. Numquam mihi ſapere potuit, quod communiter Interpp. hinc dictum putant, quoniam Lex confidat & habeat iſtam fiduciam, iſtas perſonas recte tutelam adminiſtraturas : neque enim ulli citra iſtam fiduciam quæcunque tutela committeretur ; quamvis ita ſenſiſſe videatur Theophilus, qui inſcripſit ſumi titulum περὶ τοῦ θαρρεῖν τὸν ἐπίτροπον, θαρρεῖν enim ſignificat, confido. Inepte, ut mihi videtur. Ego in ea ſemper fui opinione, à fiducia contracta in emancipatione hanc appellationem deductam eſſe ; de qua diximus *ſup. tit. 12. §. praterea 6.* & ſcilicet pater contrahere fiduciam & contracta fiducia emancipare dicebatur § *ult. infra de legit. agn. ſucc. lib. 2. §. objicitur 15. ad SC. Tertull.* adeoque tutela illa quam pater in liberos emancipatos habebat, recte dicta fuiſſet fiduciaria, ſed quia ex cauſa ante dicta & ipſa legitima dicta fuit, videtur id nomen ad eam tutelam relatum, quæ perſonis hic enumeratis in liberas contracta fiducia emancipatis, competit. Atque ita deprehendo ſentire *Hottomannum hic*, ubi ait, abuſionem iſtius vocabuli, quod in patre defuncto non valuit, ad ipſius poſteros quaſi hereditariam alterius nominis penuria trarslatam fuiſſe. Jam
3 ad rem. Ait Iuſtinianus † perſonas iſtas eſſe fiduciarias tutores non legitimos. Huic ſententiæ obiicit ipſe in *verſ. atqui.* ex quo videatur effici eſſe legitimos tutores. Si patrono qui ſervum manumiſit & eius tutor legitimus fuit defuncto, liberi eius eodem genere tutelæ, impuberi adhuc liberto ſunt tutores ; ergo etiam defuncto patre emancipatore, qui inſtar patroni legitimus erat filii tutor, liberi eius debent cenſeri legitimi tutores. At verum prius, Ergo & poſterius. Hæc obiectio removetur, & ſimul ratio diverſitatis redditur in *verſ. quoniam* : quod libertus impubes ſi ſervus manſiſſet, eodem iure fuiſſet penes liberos & heredes domini ſui, quo apud ipſum dominum fuit, æque nimirum ſervus : ſed filius non emancipatus mortuo patre ſui iuris effectus fuiſſet, & minime in fratrum ſuorum poteſtatem recidiſſet. Hæc autem ratio tantum eſt particularis, & procedit in duabus ſpeciebus tutelæ fiduciariæ, qua frater fratris aut prædefuncti fratris emancipati ab avo liberorum tutor eſt ; fallit autem in tertia ſpecie, quam habet pater in liberos ſuos emancipatos ab avo, quo mortuo nepotes non emancipati in patris ſui poteſtatem recidiſſent, & ei ſicut ante avo, omnia adquiſiviſſent. Etan igitur propterea pater hic liberorum ſuorum ab avo emancipatorum erit tutor legitimus? Ita quidem affirmat Hottomannus hic, pater, inquit, avo defuncti filii ſui emancipati haud dubie tutor erit legitimus. Sed contradicunt diſerte verba *in princ. tit.* quę ipſe Hottomannus agnoſcit, ibi *fiduciarii tutores filiorum ſuorum efficiuntur.* Itaque iuvandus eſt Iuſtinianus, & intelligendum tum demum tutelam liberorum etiam legitimam eſſe ſicut patris fuit, ubi ex ſucceſſione ius omne liberis quæritur, & ubi æque patroni ſunt liberi, & ius patronatus in eos ſimul deſcendit. Unde apparet generalis & duplex diverſitatis ratio. Nam liberi patroni ſi qua ratione excluſi patris hereditate fuiſſent, nullum ius in ſervo habuiſſent : ac filius licet exheredatus mortuo patre liberos ſuos quos avus non emancipaverat, in poteſtate habuiſſet. Deinde in liberos una cum hæreditate deſcendit ius patronatus : atquin ius patronatus, quod avus in nepote emancipato habuit, non deſcendit in filium, nec filius eius quem pater emancipavit dicitur patronus, nec bonorum poſſeſſionem contra tabulas filii ſui ab avo emancipati habet *l. 1. §. pen. ſi quis à patr. manum.* Itaque recte negatur pater filiorum ſuorum ab avo emancipatorum eſſe legiti-

legitimus tutor; & male Mynſing. ob iſtam rationem, quam propoſuimus, ſolum fratrem fiduciarium tutorem eſſe concludit, quæ & ſententia Iaſonis eſt *in addit. ad Porc.* qui putat patrem eſſe legitimum tutorem filiiſui, quem avus emancipaverat: & ob id; ſed omnino vitioſe, *in pr.* verba *filiorum ſuorum* explicat de liberis eius, quaſi *ſuorum* ſcriptum eſſet, pro, *eius*: & falſum eſt, quod ibi dicit, perinde vocari patrem ad ſucceſſionem, atque ipſum avum qui emancipavit.

Ideque nec in tutelam.] Hæc verba expungit Hottoman. quoniam (quæ ipſius ratio eſt) ſi filius emancipatus non fuiſſet, utique patre mortuo, frater tanquam proximus agnatus, legitimus tutor eius fuiſſet. Sed cavillatio eſt: ſiquidem Iuſtiniani argumentum eo tendit, ut probet, non eam eſſe tutelam nec eam eius ſpeciem, quæ fuit penes patrem, ceteroquin non negat, quod filius non emancipatus in fratris tutela, quæ jure & proprie legitima dicitur, eſſe poſſit.

Illud notare recte videntur Interpretes poſtquã Anaſtaſius fratribus licet emancipatis, jura agnationis conſervavit, & Iuſtinianus in ſucceſſionibus, jura teſtatis & emancipationis ſuſtulit, tutelam, quam hodie frater in fratrem emancipatum habet, legitimam recte appellari:

Si perfecta ætatis ſint.] De hoc & an minor poſſit aut potuerit eſſe tutor, dicemus *infra ad §. Item maiori 13. de excuſ. tutor.*

AD TITVLVM XX.

LIBRI PRIMI Inſtitutionum.

DE ATTILIANO TVTORE, & eo qui ex L. Iulia & Titia dabatur.

TEXTVS.

Si cui nullus omnino tutor fuerat, ei dabatur, in urbe quidem à prætore urbano & majore parte Tribunorum plebis, tutor ex Lege Attilia: in provinciis vero à præſidibus provinciarum ex Lege Julia & Titia. Sed & ſi in teſtamento tutor ſub conditione aut ex die certo datus fuerat, quamdiu conditio aut dies pendebat, ex iisdem LL. tutor alius interim dari poterat. Item ſi pure datus fuerat, quamdiu ex teſtamento nemo heres exſiſtebat, tamdiu ex iisdem LL. tutor petendus erat: qui deſinebat eſſe tutor, ſi conditio exiterat, aut dies venerat, aut heres exſtiterat. Ab hoſtibus quoque capto tutore, ex his LL. tutor petebatur: qui deſinebat eſſe tutor, ſi is captus erat, in civitatem reverſus fuerat: nam reverſus recipiebat tutelam jure poſtliminii.

COMMENTARIVS.

PRoponuntur varii caſus, quibus tutela dativa locum habet; abſoluto enim tractatu de tutela teſtamentaria & legitima jam tertio loco agitur de Dativa, cuius poſtrema cauſa eſt; adeo ut ſi extante tutore teſtamentario aut legitimo judex det tutorem, datio ſit ipſo jure nulla per *l. ſi ſororis 9. C. qui dar. tut.* proponitur autem cauſa efficiens hujus tutelæ & remota & proxima. Remota ſunt Leges, Attilia, itemque Iulia & Titia, proxima ſunt magiſtratus, qui ſecundum eas LL. dant tutores. Et ex L. Attilia Romæ, prætor cum maiore parte Tribb. plebis; vel potius prætor cum Tribunis; & ita apud *Livium l. 39.* Hiſpala Fecennia, tutorem à prætore & Tribunis petit; & quod majoris partis hic mentio fit, eo pertinet ut ei ſtaretur, quod majori parti Tribunorum placeret; cum alias quod & Hottom hic notat, & innumeris Livii locis probetur, ita jus eſſet, ut unus Tribunus interceſſione ſua impedire poſſet, quod etiam ceteris omnibus placuiſſet, id ius ſublatum adeo in hac cauſa dandi tutores fuiſſe, apparet Nimirum initio quidem duos tantum tribunos plebis, poſt decem creatos, & totidem perſeveraſſe ex Liv. conſtat.

Si cui nullus.] Primus hic caſus eſt, quo ex iſtis LL tutor datus, ſi omnes ſpecies tutelæ, de quibus hactenus actum eſt, deficiant. Sed quid cum fuiſſent tutores teſtamentarii, aut legitimi & eorum unus reliquis decedit (nam ſi omnes moriantur, certum ius eſt) an tum erit locus dativo in locum demortui? Puto æſtimare prætorem an ſufficiant qui ſuperſint, & poſſe (non autem debere) ex cauſa in locũ defuncti dare aliũ, ut docet *l. ſi quis 11. §. ult. de teſt. tut.* & errat hic *Joh. de Plat.* qui hoc tantum in teſtamentariis locum habere putat, non in legitimis: male adducta *l. 1. §. ſed ſi §. de legit. tut.* ubi excluditur ſequens gradus, quamdiu ſuperſunt ex præcedenti

Digitized by Google

cedenti proximo gradu; non autem excluditur dativus, ſi eum neceſſarium eſſe prætor deprehenderit.

Sed & ſi teſtament.] Alter caſus eſt, quo tutor quidem datus ſeu potius deſignatus eſt pupillo, ſed qui necdum tutor eſſe poteſt: nam ut ſupra diximus, quoniam hic ſpes eſt teſtamentariæ, legitima ceſſat, tutor à magiſtratu datur.

Sub conditiones.] Conditio ſuſpendit actum, adeo nullo modo poteſt interim dici tutor, ſed tantũ ſpes eſt fore, ſicut in caſu conditionalis obligationis, ſpes tantum eſt, debitum iri *§. ſub conditione 4. infr. de V.O.*

Aut ex die certo.] Nam incertus ſub conditione comprehenditur, de quo inf. Ratio a. hic poterat eſſe dubitandi, ut interim non tutor, ſed curator dandus videretur, argumento obligationis in diẽ, ex qua jam actio nata eſt, & debitum jam eſt, ſed tantum differtur actio. Ita & tutor ita datus videtur ipſo iure tutor eſſe, nec proinde admittere alium tutorem, juxta regulam *§. pen. inſ. de curatorib.* Sed enim nõ bona eſt comparatio, nec quidquam adhuc juris ante diem habet tutor, nec ante quidquam in eum conferre voluit teſtator. An autem in locum legitimi, qui ad gerendum inhabilis eſt, interim tutor vel curator detur, dicemus *ad d. §. pen.*

Quamdiu ex teſtamento.] Tertius caſus eſt, quo licet tutor pure ſit datus teſtamento, opus tamen eſt tutore dativo, ubi ſcil. necdum hereditatis aditio facta eſt, quæ tum cetera, tum etiam tutelæ datione confirmat *l. ſi nemo 9 cum l. ſeq. de teſtam. tut.* Poteſt autem longiuſculum tempus intercedere, quia forte conditio adſcripta, vel heres jure deliberandi utitur. Hottoman. hunc locum negligentiſſime à Triboniano tractatum affirmat, eo quod pertineat hoc tantum ad caſum pupilli exheredati, non etiam inſtituti. Eum reprehendit *Alber. Gent. dial. 6.* ait utique hoc etiam obtinere quando pupillus non ſuus inſtitutus eſt. Sed ſane huic jure non datur tutor, ut ſupra expoſuimus ad §. 2. *tit. 13.* adeo referendum ita fuerit ad caſum, quo tutor eget confirmatione, à patre, emancipato, vel à matre aut aliis pupillo inſtituto datis, de quo tractavimus quædam *ad §. certa ſup. tit. 14.* tum etiam ubi pupillus inſtitutus fuit cui datus eſt tutor, tantum illi datur tutor ad adeundam hereditatem: ut eo loco diximus; quod curator hic inutilis eſt ex ratione *l. curatorem 19. de autor. tut. l. 17. §. 1. de appell.* atquin Iuſtinianus hic magis agit de caſu, quo ſimpliciter non ad unum actum tutor datur. Neque tamen eſt quod reprehendatur Iuſtinianus, qui tantum voluit tractare caſum, quo opus eſt tutore dativo; quod tantum illo caſu verum eſſe videtur, & neceſſarium, ubi confirmatio teſtamenti pendet à facto & aditione alterius; ceteroquin in tutela teſtamentaria pura ſi inſtitutum ponat pupillum, exiſtentia ipſa confirmabitur tutela, quæ verior eſt ſententia, utcumque acceperit pupillus coheredem vel ſubſtitutum, licet eo caſu communiter Dd. velint jura ſuitatis quodammodo vulnerari, &, ut not. Ang. hic, requirant hoc caſu Attilianum tutorem, cuius autoritate adeat pupillus. Illorum autem ſententia probanda non eſt, qui putant judicis autoritate adeundam hereditatem: neque enim iſtud ad officium magiſtratus pertinet De ſuitate & eius effectibus agemus *infra libro 2. tit. 19.*

Qui deſinebat.] Repetit caſus quos propoſuerat: & pertinet hoc ad modos quibus finitur tutela dativa, quod attigimus *ad §. ad certum tempus tit. 14.* poſſe magiſtratum uſque ad tempus & quaſi ad tacitam conditionem tutorem dare.

Ab hoſtibus quoque tutore capto.] Atquin non videbatur tutori dativo, ſed potius curatori eſſe locus, per regulam *d. §. pen. de curatorib.* quoniam reverſus ab hoſtibus, cum perinde habeatur, ac ſi retro ſemper in civitate fuiſſet, hac fictione ſtante ſit, ut tutor intelligatur datus ei qui tutorem habuit. Et non confirmatur hic locus *ex l 1. §. 2. de legit. tutor.* quem ad hoc adducit Hott. ſed magis impugnatur: & ſcilic. ſi proximus agnatus apud hoſtes ſit, negatur eſſe ſequenti locus. Propter jus poſtliminii ſcilicet, quod facit, ut pro tutore habeatur: quamvis ſane illa difficultas manet, quod *in d. §. 2.* à prætore dandus dicitur. &, ut contextus arguit, *tutor*, videbimus *infra ad d. §. pen.* Interim hoc in mentem venit quoniam pupillo recte & plene per curatorem proſpici non poteſt, arg. *l. cum in una 17. §. 1. de appell.* in incerto eventu tutoris redituri, placuiſſe potius tutorem dari quam curatorem.

Recipiebat tutelam.] Apparet adeo de eo tractari, qui cum iam tutor actu eſſet, ab hoſtibus captus fuit: ceteroquin facilius eſſet tutori locus.

Reverſus.] Quid ſi apud hoſtes deceſſerit? Conſtat tum perinde haberi, ac ſi ipſo puncto captivitatis mortuus fuiſſet; Quo poſito in veritate, locus fuiſſet legitimo, vel ſi agnatus tutor captus fuiſſet, agnato ſequentis gradus. Itaque ſi hanc rationem ſequimur, oportebit tum tutorem prætorium cedere, ad aliũ poteſtate juris tutela devoluta. Quod etiam addendum eſt & ſupplendum ad *d. l. 1. §. 2.*

& ad

Digitized by Google

& ad §. 1. h. t. in fin. ut nimirum ſi conditio, ſub qua tutor teſtamento datus fuerat, defecerint, tunc ceſſante dativa, incipiat locus eſſe tutelæ legitimæ, quod firmatur per caſum *l. ſi tutor. §. 1. de tut. & rat. diſtrab.*

Obiter hic notandum de LL. quantum in prætitu mentio fit. Ex citato ante loco ex *Livio lib.* 39. apparet hanc Legem antiquam fuiſſe; quod unicum notat *A. Auguſt. de LL.* & ſuſpiciones tantum adducit *Hottomannus*. Bonus *Ferrarius Mont.* & eum ſecutus *Mynſ.* confidenter ſcribunt, à L. Attilio, & Claudio Martio tribunis plebis latam hanc legem. Sed enim ſcriptum eſt apud *Livium lib.* 9. à L. Attilio & C. Martio latam Legem de Tribunis militū: huius autem de qua quærimus, nullum veſtigium, & inſuper indocte vocatur Claudius Martius, cum utrumque & Martius & Claudius non prænomina, ſed gentis nomina ſint, quæ in uno non concurrebant, Iulia quoque & Titia Lex, quando aut à quibus lata fuerit, non reperio. A Cæſare vel Auguſto latam putat Weſemb. ſed LL. Iuliæ nullam aliam habent conjunctam appellationem: hæc autem eſt Lex Iulia Titia; vitioſe enim dicitur L. Iulia, Papia: ſed Lex Iulia ſola ea de re fuit, à qua diverſa Papia Poppæa, quæ à Conſulibus nomen accepit.

TEXTVS.

2. Sed ex his LL. tutores pupillis dari deſierunt, poſteaquam primo Conſules, pupillis utriusque ſexus tutores ex inquiſitione dare ceperunt: deinde prætores ex conſtitutionibus. Nam ſupradictis Legibus neque de cautione à tutoribus exigenda, rem ſalvam pupilli fore: nec de compellendis tutoribus ad tutelæ adminiſtrationem quidquam cavebatur.

COMMENTARIVS.

MUltiplex ius circa dativam tutelam hoc tit. recenſet Iuſtin. & poterat tamen ea ſuperſedere relatione, & ſimpliciter jus uſitatum proponere; primum eſt, de quo initio huius tit. ex LL. Attilia, & Iulia Titiaque, ſequitur alterum h. §.

Poſteaquam primo Conſules] Hoc Claudio tribuit *Sueton. cap.* 23. ſanxit, ait, ut pupillis extra ordinem à Conſulibus tutores darentur; eiusque rei veſtigium eſt *in l. 1. §. in fi. de conſ. tut.* ubi ſi quid deeſt, ſupplendum dicitur, per conſularem poteſtatem, & ut eſt in Græco, ὑπὸ τῆς τῶν ὑπάτων ἐξουσίας. Atquin cum Iuſtinianus hic non obſcure innuat, jus conſulum in dandis tutoribus ad prætores poſtea tranſiſſe, (quod M. Antonino Phil. tribuit *Cap. tol. cap.* 4. prætorem, inquit, tutelarem primus fecit, cum ante tutores à Conſulibus poſcerentur) non potuit tempore Modeſtini, qui utique poſt Antoninum vixit, ea poteſtas conſulum fuiſſe. An forte etiam tum ius iſtud aliquando ſibi cōſules uſurparunt? an parum accuratus fuit Modeſtinus, dū meminit poteſtatis conſularis, quæ tum ceſſabat hic in re.

Ex conſtitutionibus.] Cur ait ad prætorem hoc translatum ex conſtitutionibus, & hac in re quaſi opponit ius anterius, quo Conſules dabant tutores, cum tamen ut oſtendimus, utrumque hoc fuerit ab Impp. aut cur magis dicitur ex conſtitutionibus eſſe, quod ſanxit M. Antoninus, quam quod Claudius? An quod de conſtitutionibus dicitur, ad utrumque referimus, an quædam aliæ & poſteriores conſtitutiones prætoribus jus hoc iterum tribuerunt.

Ex inquiſitione.] An igitur tum demum & ſub Claudio per conſules ex inquiſitione tutores dari cœpti, & ante prætores cum Tribunis ſine inquiſitione tutores dederunt? Id ſane vix probabile eſt. An forte propria quædam tum ratio inquirendi inſtituta? Multa eiuſmodi non fugiunt, ut modeſtius nos jura tractare conveniat, nec propterea velim cum Hott. mutare textum & legere *ex iuriſdictione*: quamvis ita Theoph. habeat, κατ' *iuriſdictionem*: neque enim ille ſemper verbis Iuſtiniani inhæret: & omnino non ſequitur conſules ceperunt dare tutores ex inquiſitione, ergo ante prætor cū tribunis non inquirebat.

Nam ſupradd. LL.] Cauſam reddit, quare à jure veteri & LL. Attilia, Titia & Iulia receſſum ſit, quoniam per illas non ſat pupillis proſpiciebatur. Duplex autem vitium illarum LL. notat. 1. quod iis nihil cautum erat, de ſatisdatione exigenda à tutoribus de qua *infr. tit.* 44. Sed occurrit ſcrupulus ex *d. tit.* 24. *§. ult.* ubi dicitur, quod majores magiſtratus non exigant ſatisdationē, adeo nec conſules, nec prætores, de quibus h. §. agitur, & quomodo igitur hoc poteſt vitium notari in illis LL. ſi conſules & prætores, quib. jus hoc dandi tutores tributū eſt, non exigunt ſatisdationē? Vix habeo quod reſpondeam; niſi forte poſt aliquid innovatum, ut ne prætores amplius exigerent ſatisdationem: aut aliquando etiam ſatisdationē ex ſpeciali

Digitized by Google

cauſa exigerent: aut prætorum poteſtas in dandis tutoribus non tantum finibus urbis Romæ concluſa ſuit, ſed etiam ad municipia viciniora porrecta & pupillos ibi domicilium habentes, quibus ut darent tutores, magiſtratus municipales monebant (de quo *in §. ſeq.*) quibus ſatisdationem exigere incumbebat, quod bene confirmat *l. 5. de confirm. tut. & infr. de ſatisd. in pr.* dicitur, curare debere prætorem ut tutores ſatisdent, & tamen mox ſubjicitur, non ſatisdare tutores ex inquiſitione datos, quomodo ſane dantur à prætore, adde quæ dicemus *infr. ad pr. de ſatisd. tut.* Alterum vitium notatur, quod LL. illis non erat cautum, de tutoribus ad adminiſtrationem compellendis; quod rurſus accipiendum eſt, de certis inductis remediis, multis dicendis, & pignoribus capiendis; extra ordinem *l. 1. in pr. de admin. tut. l. 3. C. de ſuſpect. tut l. 1. in fi. C. in quib. caſibus tut hab.* adde notata *infr. ad §. ſciendum in fi. de ſatisd. tut.* ceteroquin abſurdum ſit exiſtimare, antea in arbitrio fuiſſe tutorum quos prætor & Tribuni plebis cōſtituerant, an adminiſtrationem ſuſcipere vellent, necne. Addit Weſ. aliam rationem cur prior ratio dandi tutores ceſſaverit, quoniam poteſtas Tribunitia tum translata fuerit ad Auguſtos. Sed errat. Et Impp. enim ut ſacroſancti eſſent, aſſumebant ſimul tribunitiam poteſtatē: ſed non propterea ſublati tribuni plebis; quos adhuc ſub Impp. fuiſſe certiſſimum eſt. Et tamen pro Weſembec. Suet. de Auguſto c. 27. Tribunitiam poteſtatem perpetuam recepit, in qua ſemel atque iterum per ſingula luſtra collegam ſibi cooptavit, & tamen contra videtur ſcribere *Dio. lib. 53.* quod Impp. quotannis poteſtatem hanc cum tribunis eius anni renovent.

TEXTVS.

3. Sed hoc iure utimur, ut Romæ quidem præfectus urbi, vel prætor, ſecundum ſuam Iurisdictionem: in provinciis autem præſides ex inquiſitione tutores creārēt: aut magiſtratus juſſu præſidum, ſi non ſint magnæ pupilli facultates.

COMMENTARIVS.

TErtium iſtud vel potius quartum jus eſto: quod in uſu eſſe perhibet Juſtinianus, ubi hoc addendum, quidnam ſit *Inquirere*: & nimirum duplex inquiſitio eſt, ubi confirmandus eſt tutor, & ubi ab initio dandus. In illa quæ ſpeciatim requirantur, docet *l. 7. §. 1. de conf tut.* In genere & utrobique conſideratur, an perſona ſit apta *l. 1. §. 2. de conf. tut.* quod æſtimatur ex facultatib. & ex moribus *l. 8. de confirm. tut.* tum decretum interponendum eſt *d. l. 7. §. 1. in fin.* Duo autem h. §. occurrunt ſcrupuli 1. Quod dicitur prætorem dare ſecundum ſuam Jurisdictionem. 2. Quod ſequitur, magiſtratus municipales dare tutores juſſu præſidum. Idque priori conſequens; quoniam eſt hoc ordinarii juris, ut quiſque jurisdictionem ſuam, & ea quæ ad jurisdictionem pertinent, & jurisdictionis eſſe dicuntur, alteri peragenda delegare, mandare & committere poſſit. *l. more 5. cum l. ſeq. l. ſelet 16. cum l. ſeq. de iuriſdict.* utrique autem contradicit, tum quod Ulpianus ſcribit in *l. muto 6. §. tutoris 2. de tutelis*, tutoris dationem non eſſe jurisdictionis, ſed ex ſpeciali conceſſione competere; tum quod mundari à præſide non poſſe ius dandi tutores reſponſum eſt in *l. nec mandante 8. de tutorib. dat.* & ita habet ſe res, ut hæc duo inter ſe opponi ſoleant, competere alicui vi jurisdictionis & jure magiſtratus; &, competere ſpeciali Legis conceſſione: ita ut illa quidem mandari & per alium expediri poſſint; hæc autem non poſſint, quoniam Lex vel Princeps dum in ſpecie hoc magiſtratui permittit, eius fidem & induſtriam elegiſſe intelligitur, & per eum ipſum voluiſſe expediri: & iſta probantur vulgato textu *in l. 1. in pr. de offic. eius, cui mand. eſt iurisd.* Iſta explicatione, non unius homonymiæ in verbis & phraſibus extricantur. Interpp. enim vulgo nihil hic intelligunt, & meros fundunt errores. Et initio jurisdictionis eſſe, vel vi jurisdictionis aut magiſtratus jure competere, dupliciter dicitur tum in ſpecie, tum in genere. Illo modo dicuntur & intelliguntur, quæ natura ipſa inſunt jurisdictioni, quam quiſque magiſtratus pro conditione ſua habet, more maiorum, de quibus loquitur JCtus *in d. l. 1. de off eius cui mand. eſt iurisd.* quod nimirum iſta mandari poſſint. Hoc modo intelliguntur omnia ea, quæ à Lege vel conſtitutione non perſonæ ſingulari, ſed officio v. c. prætoris aut præfecti commiſſa ſunt. Et iſta mandari nequeunt. Et poſteriori hoc ſenſu tutelæ vel tutoris datio poteſt dici eſſe iurisdictionis prætoriæ, & prætor dare tutorem ſecundum ſuam jurisdictionem, ut hoc §. & eodem ſenſu dicitur tutorem dare, cuius de re jurisdictio eſt *l. 3. in pr. de poſtul. & in l. 3. § ſed & ſi 5. Iudic. ſolv.* quamvis alii hæc omnia loca ita nec abſurde explicent, quod prætor det tutorem iis qui ſub jurisdictione ſua conſtituti ſunt: ut maxime enim ſpeciatim Lege hoc conceſ-

ſum

Digitized by Google

ſum ſit prætori, attamen non aliis pupillis, nec a-lios tutores dare poteſt, quam qui ſunt ipſius iuriſdictioni & poteſtati ſubiecti, & de eius, ut loquuntur, territorio. Addendum & hoc eſt, quod iuriſdictionis verbum ſumitur aliquando latius, ut non contineat ea quæ pertinent ad tractationem controverſiarum civilium, ſed omnia alia quoque quæ ſunt officii magiſtratus undecunque tandem ea habeat: quam iuriſdictionem legalem, vel ſingularem quidam ſolent appellare *Donell.* 17. *comment.* 8. *Scip. Gent d. lib.* 1. *de Iuriſdict.* c. 19. Ex quibus intelligitur, quomodo h. §. prætor dicatur tutorem dare ſecundum Iuriſdictionem ſuam, ceteroquin proprie & in ſpecie non dat tutorem vi magiſtratus & iuriſdictionis ſuæ, quam more maiorum habet, ſed ſpecialis conceſſionis: idque ipſe totus hic titulus oſtendit: quia initio L. Attilia Julia & Titia, prætori & Tribunis, poſt Claudius Conſulibus, mox M. Antoninus prætori proprio jus dandi tutores conceſſerunt. Et hæc ad primum ſcrupulum, an & quatenus jus dandi tutoris poſſit dici Iuriſdictionis. Alter huic connexus eſt, & ex iis quæ iam diximus efficitur, cum iſtud jus non competat vi ordinariæ Iuriſdictionis, mandari quoque id non poſſe; & ſane ſcriptum eſt *in l.* 3. *de tutorib. & cur. dat.* omnibus magiſtratibus municipalib. id ius eſſe conceſſum; adeo quod iam habent, ut illis mandetur neceſſarium non erit. Hinc natæ ſunt variæ explicationes ad hunc locum; & iſta verba, *Iuſſu præſidum.* Ego hoc ita explicare ſoleo. Magiſtratus municipalis habuit ius dandi tutoris, ut ita dicam, particulare, in pupillos illius municipii, præſes autem habuit jus univerſale in omnes totius provinciæ, adeoque ſingulorum & univerſorum municipiorum pupillos. Itaque præſes cum omnibus & ſingulis magiſtratib. municipalib. concurrit in jure dandi tutoris: ut, cum ipſe præſes in magiſtratus iſtos imperium habeat, procul dubio eius jus fortius ſit & potentius & prius. Hinc conſequens eſt, ut ubi caſus, quo dandus eſt tutor, contingit, referatur prius res ad præſidem, qui dabit tutorem ſi jure ſuo uti velit, & ceſſabunt tum partes magiſtratus municipalis: Ubi vero præſes vel occupatus, vel aliis de cauſis tutorem dare nollet, tum illæ futuræ ſunt partes magiſtratus municipalis, qui ſcilicet dabit tutorem non mandatu præſidis, cum ipſe hoc jus ſibi conceſſum habeat *d. l.* 3. *de tutorib. dat.* ſed tamen cum prius expectare eum oporteat an ſuo jure uti præſes velit, fit, ut præſide hoc ad magiſtratus municipales remittente, videantur ipſius juſſu dare tutores; quos ſane dant illius juſſu & monitione præcedente, atque ita in *l. tutores* 5. de prætore dicitur, quod iuſſerit, ut magiſtratus ſcil. minores confirmarent tutores; hoc eodem ſenſu in *l. Lucius* 46. §. *cum teſtamento.* 6. *de admin. tut.* dicitur præcepto præſidis tutor datus à magiſtratibus municipalibus. Idque eleganter confirmatur ex *l.* 1. §. *magiſtratibus.* §. 6. *de magiſtr. conv.* ubi dicitur imputari magiſtratibus municipalibus, ſi MONITI non dederint tutores. Et nimirum officium erat illorum, ut referrent ad præſidem, quod pupilli indigerent tutoribus, & ſimul etiam quoſdam ex municipio nominarent tutores; quos præſes aut dabat tutores aut rem ad illos remittebat, ut apparet *ex d. l.* 1. §. *ſi præſes* 3. & §. *ſi curatores* 5. *de magiſtr. conven.* Hæc eſt ipſiſſima veritas rei; & proinde quod in *d. l.* 1. §. 6. *in fin.* de mandato dicitur, explicandum eſt *ex præcedd. dd.* §§. ut non intelligatur ita mandatum quaſi ipſi jus dandi tutores non habeant. Non obſtat autem, quod pro conſulis legatus poteſt dare tutorem *l. pen. de offic. proc & leg.* qui videtur omnia habere ex mandata juriſdictione. Sed enim legatus ex ſpeciali conceſſione jus dandi tutores habet *l.* 1. §. 1. *de tut. & cur. dat.* licet id jus demum exercere poſſit poſt mandatam juriſdictionem; quia tum demum legatus officio in provincia fungi intelligitur. Nec hic quidquam mutatum eſt, & errant poſt gl. Interpp. qui ſcribunt, hodie iſtud competere jure magiſtratus, & poſſe delegari, non tamen cuivis, ſed habenti iurisdictionem; quod merum eſt commentum.

Vel magiſtratus.] Non dubium eſt quin hic intelligantur magiſtratus municipalis, ut monuimus quoq; ſupra *ad* §. *præterea* 6. *Quib. mod. ius pat. pot. ſolu.*

TEXTVS.

4. Nos autem per conſtitutionem noſtram huiuſmodi difficultates hominum reſecantes, nec exſpectata iuſſione præſidum, diſpoſuimus, ſi facultates pupilli vel adulti, uſq; ad 500. ſolidos valeāt, defenſores civitatum, una cum eiuſdem civitatis religioſiſſimo Antiſtite, vel alias publicas perſonas, id eſt, magiſtratus, vel iuridicum Alexandrinæ civitatis, tutores vel curatores creare: legitima cautela ſecundum eiuſdem conſtitutionis normam præſtanda, videlicet eorum periculo qui eam accipiunt.

COMMENTARIVS.

HOc quintum jus eſt, per quod tamen non penitus receſſum à priori, ſed aliquid additum eſt, & auctum jus magiſtratuum municipalium, ut etiam re non relata ad præſidem, & non expectata juſſione præſidum, pupillis quorum facultates non excedunt 500. ſolidos, poſſint dare tutores, adhibito Antiſtite, id eſt, Epiſcopo loci.

Defenſores civitatum] De his eſt *tit. antepen Cod. lib. 1. & N. 15.* Notant quidam in municipiis & civitatibus fuiſſe quandam imaginem Reipubl. Romanæ, ut defenſores repræſentarent tribunos plebis, (unde & defenſores plebis vocantur *l. un. C. de offic. iurid. Alex.*) duumviri, Conſules, & ordo decurionum, Senatum *arg. l. omnes 33. C. de decurionib.* Et tamen non omnium civitatum eadem fuit ratio: & recte Hottoman. hic notat, ſignificari magiſtratus, quos ſingulæ civitates more inſtitutoq; ſuo habebant; ideoq; mox ſubitcitur h. §. *vel alios magiſtratus*; quin nec verum videtur, quod Hott. ait, in omnib. coloniis & municipiis in ſpecie dictis, fuiſſe duumviros; ſed alia quoq; officia & titulos magiſtratuum fuiſſe, dictatorem, ædiles, prætores notat *Cuiac. in l. ſi ad 18. C. de decurion.* & plurib. *Sig. in libb. de antiquo iure Italiæ*, ubi formas coloniarum, & municiporum deſcribit. An in quibuſdam civiuatibus defenſores ſoli fuerint citra alios magiſtratus mihi non liquet; aut an & defenſoribus & ſimul aliis magiſtratibus, Juſtinianus conſtitutione ſua (cuius hic meminit, ſed quæ intercidit) dederit hanc poteſtatem dandi tutores.

Iuridicum Alexandriæ.] Proprius hic magiſtratus fuit oppidi iſtius in Ægypto, ſubiectus præfecto Auguſtali, quem ex numero equitum Roman. primus Auguſtus præfecit, de quo ſunt propriitituli *in Cod. & Dig.*

Legitima cautela.] Id eſt ſatisdatione, de qua *tit. 24.*

Eorum periculo.] Magiſtratuum ſcilicet minorũ in civitatibus, de quõ *d. tit. 24.* Quid ſolidus ſit, aliunde petendum eſt ex *Budæo de aſſe. Hottoman. de re numm. & aliis*, qui hanc rem ex profeſſo tractarunt. Videtur autem, per illud de 500. ſolidis, explicari quod *in §. prec.* dictum fuit, de facultatibus non magnis pupilli, quod hic ita procedit. Ceteroquin poſt alios Proc. recte exiſtimat, alias ex circumſtantiis æſtimandum, quis dives, quis pauper, quæ magnæ vel parvæ ſint facultates.

TEXTVS.

5. Impuberes autem in tutela eſſe, naturali iuri conveniens eſt: ut is qui perfectæ ætatis non ſit alterius tutela regatur. Cum ergo pupillorum pupillarumque tutores negotia gerant, poſt pubertatem tutelæ iudicio rationem reddunt.

COMMENTARIVS.

1. *An actio nata durante tutela.*

Naturali iuri conveniens.] Equidem non uno modo poteſt aliquid dici convenire iuri naturali; ut proinde ex his verbis non recte inferatur, tutelam eſſe iuris naturæ vel gentium. Et tamen non eſſe tutelam inventum iuris civilis, monuimus *ſup. ad §. 1. tit. 13.* & in Platonis Repub. & d. LL. non uno in loco de tutoribus agitur.

Perfectæ ætatis.] Ambigue ætas iſta, dicitur: & ſupra in *f. tit. prec.* intelligitur ætas 25. annorum: hic abuſive ſane ætas annorum 14.

Cum negotia gerant.] Optima ratio, ut qui aliena negotia gerit, ad rationes reddendas teneatur.

Poſt pubertatem.] Hic eſt principalis modus finiendi tutelam, & quidem in perſona pupilli, quæ facit, ut tutela penitus ceſſet; Ceteroquin ſi alias v. c. in perſona tutoris, morte vel remotione eius tutelæ finiatur, haud dubie locus eſt actioni tutelæ. Conſtat iſtam actionem demum dari finita tutela, *l. niſi 4. de tut. & rat. diſtr.* tractant autem Interpretes

1 an ſaltem nata ſit † durante tutela. Puto magis nec natam eſſe, per *l. ſi tut. 9. §. ult. cum l. ſeq. de tut. & rat. diſt.* ubi aliæ actiones actioni tutelæ ita opponuntur, quod illæ competant quidem durante tutela, ſed non dentur, niſi tutela finita, & adeo actio tutelę ullo modo nec competet tutela durante. Cuius rei hanc rationem reddi poſſe exiſtimo, quod univerſalis eſt tutelæ actio pro tota adminiſtratione tutelæ, & ita univerſalis ut ex iuris ratione ſit quoq; una: Et adeo licet poſſit dici cœpiſſe quodammodo nativitas eius, (ſiquidem ipſa adminiſtratio tutelæ eſt mater, ut loquuntur) & cauſa huius actionis; tamen ubi adminiſtratio etiamnum durat, dici non poteſt tota nata, ſed abſoluta demũ & finita adminiſtratione; eaq; ſententia eſt JCti in *l. ſi tut. 9. §. & generaliter 4. de tut. & rat. diſtr.* abſurdũ viſum repoſci à tutore rationem negotiorum adminiſtrationis, in qua adhuc perſeveraret.

AD

AD TITVLVM XXI.

LIBRI PRIMI INstitutionum,

DE AVTORITATE TVtorum.

TEXTVS.

1. Autoritas autem tutoris in quibuſdam cauſis neceſſaria pupillis eſt, in quibuſdam non eſt neceſſaria. Ut ecce ſi quid ſibi dari ſtipulentur, non eſt neceſſaria tutoris autoritas; quod ſi aliis promittunt pupilli, neceſſaria eſt auctoritas tutoris. Namque placuit, meliorem quidem conditionem licere eis facere, etiam ſine tutoris autoritate deteriorem vero non aliter, quam cum tutoris autoritate. Vnde in his cauſis, ex quibus naſcuntur mutuæ obligationes, ut in emptionibus, venditionibus, locationibus, conductionibus, mandatis, depoſitis, ſi tutoris autoritas non interveniat, ipſi quidem qui cum his contrahunt obligantur: at invicem pupilli non obligantur.

COMMENTARIVS.

COntinuatio huius tit. videtur petenda ex §. pen. tit. præc. quoniam in eo quoque conſiſtit pars gubernationis, ut pupillo autoritas præſtetur id eſt iis quæ pupillus gerit, & quæ ſcil. legitima & valida ab eo geſta eſſe debent; quoniam cum inhabilis etiamnum ſit & imperfecta iſta ætas, autoritate tutoris quodammodo habilitatur, ut mox dicemus ad §. 2. *huius tit.* Et eſt autoritas vel interpoſitio autoritatis nihil aliud quam approbatio negotii, quod pupillus gerit. Nam in adminiſtratione tutelæ, quædam agit tutor ſolus, quædam agit pupillus cum tutore, nam autoritatem præſtando non tam agit tutor aliquid, quam pupillo agenti adeſt. Et rurſus id aliquando arbitrium eſt, ut pupillus & tutor concurrant, (multa enim facere ſolus tutor poteſt, ſuper quibus pupillo ſi velit ea agenti poteſt adeſſe) aliquando neceſſarium, veluti, ſi agatur de adquirenda hæreditate, (quam tutor adire non poteſt, pupillus autore tutore poteſt, & debet §. 1. *h. t.*) conſtituendo procuratore, *§. ult. inſ. de procuratorib.* Et igitur in quibuſdam actibus oportet concurrere pupillum & tutorem; quoſdam tutor ſolus recte peragit, & quos ſi pupillus exſequi velit ſiquidem validi eſſe debeant, opus eſt autoritate tutoris; Ceteroquin ea deficiente ſunt invalidi per ſe, ſed ſuſtinentur favore pupilli in quantum ipſi utile eſt, & commodum. Id enim eſt, quod in *pr. tit.* dicitur poſſe pupillum meliorem facere ſine tutore conditionem ſuam veluti ſi ſtipuletur ſibi quid dari; licet n. propter ætatem pupillarem ſit re ipſa invalidus actus, de quo *inſ. de oblig. & ad §. pupillus 9. infr. de inutil. ſtip.* tamen favore pupilli ſuſtinetur actus, ut huic actio efficax contra alterum detur, cui merito imputatur, quod cum talis ætatis homine contraxit.

Dari ſibi ſtipulentur. Ita enim fit conditio pupilli melior. Nullum periculum eſt, inquit ille apud Plautum in Pſeudolo, ſtipularier, obligatur enim qui promittit, non qui ſtipulatur; & eſt omnino iſte contractus μονοπλευρος.

Deteriorem.] Dum videlicet obligatur pupillus efficaciter, ut conveniri poſſit. Ceterum effectu non fit deterior conditio eius, quippe qui ſi quid ex tali obligatione ſentit damnum, cui tutor imprudenter & non recte præbuit autoritatem, per actionem tutelæ indemnis ſervatur. Tutoris enim eſt expendere an & quando debeat pupillo aliquid agenti præſtare autoritatem. Porro an & quando pupillus & quomodo, ſine tutore obligetur, ſaltem naturaliter, dicemus *infr. libr. 3. tit. de inutil. ſtip.*

Obligationes mutuæ:] Opponuntur ſtipulationi, ex qua tantū ex una parte naſcitur obligatio; itaq; pro ut tutoris autoritas acceſſerit vel non; itemq; prout pupillus, aut ſtipulatus eſt, aut promiſit, totus contractus, aut validus, aut nullus eſt; ubi mutuæ ſunt obligationes, & pupillus ſine tutore contraxit: contractus, ut loquuntur, claudicat, & pro parte valet, quatenus alius tenetur, pro parte non valet, & adde ad hæc *l. pupillus 11. de adq. rer. dom. l. ſi ut 7. §. 5. de reſc. vend. l. Iulianus 13. §. ſi quis à 29. de act. empti.* Ita autem obtinet in obligationibus, quæ ex conventione & facto aliquo naſcuntur; Ceteroquin ubi ex re actio venit, obligatur pupillus etiam ſine tutore, ut in ſpecie *l. furioſus 46. de O. &*

Digitized by Google

A. de quo dicemus inf. de oblig. quasi ex cont. §. Item 3. Eodemque referri debet, quod pupillus ipsi tutori obligatur (sine alterius tutoris autoritate) contraria actione §. *tutores 2. inf. d. l. & t. 1. in pr. de contr. tut. act.*

Emptionibus venditionibus] Duplex nomen ab utroq; contrahente, sed unus contractus significatur, quæ sententia est *l. veteres 19. cum l. seq. de act. empt.* idemque est in locatione & conductione.

Depositis mandatis] Non eodem modo & quasi gradu hic nascuntur actiones & obligationes mutuæ, quo in emptione & condictione quod explicabimus *inf. lib. 5. § 2. quibus modu re contr. obl.*

TEXTVS.

2. Neq; tamen hæreditatem adire, neq; bonorum possessionem petere, neq; hæreditatem ex fideicommisso suscipere aliter possūt, nisi tutoris autoritate, quamvis illis lucrosa sit, nec ullum damnum habeat.

COMMENTARIVS.

QUædam exemplaria habent in *l. Ne ullum damnum habeat*: Idq; ita explicant aliqui, quod licet hereditas maxime in speciem opulenta sit, tamen possit emergere æs alienum, possint esse molestę lites, ex quibus damnum sentiat pupillus. Verum rectior est lectio, *Nec ullum damnum habeat*, quomodo & legitur in *l. obligari 9. §. 2. D. eod.* Et communis explicatio est hanc esse exceptionem ad princ. tit. ut quamvis omnino & revera sit lucrum habiturus, ex hæreditate tamen non possit pupillus eam adire sine tutore. Ego animadverto ambigue dici, *lucrosam esse hæreditatem*. Lucrosa dicitur hæreditas, revera, ex qua deducto ære alieno, & legatis, lucrum supereſt. Sed vix ulla talis datur hæreditas, in qua merum sit lucrum, & nulla vicissim onera, licet quæ relicta sunt à defuncto, excedant. Atquin in pr. huius tit docemur, ea demum facere posse pupillum sine tutore, quibus ita conditionem suam meliorem facit, ut ipse non obligetur; eoque si sint mutuæ obligationes, contractum claudicare. Ex quo necessario omnino efficitur, ut pupillus sine tutore adire hereditatem non possit, quoniam impossibile est adquiri hæreditatem, ut hæres non obligetur creditoribus hereditariis per repræsentationem defuncti, & legatariis per ipsam additionem. Neq; enim hic locum habet, quod objicitur aliis cum pupillo contrahentibus, imputare eos sibi debere; cum nihil creditores hæreditarii, & nihil revera legatarii contrahant cum hærede, neque iis iniuria inferri debet, aut potest, propter personam hæredis, in quem citra conventionem incidunt. Itaque potest dici, hanc revera non esse exceptionem, quoniam quo quis obligatur nō potest dici conditionem suam meliorem facere, utcunq; alias & aliunde per talem actum ipsi obveniat lucrum. Et hæc est vera ratio, nam nimis singulare est fingere talem casum, quo nulla omnino sit obligatio qua teneri possit hæres, & hæreditatem qualis esse solet, non qualis est ex accidente rarissimo, consideramus. Vitiosa videtur ratio; qua movetur *Angel.* quod pupillus non habeat discretionem, nec intelligat causam adquirendæ hæreditatis, quamvis eam post Petrum probet, Porc. *n. 7. arg. l. 16, qui hares de adq. hared.* Etenim si illud quod diximus non obstaret, favor pupilli sustineret acquisitionem *arg. §. pupillus 9. inf. de inutil. stip.* Et ea tamen ratio juvatur hinc, quod quæ animi judicium desiderant, non possunt fieri sine tutore, *l. pupillus 149. de R. I. & Paulus in l. pupillus 9. de adq. her.* videtur alludere ad verba cretionis veteris, quib. adibatur hæreditas, & quæ refert *Vlpian. tit. 22. qui her. inst. poss. §. cretio 23. & seq.* quæ non cadunt in pupillum.

Hæreditatem adire.] Intelligi hæreditatem extranei, & ipsum verbum *adire*, & ratio certa suadet, quod sui hæredes fiunt etiam furiosi & ignorantes, sine facto suo, potestate juris; ergo & pupilli ita fient hæredes, ut dicemus *lib. 2. ad tit. 19* Tutor solus non potest hæreditatem adire nomine pupilli, siquidem aditio afficit personam, & facit eam heredem, ex quo per procuratorem adiri hæreditas non potest, ut tractatur *d tit. 19.* Sed contra juris rationem constitutum est à Theodosio, ut tutor nomine pupilli adhuc infantis possit adire hæreditatem *l. si infanti §. 2. C. de iur de lib.* forte quia infans ipse non potest adire; & tamen legimus jure veteri receptum, ut infans autore tutore pro hærede gerere posset *l. servo 16 §. si pupill. 3. ad Sc. Trebell.* subtilius & scrupulosius magis quam verius.

Bonorum possessionem petere.] Imprudentiam Triboniani accusat Hottom. qui hæc ignota adhuc tyronibus hic proposuerit. Sed nima ista morositas est; & utique ipsa ratio & tractatio suadebat ista hic proponi; & vix ulla materia ita tractari potest, ut non aliqua, quorum cognitio aliunde petenda sit, immisceantur. Et de bonorum possessione quæ est hereditas prętoria, agitur infra *lib. 3. tit. 10.* quam ex eadem

eadem ratione pupillus ſine tutore adquirere non poteſt, quoniam & prætorius iſte hæres perinde ut civilis obligatur. Poteſt tamen ſupplere defectum tutoris judex ſive magiſtratus, ſi ex certa ſcientia pupilli petendi decernat bonorum poſſeſſionem *l. bonorum 7. C. qui admitti.* quod ipſum non dubito eſſe à iuris veteris ratione alienum. Tutor autem hic ſolus bonorum poſſeſſionem petere poteſt. *l. 8. & 11. de bonor. poſſeſſ.* quia nulla hic ut per additionem hæreditatis, adquiritur vel imprimitur qualitas perſonalis

Neque hæreditatem ex fideicommiſſo.] Et hic eadem ratio eſt, quoniam in eum qui accipit hæreditatem ita reſtitutam tranſeunt obligationes & actiones mutuæ. Unde ex conſtantia huius rationis eius veritas arguitur. De fideicommiſſis & eorum reſtitutione agitur *inf. lib. 2. de fideicom. hared.*

TEXTUS.

3. Tutor autem ſtatim in ipſo negotio præſens debet auctor fieri, ſi hoc pupillo prodeſſe exiſtimaverint: poſt tempus vero vel per Epiſtolam, aut per nuntium interpoſita auctoritas nihil agit.

COMMENTARIUS.

EST de modo & forma interponendæ autoritatis: Pupilli nimirū perſona inhabilis ad actus quoſcunque rite gerendos, quodammodo integratur per interpoſitionem; autoritatis; quæ nihil aliud eſt, quam negotii à pupillo geſti, & plene ac plane cogniti, legitima approbatio; hoc enim eſt autorem fieri, ut ſcribit *Paulus in l. 3. h. t.* Legitime autem hoc fit tripliciter, 1. ſi ipſe tutor una cum pupillo negotium tractet, 2. ſi negotium à ſolo pupillo coram & præſente ſe geſtum, ſtatim ut perfectum eſt approbet, 3. ſi negotium etiam abſente ſe à ſolo pupillo geſtum, ſtatim ſuperveniens, & de omnib. eius circumſtantiis edoctus, comprobet. De prioribus duobus membris, non eſt controverſia; poſterius ſunt qui negent, & omnino præſentiam tutoris in ipſo negotio urgeant, per hunc ipſum textum *iunct. l. obligari 9. §. tut. 5. h. t.* Sed non ſunt cavillanda Legum verba ſatis n. intelligitur in ipſo quaſi negotio autor factus, ſi mox eo perfecto ſuperveniens id approbet, quam interpretationem & alii textus juris ſuadent, ut in *l. ſi quis 25. §. iuſſum de adq. hær.* ubi autoritas dicitur interponi perfecto negotio; & in *l. numquam 31. in pr. de uſuc.* ubi dicitur inuti iter interponi autoritas poſt longum tempus. Ita in *re præſenti* explicatur in *l. 3. inf. de ſolut.* ſtatim atque ſolutum eſt. Neque verum eſt, quod autoritas ad ipſius actus ſolemnitatem pertineat, cum ſit nihil aliud, quam negotii approbatio, & adeo ipſius actus eſſentiam non ingreditur; & ambigue dicitur, quod per autoritatem tutoris integretur perſona pupilli; ſed imo actus integratur & validatur; quod etiam fieri poteſt autoritate mox ſecuta. Et aliæ epiſtolæ & nuntii, alia vero ipſius tutoris mox præſentis ratio eſt; quoniam poteſt abſens facile falli in expendendis & cognoſcendis omnib. negotii circumſtantiis; & vero non poteſt approbari recte negotium in his noſtris terminis, ad effectum ut pupillus obligetur, niſi plane & plene cognitum ſit. Poſuimus tres caſus & modos, quib. autoritas recte interponitur. Quæritur de quarto, an poſſit autoritas interponi ante negotium; ita ut tutor negotium gerendum probet, quod mox abſente tutore pupillus ſolus expediat. Quod adfirmat *Cuiac. 13. obſ. 11.* & jam olim probavit *Bart. in d. l. 9. §. tutor 5. h. t.* ubi ait autoritatem poſſe interponi vel modicum ante vel modicum poſt: ut non interveniat actus medius, ut hoc *accipit Ang. h. t.* Quod tamen ita accipiendum erit, ſi tutor diſceſſurus accurate præſcribat, quomodo negotium gerendum ſit; à qua forma ſi diſcedatur, nulla erit autoritatis interpoſitio. Itaque nihil obſtabit *d. l. 3. 1. in pr. duru. cap.* Ubi initio venditionis tantum interfuit tutor, & cum diſceſſiſſet, pupillus cetera nulla ſibi præſcripta forma ex arbitrio ſuo egit, quod fit inutiliter.

Præſens debet autor fieri. Non tantum corpore, ſed etiam & magis animo, ut omnia quæ aguntur, intelligat *l. 1. inf. & l. non multum 24. h. t.* Et ita ut expreſſe probet actum, nec ſufficiat præſentem eſſe & tacere, adeo ut quidem quos refert *Angel. hic* nec ſufficere putent, ſi tutor dicat ſe conſentire. ſed neceſſe ſit eum dicere ſe autorem fieri; quæ tamen ſententia procul dubio falſa eſt.

Si hoc pupillo prodeſſe Ipſius n. judicio hoc permittitur, nec magiſtratus eum autoritatem interponere cogi, ſed ſi id non fecerit, & pupillus ita damnum paſſus ſit, eo nomine iudicio tutelæ tenetur; ſicut & è contra ſi temere interpoſuerit autoritatem *l. tutor 10. & l. ſi tut. 17. h. t. l. 1 & ſi tut. vel cur. interv.* Coguntur tamē defendere pupillum *l. ult. §. C. de admin. tut.* An iſtud forte non eſt neceſſitatis præciſæ. An Iuſtin. aliquid ibi novi conſtituit? aut an ideo eos initio hoc promittere vult, quod omnino velint defendere judicio pupillum.

TEXTVS.

Digitized by Google

TEXTVS.

Si inter tutorem pupillumque judicio agendum ſit, quia ipſe tutor in rem ſuam auctor eſſe non poteſt, non prætorius tutor, ut olim, conſtituitur, ſed curator in locum ejus datur: quo curatore interveniente judicium peragitur, & eo peracto curator eſſe deſinit.

COMMENTARIVS.

SUp. *tit.* 14. §. *certa.* pro regula traditur ad certum actum, certam rem aut cauſam non dari tutorē. Exceptio olim fuit, ſi lis judicio tractanda eſſet inter tutorem & pupillum & præter eum nullus alius eſſet tutor: (ceteroquin autoritate unius cum altero judiciū ſuſcipitur *l. ſi plures* 24. *de tut. teſtam.*) quoniam enim ipſe tutor cui iis cum pupillo erat, autor eſſe non poterat, interim ad eum actum prætor dabat tutorem, idque moribus fieri ſcribit *Vlp. tit. XI. de tut. §. morib.* 23. atque adeo oportet, aut ut Vlpianus refert ius vetus *d.* §. 23. quod tum obſoletum erat, aut ut apud eundem Vlpianum in *l.* 3. §. 2. *& 3. de tutelis*, pro *tutore* ſubſtitutus ſit, *curator*. Puto autem tutorem neceſſarium fuiſſe viſum, propter perſonam pupilli, à quo quæ agenda ſunt, non videntur recte ſuppleri per curatorem *arg. l. cum in una* 17. §. 1. *de appellat.* ſed nimirum cum judicia per quemcunque procuratorem tractari poſſent, placuit poſt, & hic ſufficere curatorem. Hodie autem iſte caſus rarior eſt, ſiquidem Juſtin. & prohibet eum tutorem eſſe, qui debet pupillo, vel cui pupillus debet, & ſi poſt tutelam cœptam tale quid accidat, adjungi tutorem vel curatorem perpetuum, jubet N. 72. *cap.* 1. *&* 2. adeo non opus erit, ut ad iſtum actum petatur curator, qui finito judicio diſcedat *h. §. inf.* 13. *C. de in lit. dand. tut.* dixi oportere hunc caſum eſſe rariorem: quoniam ſolent quidam limitare *d.* N. 72. in tutore teſtamentario, quem ex certa ſcientia pater filio dedit tutorem.

In rem ſuam autor.] Regula eſt hæc in *l.* 1. *in pr. & l. quod dicimus* 7. *h. t.* & iſtud in noſtro caſu acciderit abſurdi, ut idem eſſet Actor & Reus. Perconſequētiam tamen & ex accidenti contingit, ut tutor quaſi in rem ſuam autor fiat, ſi pupillus autoritate tutoris adeat hereditatem eius qui tutori debet *d. l.* 1. *h. t.* At quomodo aut quo autore obligatur pupillus tutori contraria actione? Diximus ad *pr. h. tit.* obligationem iſtam videri naſci ex ipſa re. Illud perſpicuum eſt, hic tractari non de judicio tutelæ quod finito demum officio locum habet, ſed de judicio ex alia cauſa inſtituendo.

AD TITVLVM XXII.

LIBRI PRIMI Inſtitutionum.

QVIBVS MODIS TVTELA FINITVR.

TEXTVS.

1. Pupilli pupillæque cum puberes eſſe cœperint, à tutela liberantur. Pubertatem autem veteres quidem non ſolum ex annis, ſed etiam ex habitu cōrporis in maſculis æſtimari volebant. Noſtra autem majeſtas dignum eſſe caſtitate noſtrorum temporum exiſtimans, bene putavit, quod in fœminis, etiam antiquis impudicum viſum eſt, id eſt, inſpectionem habitudinis corporis hoc etiam in maſculos extendere. Et ideo noſtra ſancta conſtitutione promulgata pubertatem in maſculis poſt decimum quartum annum completum ilico initium accipere diſpoſuimus: antiquitatis normam in fœminis bene poſitam in ordine ſuo relinquentes: ut poſt duodecim annos completos, viri potentes eſſe credantur.

COMMENTARIVS.

1 *Pubertatis terminus.*
2 *Error Triboniani.*
3 *Cur fœmina citius puberſcant.*
4 *Tutela fœminarum an perpetua.*

PRima hic quæſtio eſt de termino pubertatis in† maſculis & fœminis. De fœminis fatetur Juſt. & olim, annis XII. pubertatem definitā fuiſſe. In maſculis ante ſe pubertatem non annis certis tantū, ſed & ex inhoneſto adſpectu corporis fuiſſe æſtima-

Digitized by Google

æſtimatam. Id ego, ut quam ſimpliciſſime eloquar,
2 falſum eſſe dico, † nullus locus ex idoneo autore deduci poteſt, quo probetur, Romanos ad dinoſcendam pubertatem nuda maſculorum corpora inſpexiſſe. Apud Platonem *XI. de LL.* locus eſt hac de re, ut magiſtratus ad exiſtimandum de aptitudine ad contrahenda matrimonia maſculos nudos, & fœminas usque ad umbilicum nudatas inſpiciat. Sed nihil tale apud Romanos, neque ex LL. illis Platonis imaginaris, ſed ex uſu receptis apud Græcos LL. Decemviri tabulas & LL. compoſuere, & Plato poſt Decemviros vixit. Et ut forte primis temporibus tale quid factitatum demus, quod tamen demonſtrari non poteſt: utique tamen conſtat longe ante Iuſtin. pubertatem in maſculis 14. anno fuiſſe definitam. Tertullian. qui 300. annis vixit ante Iuſtinianum *d. vel virg.* Tempus, inquit, Ethnici obſervant, nam fœminas quidem à XII. annis, maſculum vero à duobus ampliùs ad negotia mittunt. Apud *Macrob. 7. Saturn. cap.* 7. ſecundum jura publica duodecimus annus in fœmina, & quartus decimus in puero definivit pubertate ætatem. Et 1. *in ſomm. Scip.* 6. poſt annos bis ſeptem ipſa ætas neceſſitate pubeſcit. Inde anno 14. factio teſtamenti permiſſa *l. qua ætate* 5. *de teſtam.* & maſculi uſque ad 14. annum dicuntur impuberes *l.* 2. *in pr. de vulg. ſubſtit.* & ante eum annum non torquentur. *l. de minore* 10. *in pr. de quæſtion.* Et falſo itaque Iuſtinianus ſibi hoc tribuit, quod corporis inſpectionem abrogaverit, *hic & l. ult. C quand. tut. vel. cur. eſſe deſin.* Nec quidquam facit pro Triboniano, quod Ulp. ſcribit *tit. XI. de tutel.* fuiſſe, qui ex habitu corporis æſtimandam cenſerent pubertatem: tum quia eorum ſententia recepta non fuit: tum quia non inſpectionem propterea corporum probaverunt, ſed eum pubetem habendum putarunt, qui effectu & facultate generandi ſe talem probare poſſet: quæ etiam ſententia eſt *l.* 4. *C. qui teſtamen. facer. poſſ.* Illud
3 obiter quæritur, cur fœminæ duobus annis † citius pubeſcant quam mares jocoſa illa ratio eſt, quod mala herba cito creſcat, qua Accurſius alibi utitur. Traditur & alia phyſica, quod cum pubertatis termini præcipue nuptiarum gratia ſint conſtituti, fœmina ſe habet paſſive, & facilius eſt pati quam agere. Macrob. 7. *Saturn.* 7. Quod cito admoventur generationi, non nimii caloris, ſed naturæ infirmioris eſt: ut exilia poma celerius matureſcunt, robuſta, ſerius. Et 1. *in ſomm. Scip.* De tutela, inquit, fœminæ, propter votorum feſtinationem maturius biennio legibus liberantur. Accedit, quod cum citius ceſſet in fœminis vis generationis, non à ratione alienum, ut maturius incipiat.

Difficilius videtur, quod Iuſtinianus hic tute-
4 lam fœminarum † ait finiri XII. ætatis anno, quod quidem loco Macrobii modo citato convenit: ſed multa repugnant, quæ fœminas in tutela perpetua fuiſſe probant: & inprimis *Ulp. tit. XI. de tutelis in pr.* tutores etiam fœminis puberibus dari ait, ex ſpeciali ratione, propter forenſium rerum ignorantiam: cui convenienter *Cicero in orat. pro Muren.* mulieres Omnes propter infirmitatem conſilii in tutorum poteſtate eſſe voluerunt. Et *Cato apud Liv. libr.* 34. Majores noſtri nullam ne privatam quidem rem ſine Autore fœminas agere voluerunt, ex quo *Cicer. in orat. pro L. Flacco*, dotem quam fœmina dixit ſine tutore autore, nullam eſſe dixit: quomodo & Ulpian. *d. tit XI. §. ex Lege* 19. fœminis ad dotem dandam tutore opus eſſe ait, & *tit.* 20 *de teſtam. §. pen.* ad teſtamentum faciendum. Eoque pertinet quod *Boet. ſcribit li.* 2. *com. in Topic. Cicer.* mulieres antiquo jure perpetua tutela continebat, recedebant vero à poteſtate tutoris, cum in manum viri conveniſſent. Iſtud autem juri noſtro parum convenit, & probatur non obſcuris textibus, puellas XII anno liberatas tutela exinde curatorem accepiſſe: adeo ut datio tutoris poſt annum XII. nulla ſit. *l. Scia* 26. *de tutor. & cur.* Idem probatur *l. ſi impuberi* 13. *§. ult. eod. tit. & l. admone* 7. *C. Qui pet. tut.* & pubertatis certum tempus fuiſſe oſtendunt *l. tutor*, 28. *in pr. de admin. tut. l. cum filio* 50. *de legat.* 3. *l. uls. de iur. de lib.* vix dici poſſit iſta loca, & ſi quæ ſunt alia, à Triboniano eſſe mutata. An diſtinguimus inter tutelam pupillarem & muliebrem, quæ à pubertate ceperit? ſed quorſum novus tutor, cum ſufficere poſſit prior: & in *d.* 15. *de tut. & cur. & in l* 5. *C. Qui pet. tut.* fœminæ puberi dandus eſſe curator dicitur, ſupra monuimus videri Ulpianum quædam referre ex veteri obſervatione. Et Boetius *d. loco* jure antiquo ita obtinuiſſe ſcribit. Nec dicere poſſimus ad actus quoſdam ſingulares, veluti dotem dandam, aut teſtamentum faciendum etiam poſt opus fuiſſe tutore. Etenim imo curatoris autoritate dotem conſtitui, & adhoc etiam dari curatorem probatur *l. non tantum* 7. *de tut. & cur. l. quæro* 60. *cum l. ſeq. de iur. dot.* Quæ faciunt, ut nec cum *Contio* 2. *ſubſec. lect.* 13. diſtingui poſſit, inter tutelam negotiorum & autoritatis. Etenim ſimpliciter curatorem datum etiam ad ea quæ ante tutore autore fiebant, citati textus evincunt. Obiter annoto duo 1. olim fœminas quæ tres liberos enixe eſſent à tutela fuiſſe liberatas, ſi fides *Plutarcho in Numa*, ut ſcribit, quod

virgines Veſtales res ſuas ſine tutoribus agant, ἔστι γὰρ τρίμηνος 2. quod apud Athenienſes finem tutelæ fecerit demum annus 17. ut colligitur ex *Demoſthene in orat. contra Alphobum* tutorem ſuum, ubi narrat, ſe mortuo patre VII. annos natum fuiſſe, & tutores ei bona tradidiſſe, poſtquam decem annis ei præfuiſſent: An forte hinc tractum apud Romanos, ut pueri 17. anno ſumerent togam virilem, ut notavimus *ſup. §. ult. Quib. mantum. non lic.* Obiter adiicio pubere facto pupillo, ipſo iure finiri tutelam, nec quidquam amplius incumbere tutori, niſi ut rationes reddat: ut nec ullo modo teneatur petere curatorem jam puberi facto *l. 1. §. hac quidem 4. cum §. ſeq. Qui pet. tut.* monere tamen tenetur puberem, ut ſibi cutatores petat *l. ita 5. §. ſi tut. 5. de adminiſt. tut.* & ſi id facere ſuperſedeat minor, tutius facit tutor, ut adito magiſtratu petat curatorem, ne quid ipſi forte in neglecta adminiſtratione imputari poſſit *l. admone 7. C. Qui pet. tut.* vel petat, ut minor compellatur ſibi petere curatorem, ut eſt in *l. ait. 7. §. 2. de minoribus.*

TEXTVS.

2. Item finitur tutela, ſi adrogati ſint adhuc impuberes vel deportati: Item ſi in ſervitutem pupillus redigatur, vel ſi ab hoſtib. captus fuerit. Sed & ſi uſque ad certam cõditionem datus ſit tutor teſtamento, æque evenit, ut deſinat eſſe tutor exiſtente conditione. Simili modo finitur tutela morte vel pupillorum vel tutorum. Sed & capitis diminutione tutoris per quam libertas vel civitas admittitur, omnis tutela perit, minima autem capitis diminutione tutoris, veluti ſi ſe in adoptionem dederit, legitima tantum tutela perit, ceteræ non pereunt. Sed pupilli & pupillæ capitis diminutio, licet minima ſit, omnes tutelas tollit. Præterea qui ad certum tempus teſtamento dantur tutores, finito eo deponunt tutelam. Deſinunt etiam tutores eſſe, qui vel removentur à tutela ob id quod ſuſpecti viſi ſunt, vel qui ex iuſta cauſa ſe excuſant, & onus adminiſtrandæ tutelæ deponunt, ſecundum ea quæ inferius proponemus.

COMMENTARIUS.

1 *Tutela legitima an hodie pereat minima capitis diminutione.*

SPariim traduntur modi finiẽdi tutelam: nos in ordinem eos redigemus, & ſub certa capita. Quidnam modi finiunt tutelam omnimodo, quidam non omnimodo. Illius generis ſunt, qui accidunt in perſona pupilli. Huius qui in perſona tutorum, qui licet deſinant ipſi eſſe tutores, alii tamẽ tutores dantur & ſubrogantur. Igitur omnimodo finitur tutela pubertate eius qui in tutela fuit, & eiuſdem morte: & hac vel naturali *hoc textu verſ. ſimili.* vel civili, ſi amittat libertatem vel civitatem *h. t. verſ. item finitur.* ut alter utrum horum fiat, oportet pupillum eſſe proximum pubertati, ceteroquin his pœnis in pupillo locus non eſt. Amittit civitatem deportatione: libertatem, ſi in ſervitutem redigatur, veluti ex cauſa ingratitudinis, quo exemplo utitur Theoph. nam venditio fui ipſius in pupillo non habet locum per tradita ſupra *§. pen. titul. 3.* & ſententia capitalis qua quis fit ſervus pœnæ durior videtur in pupillo, qui ob ætatem mitius puniri ſolet. Quæ licet ita ſint, nihil tamen neceſſe eſt, ut cum Hott. verba hæc, *ut ingratus patrono* textui inſervantur: neque enim neceſſe habuit Juſt. hoc exemplo declarare, quod lucis cauſa Theoph. fecit: quamvis ſane ſi malitia ſit gravior, putarim ultimum ſupplicium irrogari poſſe, quod & poſt *Iac. de Aren.* admittit *Bald. in l. adminiſtrantes 41. inf. de excuſ. tutor.* ſi ab hoſtib. captus ſit pupillus, ſit quidem ſervus hoſtium, ſed propter jus poſtliminii non cenſetur ſervus: itaq; caſus ſervitutis pupilli ſeparatur hic à caſu, quo captus eſt ab hoſtibus. Eventus oſtendet, an tutela omnino ſit finita: utiq; enim ſi revertatur poſtliminio, procul dubio rurſus erit in tutela.

Porro minima quoq; capitis deminutione quæ accidit pupillo, omnimodo tutela finitur, *h. text. §. ſed & cap. in fin.* ſi vid. pupillus arrogetur, juxta tradita in *§. cum autẽ ſup. de adopt.* adoptio enim in ſpecie dicta & emancipatio in eo qui ſui juris eſt, locũ non habent, adeoque idem bis dictum erit in §. 4. & 7. *ubi de pupilli adrogations.* Et Juſtin. in 6. 4. id ſaltẽ obiter adjeciſſe videtur, ut oſtenderet differentiam hac in re inter perſonam pupilli & tutoris. Quod ſi ante pubertatem rurſus emancipetur pupillus, nova plane incidit tutela.

Hæc de primo modo generali. In perſona tutoris qui finiunt tutelam, modi ſunt vel communes omnibus tutelæ ſpeciebus, vel propriis. Communis eſt

Digitized by Google

nis est mors tutoris *h. text. vers. simili.* nulla enim tutela transit ad heredes qua tales : sed legitimam proprio iure agnationes liberi capiunt, *l. tutela 16. §. de tutela.* communis sunt item excusatio & suspecti remotio *§. vlt. h. t.* de quibus plenius suo loco. Et mors rursus vel naturalis vel civilis , si tutor civitatem vel simul libertatem amittat *h. text. vers. sed & capitis in pr.* proprius modus quo finitur tutela testamentaria proponitur in *§. sed etsi & in §. pateres* existentia conditionis & diei ad quam tutor datus est : ita enim tantum tutor dari testamento potest , ut notatum ad *§. ad certum sup. t. 14.* Cui connexus est proprius modus finiendi tutelam dativam , si testator dederit tutorem ex die & ex conditione : qui enim interim datur à magistratu , tutor esse desinit , ubi venit dies vel extitit conditio iuxta *§. 1. de Attil. tutore.* Proprius itidem modus finiendæ tutelæ legitimæ † traditur in *§. sed & cap. 4. h. t.* minima capitis diminutio: de qua propter mutationem novi iuris *N. 118. cap. 5.* plenius dicendum est. Cum testamentaria & dativa tutela etiam deferatur filiisfam. consequenter licet tutor adrogetur , hæ tutelæ non pereunt. Legitima defertur proximis agnatis : filiusfam. autem proximus agnatus esse non potest : itaque si cum sui iuris esset legitima tutela ei delata fuit, post si efficiatur filiusfam. perire tutelam consequens est : cum etiam per adrogationem familiam mutari constet. Atque ad hanc tutelam legitimam , quæ per excellentiam talis est , illud pertinet: nam legitima patronorum tutela minima capitis diminutione non perit , quia nec ius patronatus ita amittitur: notat *Cuiac. ad Vlp. de tutelis.* Hæc ex iure veteri certa sunt. Sed postquam hodie pariter cognatis tutela legitima defertur , fit ut nõ tantum de adrogatione , sed & emancipatione in persona legitimi tutoris quæri possit , quandoquidem recte dicimus tutelam legitimam hodie etiam filiofam. qui scil. per adrogationem talis factus est, deferri. Et nimirum filiusfam. vel est naturalis ex iustis nuptiis procreatus, vel legitimus tantum, per arrogationem factus. Illi, quem omnino pater præcedit gradu , nec hodie legitima tutela deferri potest, itaque & frustra quæritur de eius finitione. Sed filiofam. legitimo , etiam dum adhuc in potestate existat, tutelam legitimam hodie deferri, verius est , quia utiq; manet cognatus : & pater adoptivus , filii arrogati cognatis nec cognatus nec agnatus efficitur , itaq; filio suo quo minus huic deferatur tutela legitima iure cognationis obstare non potest : neque ea tutela per emancipationem secutam, quæ etiam rem in pristinum statum magis reponit, finiri potest. Et consequenter si post delatam tutelam adrogandũ se det filius , cum maneat cognatus , legitima tutela finiri non potest. Atque adeo non amplius procedit , quod hoc loco scriptum est. Ceterum enim est, quod hodie emancipatis & capite minutis deferatur tutela legitima, cum sint cognati adeoque cum adrogatione licet secuta maneat ius cognationis , & maneat proximitas gradus, non video qui fieri possit , ut finatur tutela : nec adeo dubitandum est hic errare *Donell. 3. comm. 14.* dum putat & hodie per minimam capitis diminutionem tutelam legitimam perire.

AD TITVLVM XXIII.

LIBRI PRIMI Institutionum,

DE CVRATORIBVS.

TEXTVS.

Masculi quidem puberes & fœminæ viri potentes usque ad vicesimum quintum annum completũ curatores accipiunt : quia licet puberes sint, adhuc tamen eius ætatis sunt , ut sua negotia tueri non possint. Dantur autem curatores ab iisdem magistratibus, à quibus & tutores, sed curator testamento non datur: datus tantum confirmatur decreto prætoris vel præsidis. Item inviti adolescentes curatores non accipiunt, præterquam in litem: curator enim & ad certam causam dari potest.

COMMENTARIVS.

HActenus de una specie eorum qui sunt sui juris, pupillis: sequitur altera, qui sunt in cura, & dicuntur (qui ob ætatem in cura sunt) minores. Jus autem novum fecit, (quo filiifam. bona quædam plena proprietate habent) ut etiã filiifam. talium bonorũ habeant curatores, sive dispensatores

Digitized by Google

aut gubernatores appellari malis, ut in casu *l. ult. §. fin autem inf. C. de bon. qua lib.* N. 117. *c.* 1. §. 1. ubi etiam hoc singulare quod talis curator testamento ordinari potest) quo etiam refero casum *l. ult. §. minores 2. C. de sent. pass.* revera enim ibi, cum filius in potestate sit, curator est bonorum, quorum administratio patri negatur, sed vocatur tutor, vel ob ætatem eius cuius bona sût, vel quia patre damnato nec dum restituto vere tutor fuit.

Post. XXV. annum completum.] Ita & *tit. prae. in prin.* puberes fieri dicuntur completo anno XIV. Et hoc ipsum est utile minori, ut si etiam postremo die 25. anni cœpto nec dum exacto læsus sit, restitui possit *l. 3. §. minorem 3. de minor.* Et Dd. communiter pro ut illud utile sit alicui, ita diem cœptum postremum modo pro completo haberi, modo non haberi, tradunt *Christoph. Pore. in §. Eidem sup. qui manum. non poss. n. 5* & illius exempla sunt in *l. quae aetate 5. de testam. l. 1. de manum. l. ad rempub. 8. de munerib. & honorib.* ubi etiam annus cœptus habetur pro completo: contra ubi de vacatione tutelæ agitur, annum impletum esse oportet *l. 2. de excus.* Et quod hic dicitur eo pertinet, ut impubes vel minor antequam totus annus impletus sit, non liberetur à tutela, neque ut hac liberatione ullus potest considerari favor. Ceteroquin si v. c. curator moriatur, cum iam adultus attigit annum 25. ætatis, non putaverim ei novum curatorem dandum: sicut & æstimabit magistratus, si tutor mortuus sit cum prope pubertatem pupillus esset. an ei novus tutor, an protinus sit dandus curator. In termino curæ conveniunt fœminæ & mares: cur puberes citius fiant, supra diximus. Ut autem citius liberari deberent cura, nulla ratio fuit, quin propter infirmitatem consilii, rationis videri poterat, eas diutius sub cura detineri. Et hic est terminus ordinarius, potest tamen minor impetrare veniam ætatis, ut citius administret bona sua, de quo *t. t. C. de his qui ven. at.* Negat *Angel. hic* hanc veniam posse concedi ab aliis licet non recognoscant superiorem, quia sit de reservatis principi. Inepte, quoniam qui non recognoscit superiorem, sive sit populus, sive optimates, tantum potest in territorio suo quantû princeps. Contra terminum illum communem in fœminis quoque non leviter fecit, quæ duob. annis citius & scil XVIII. anno veniam ætatis impetrare possunt *l. 2. §. 1. C. de his qui ven. at.* ubi cessat ratio generationis. Et an ergo citius sapiunt? cur non igitur & citius à cura liberantur, vix horum solida ratio reddi posse videtur.

Adhuc tamen eius aetatis sunt.] Redditur ratio curæ, ab ætate etiamnum ad lapsum lubrica, & facili quæ decipiatur, (ut pluribus *Vlpian. l. 1. de minorib.*) ut ei cura & administratio rerum tuto committi non possit. Est autem totum hoc positivi iuris: nec ego aliquam reperio causam aut ex iure gentium, aut aliarum Rerumpub institutis, ob quam anno vicesimo quinto perfecta ætas fuerit definita. Et *Theod. Marcill. ad LL. XIII. tabb cap. 27.* non lege aliqua, sed à media Iurisprudentia distinctionem curæ & tutelæ, & utriusque temporum introductam fuisse scribit. Istud autem difficile est, & Justin. sibi contradicere videtur, dum in *pr.* ait esse minores eius ætatis, ut negotia sua non possint tueri: mox in *§. 2.* quasi oblitus sui scribit. Invitis adolescentibus non dari curatores: hoc enim non potest recte factum aut dictum videri, siquidem per ætatem necdum negotia sua tueri possint. His enim administratio rerum non est permittenda. Et auget difficultatem, quod præcise scribitur in *l. 1. & seq. de minoribus.* quod ante 25. annum non permittatur administratio minoribus, licet rem suam bene gerentibus, ut nec propter liberos, quos susceperunt eam citius recipiant: (cum tamen alias singuli liberi faciant, ut citius & totidem annis maturius admittantur ad magistratus & honores *d. l. 2. de minorib.*) & vix Imp. rescripto aliquando & rato illis administratio indulgeatur. *l. 3. in pr. de minorib.* Utitur Ulpianus in *d. l. 1. de minor.* particula *Hodie*, respiciens nimirum ad constitutionem Imp. Marci Philosophi, de quo *Capitol. cap. 4.* de curatoribus, cum ante non nisi ex Lege Latoria (alii Lectoria) vel propter lasciviam vel propter demêtiam darentur, ita statuit, ut omnes adulti curatores acciperent, non redditis causis. Unde hanc rem Hottom. hoc loco explicare conatur: non esse Ulpiani mentem, quod præcise omnibus omnino minoribus curatores dentur, sed eum ita loqui oppositive ad ius anterius, quo saltem adolescentes malæ famæ & vitæ cum nota accipiebant curatores: sed post Marcû citra notam propter ætatis adhuc infirmitatem constitui curatores, sed non convenit, quod in *d. l. 1. §. 1. l. 2. & 3. de minorib.* scribitur, nec decreto quidem Impp nisi rato administrationem minoribus permitti. Et movit istud *Cuiac. ut in l. 1. de excusat. tut.* putarit quod *§. 2. h. t.* dicitur per socordiam & incogitantiam Triboniani ex iure veteri Legis Lætoriæ esse adscriptum. Sed nec hoc verosimile est, cû ICti nostri fere omnes, ex quib. haud dubie liber iste Institutionû compositus est, sint recentiores M. Antonino: & amplius, quod præcise

Digitized by Google

prædicti omnes omnino minores non habuerint necessario curatores, vestigiis iuris nostri non obscure deprehenditur: veluti quod nemo curatorem regulariter petit minori, sed ipse sibi minor petit *l. 1. §. hæc quidem 4. cum §. seq. Qui pet. tut.* quod distinguitur, inter minores qui curatorem habent & qui non habent, *l. 1. C. de in int. restit.* & non uno iuris loco præponuntur minores qui non habent curatores *l. ait 7. § 2. de minorib. l. 1. & l. admone 7. C. Qui pet. tut. inuit. l. mutus 43. §. is qui 3. de proc.* Fortassis ita distinguendum, ut interfit an quis iam habeat curatorem, iure propter ætatem sibi constitutum, quæ cura liberari vix possit, ad quem casum referendi sunt textus in *d. l. 1. 2 & 3. de minor.* vel curatorem non habeat, vel habere desierit: veluti si mortuo patre aut curatore, eius ætatis reperiatur (quid sin forte 23. aut 24. sit annorum,) ut verosimile sit eum res suas bene curaturum: quem quidem invitum curatore gravari fuerit absurdum: nisi ad litē, hunc enim accipit invitus, quia in causa propria propter beneficium restitutionis idoneam personam standi in iudicio non habet *l. 2. C. qui legit. pers. standi in iud.* ut proinde cum eo agere nemo teneatur, nisi minor curatorem accipiat, quod & in solutione faciendā obtinere docet *d. l. 7. §. 2. de minorib.* Idque de curatore in litem procedit, sive agat, sive conveniatur minor *l. 2. C. qui leg. pers. stands*: ex hypothesi sc. actionis introductæ in iudiciū, quod non potest fieri sine curatore. Ceteroquin præcise qui actus est minor, non compellitur accipere curatorem: sed si nolit, repellitur à limine iudicii, & negatur ei actio: at cum invitus excipere actionem cogatur, simpliciter verum est, eum invitum accipere curatorem si conveniatur: quæ verissima differentia est & diversitas, quam non intellectam, male improbant *Angel. & Hottoman. hic.* ubi inepte ait hoc quæri & inepte distingui, ipse ineptus.

Dantur ab eisdem magistratibus.] Relatio est ad titulum 20. *sup. de Attil. tut.* ubi tractatur, qui magistratus dent tutores.

Sed curator testamento non datur.] Noto exceptionem ad *pr. h. t.* Videtur non cohærere cum præmissis. Sed nimirum *d. tit. 20.* dixerat Justin tum demum dari tutorem à magistratu, ubi nullus alius, & præcipue testamentarius esset tutor. Et itaq; innuit hac in re differre tutelam à cura; quæ nulla sit testamentaria, *l. tutela 7. C. de test. tut. l. curatorem 6. C. de negot. gest.* qua deficiente demum locus sit dativæ. An sit cura legitima dicemus *ad text. seq.* Sed quærenda est ratio ob quem curator testamento non detur. Non acquiescit animus in ea quam adscribit *Pac. in notis post Cuiac. in Notis*, quod hoc nulla Lege cautum sit: hoc enim ipsum quærimus, cur illud nulla lege sit cautum, & cur non pariter permissum fuerit parentibus, ut liberis in potestate, curatores constituere possent. Nec placet quod *Ioh. Faber* ait Legem magis voluisse subvenire pupillo, qui minoris consilii est. Angelus in *§. permissum 3. sup. de tut.* duplicem reddit rationem: tum quod curator non detur invito: tum quod tutor de jure patriæ potestatis, quæ versetur circa personam, non circa bona, quibus non personæ, detur curator. Prior ratio ex iam dictis dubia fit, & maxime si filius vix sit egressus pubertatem, ut merito pater videatur prospicere de curatore qui ei in administrando adsit. Altera ratio non est melior: quin imo cum pater potestatis iure omnia acquirat per filium, eumque exheredare potuisset, cum & substituere impuberi & puberem fideicommisso gravare possit, nihil videbatur obstare, quo minus etiam administrationi bonorum prospiceret pater. Ego causam repetendam puto ex iure veteri, quod olim ante Marcum Imp. adolescentes inviti etsi ob lasciviam & malos mores, curatorem non accipiebant, sed ipsi res suas administrabant. Itaque sicut puberibus testamentum facere, ita quoque iis curatores dare pater non poterat. Nihil autem mutavit in hoc expresse sanctio nova Antonini: itaque ius vetus mansit.

Datur confirmatur.] Nulla est cura testamentaria pura, quæ sola dispositione patris nitatur: sed est mixta: quæ vel maxime post constitutionem M. Antonini admissa fuisse videtur: ante enim ad notam hoc filii pertinuisset, accepisse curatorem testamento patris. Confirmatur igitur curator *h. §. & l. 2. C. de conf. tut.* quod & obtinere si à matre datus sit, docet *l. 2. §. 1. de conf. tut.* idem in curatore furiosi vel prodigi *l. pen. de curat. fur.* ubi expresse dicitur his datum à patre dari à prætore ut penitus errent, qui ob id patrem his dare curatores potuisse putant, quia ipsi sibi petere non possint, aut an petant Justin. tamen parum accurate ita loquitur in *l. de creationis 27. C. de Episc. aud.* ac si datio curatoris à patre facta filio furioso in testamento, omnino iure subsisteret. Ex his notari solent differentiæ tutelæ & curæ. Illa in personam magis est, hæc in rem & bona. Illa in personam & universa bona, hæc etiam ad certos & singulos actus. Illa invitos etiam, & ex testamento quoque, hæc non ex testamento.

(o)

Digitized by Google

TEXTVS.

2. Furioſi quoque & prodigi, licet maiores XXV. annis ſint, tamen in curatione ſunt agnatorum, ex Lege XII. tabb. ſed ſolent Romæ præfectus urbi vel prætores, & in provinciis præſides, ex inquiſitione eis curatores dare, ſed & mente captis, & ſurdis, & mutis & qui perpetuo morbo laborant, quia rebus ſuis ſupereſſe non poſſunt, curatores dandi ſunt.

COMMENTARIVS.

1 *Puberum cura cur non legitima.*
2 *Furioſorum & prodigorum cura.*
3 *Prodigo quomodo interdicatur bonis.*
4 *Furioſus minor in quali cura ſit.*
5 *Diſtinctio cura.*

MInorum puberum cura non eſt teſtamenta-
1 ria: non etiam eſt † legitima, quoniam ceſſat ratio, quæ fecit, ut tutela legitima deferretur agnatis, ius ſcilicet certum ſuccedendi, *ſup. inſ. de legit patr. tut.* puberes autem teſtamentum facere & agnatos excludere poſſunt, quæ propria eſt ratio, cur ceſſet & nulla ſit cura legitima. Eadem facit, ut ſit cura legitima in furioſos *l. 3. in f. pr. de tutelis*, & prodigos, h. §. quoniam iſti teſtamentum facere non poſſunt, eoque ſucceſſores habent agnatis. Et
2 differentiam hactenus faciunt inter furioſos † & prodigos, *Hott. 8. obſ. 4. & Marc. 9. ad LL. XII. tabb. c. 32. & 33.* quod illorum cura ſit ex verbis L. XII. tabb. hæc ex mente & propter jus ſucceſſionis, perinde ac tutela patronorum ita & hoc ſenſu legitima appellatur. Quod ego in medio relinquo, quâvis ſane tutela prodigorum ſimpliciter referatur ad LL. XII. tabb. *l. 1. & l. ſæpe 13. de curat. fur. iunct. l. is, cui 18. in pr. de teſt.* & ſatis clare *Vlp. tit. 12. de curator §. 1.* Lex XII. tabb. furioſum & prodigum iubet eſſe in curatione agnatorum. Verum quomodo Ulp. quod *in d. l. 1.* tribuit Legi XII. tabb. mox ait moribus introductum fuiſſe: cum utiq; mores omnino differant a L. XII. tabb. Dicam etiam ante L. XII. tabb. receptum fuiſſe, ut prodigi eſſent in cura, quod Lex XII. tabb. ſecuta confirmavit: quam quæ anteceſſerant, licet forte ex LL. Romuli aut aliorum Regum obtinuiſſent, fere ad mores referri ſolebant: maxime quod Leges eæ forte in ſcripturam non erant redactæ, ut hactenus ſimilia iſta viderentur iis quæ ſine ulla Lege in uſum venerant: quomodo iure noſtro patria poteſtas (ut ſupra tractatum) quæ ex L. Romuli erat, moribus tamen recepta dicitur, quæ & poſt LL. XII. tabb. confirmata fuit. Sed qui factum, ut bene ſublata hac cura quoque legitima, magiſtratus furioſis & prodigis darent curatores, ut hic teſtatur *Iuſtin. poſt ICtum in l. 1. de curat. fur.* Puto inde contigiſſe, quod magiſtratum plerunique cognoſcere oportebat, an quis vere furioſus, & maxime an prodigus eſſet: ſuper quo cum cognoviſſet, ſimul & curatorem ut daret conveniens erat: ita tamen ut proximum agnatum, ſiquidem habilis & idoneus erat, præferre ceteris ſoleret, ut docent *l. ſæpe 13. de curat. fur. l. ne lucrum 5 C. eod.* qui textus *iunct. l. de creat. 27. C. de Epiſc. aud. verſ. ſin autem* oſtendunt, non plane & omnimodo tutelam legitimam prodigorum & furioſorum fuiſſe ſublatam, itaque non neceſſe eſt cum Hottom hic nugari: & quod eodem modo ut hic Juſtin. de tutoribus dativis ſcribit *Vlp. in l. 1. de cur. fur.* accipere de non prodigis, ſed laſcivis ſaltem, qui bona ſua non ſatis caute adminiſtrant: cum ipſe contextus aperte probet, à legitima tutela fere itum ad dativam: quod & de furioſis probat *l. nec 8. in f. de tut. & cur. dat.* Quod dixi de cognitione magiſtratus præcedente, (quoniam & huc omnino pertinet, quis prodigus ſit) movet me, ut explodam eorum errorem, qui prodigo ſtatuunt inter-
3 dici † bonis ſola poteſtate L. XII. tabb. citra ullum factum magiſtratus, & imperite abuntur textibus *in l. 1. de curat. & in l. is cui 8. in prin. de teſtam. l. mutum 5. §. 1. de adq. hered.* quarum quæ ſententia ſit, optimè declarat hic locus; & nimirum quod prodigi & furioſi ſint in cura agnatorum ex L. 12. tabb. aut ſi quis amplius quid diſpoſitum putet per LL. 12. tabb. ut iis interdictum ſit bonis, utique illud fateri oportebit, antequam hæc interdictio habeat effectum, conſtare debere quis ſit prodigus, qua in re ignorantiam eorum miror, qui ipſo iure quem prodigum intelligi & quaſi fieri, aut declarari ſtatuunt; quod quidem nec ipſi Juſtin. aut Papiniano affirmantibus, crederem; & repugnant principia Ethica de virtutibus & vitiis, quæ actiones utrarumq; æſtimandas docet ex circumſtantiis; cum etiam amplius non una actio, ſed plures vitioſæ contrahant & inducant habitum, & faciant, ut quis prodigus haberi debeat; de qua re, ut quæ conſiſtit in ſingularib. Lex iudicare non poteſt: ſed nec privatus poteſt, ſed omnino neceſſaria eſt cognitio magiſtratus, ſaltem ut hunc vel illum prodigum eſſe declaret, qua declaratione facta,

Digitized by Google

facta admitti poteſt, quod ſuccedat poteſtas L. 12. tabb. & adminiſtrationem prodigo quaſi adimat, quamvis omnino verius ſit per decretum ſimul prodigo interdictum bonis fuiſſe, cujus decreti formula eſt apud *Paul. 3. ſent. 4. de teſtam. & Ulpian. tit. 12. de curat. §. 1.* Lex 12. tabb. prodigum, cui bonis interdictum eſt, (ſcilic. à magiſtratu) jubet eſſe in curatione agnatorum, facit quod *in §. Item 2. inſ. quibus non eſt permiſſ. fac. teſt.* Prodigus ita deſcribitur, cui interdicta eſt bonorũ adminiſtratio; quod ſane Lex in individuo facere non poteſt. Objicitur, quod ratio jam dicta ſuadeat, ut non minus neceſſaria ſit cognitio magiſtratus, ubi quæritur an prodigus redierit ad ſanos mores, & tractatur de cura finienda; nam & iſtud ex circumſtantiis pendet. Atquin hic non eſſe eam neceſſariam, videtur probari ex *d. l. 2. inſ. prin. de curat. fur.* Ubi ait JCtus, ſi prodigus ſanos mores receperit, IPSO JURE deſinere eſſe in poteſtate curatorum. Nimirum textus juris ita ſunt explicandi, ut ne rationi certæ & principiis diſciplinarum aliarum repugnent. Qui fieri poſſit, ut citra magiſtratus cognitionem & authoritatem, qui fuit prodigus ſe liberet à cura, & qui ipſi curator datus fuit, curam & adminiſtrationem rerum deponat; aut qui ſecurus erit, qui cum eo contrahet, cum nec ipſi qui prodigus fuit, nec curatori eius, nec aliis privatis hoc permitti poſſit, ut ſtatuant & judicent, an ſani mores redierint? Et verba, *ipſo iure*, quæ extant in *d. l. 1. inſ. prine.* non vero modo uſurpantur; & dicam minime per ea declaratoriam ſententiam excludi, ſed opponi quodammodo curam prodigi, curæ minoris, quæ certo & ſtatuto tempore annorum 25. finitur quod in illa ſecus eſt, quæ quandocunque mores in melius mutaverint, finitur, idque ex ipſa 12. tabb. ratione. Apparet hinc male admitti à Dd. quod cura Prodigi finiatur ipſo iure citra declarationem magiſtratus; & inepta eſt ratio diverſitatis & nulla quam addunt, quod unumquodque facile redeat ad ſuam naturam. Et tamen Ang. *in §. Inſt.* Item *2. inſ. quibus non eſt perm. fac. teſt.* refert Dd. ſtatuentes opus eſſe declaratione judicis, niſi notorium ſit, aut certo probetur prodigum rediiſſe ad ſanos mores. Equidem vitia & virtutes propriam ſuam eſſentiam habent, nec pendent à cognitione & ſententia magiſtratus, verum nos hic quærimus de effectibus politicis; an prodigus teſtamentum facere, an obligari, & qui cum eo cõtraxerunt, efficaciter contra illum agere poſſint, de quibus ex tempore cognitionis & decretis magiſtratus regulariter eſt ſtatuendum. Niſi forte quis cum eo contraxerit, quem ſciebat & luxurioſum, & protinus pecuniam male conſumturum, ut notant Dd. *arg. l. ſi quis 8. pro empt. add. not. Vigl. in §. Item prodigus 2. inſ. Quib. non eſt perm. fac. teſt.*

Licet maiores 25. annis.] Quid ſi furioſi, aut prodigi † ſint minores, an habebunt tutorem legitimum qua furioſi an dativum, ut adhuc minores? Poſterius verius videtur per *l. 3. in pr. de tutelis.* Licet enim de pupillis furioſis ibi agatur, tamen eadem eſt ratio puberum ante 25. annum poſtquam placuit eos regulariter in cura eſſe debere. Et notant hic Interpp. quod quando concurrunt duæ cauſæ, una naturalis, altera accidentalis, prævaleat naturalis, quod latius tractat. *Portius n. 13.* Et tamen plenius cogitandum. L. 3. agit de pupillis, de quibus non locuta eſt L. 12. tabb. & non ſenſit, dum furioſorum tutelam detulit agnatis, cum ex eadem L. de tutela pupillorum cautum eſſet. At L. 12. tabb. de nulla alia cura agit minorum. Ergo dum defert tutelam agnatis, procul dubio intelligit omnes alios furioſos vel prodigos, præter pupillos. Idque omnino liquidiſſimum dixerim, ſi, qui furioſus vel prodigus factus eſt, non habeat curatorem (& utique qui habet, non poteſt eſſe prodigus) tum enim omnino cum prodigalitas ſit cauſa tutelæ, quamvis minor ſit, curæ legitimæ agnatorum locũ eſſe defendam; & alias longa alia obligationis ratio eſt, in minore qua tali tantum, & qua prodigo.

Sed & mente captis] Omnis utique furioſus mente captus eſt, & ita in genere mente capti accipi videntur in *l. humanitatis 9. C. de impub. & al. ſubſt. §. 1. inſ. de pupill. ſubſt. l. 2. C. de cur. fur.* Sed in ſpecie mente capti appellari ſolent, qui citra rabiem laborant, tranquilla quadam mentis alienatione, qui & paſſim à furioſis diſtinguuntur *l. ſi furioſi 25. C. de nupt. l. 2. de inoff. teſt l. cum demens 28. C. de Epiſc. aud.* notat hanc differentiam *Alciat 2. parerg. 16.*

Surdis & mutis.] De his etiam in *l. nec mand. 8. §. ult. de tutor. & cur.* & in genere de his qui rebus ſuis ſupereſſe non poſſunt, in *l. his qui & in princ. eod. tit.* quæ verba limitant & declarant antecedentia hujus loci, ut intelligantur ita laborantes morbo perpetuo, & tales ſurdi & muti, qui res ſuas ipſi curare non poſſint, nec alii molis de iis curãdis providere; & maxime ſi ſint ſurdi & muti ſimul: Ceteroquin cur iis curator detur cauſa non eſt. Apparet ex hactenus dictis, curiam in genere ita diſtingui poſſe, † ut alia ſit ordinaria in minores propter ætatẽ, alia magis extraordinaria, ob alium quendã defe-

defectum & vitium, & hoc vel animi, furorem & prodigalitatem; vel corporis, veluti morbum perpetuum, aut defectum loquelæ vel auditus. De cæcis nihil hic dicitur, aut alibi, itaque nec nos dicemus: satis enim hi sibi prospicere possunt, cum & judices & senatores esse possint, *l. 1. §. secundo 5. de postul. l. cæcus 6. de iudic.* Dubitandum autem non est, quin ista cura ægrotorum, mutorum, surdorũ, sit dativa; & male eam *Iohan. de Plat. hic* appellat legitimam, inepte abutens N. 72. *c. 5. § 1. verſ. & hæc.* Nam & hoc à LL. est, ut hic dentur curatores, sed alio sensu curam vel tutelam legitimam appellamus, quæ certis personis ob ius successionis defertur, quod & observavit Faber hic, nec quod muti & surdi testamentum facere nequeunt, juxta *l. 10. C. qui test. fac. poss. de quo inf. lib. 2. tit. 12.* protinus inde eorum tutelam legitimam esse consequitur; quod & cont. *Bald. & Iob. de Platea* probat *Ang. hic.*

TEXTVS.

3. Interdum autem & pupilli curatores accipiunt, utputa si legitimus tutor non sit idoneus: quoniam habenti tutorem tutor dari non potest. Item si testamento datus tutor, vel à prætore aut præside, nõ sit idoneus ad administrationem, nec tamen fraudulenter negotia administret, solet ei curator adjungi: Item loco tutorum, qui non in perpetuum, sed & tempus à tutela excusantur, solent curatores dari.

COMMENTARIUS.

INstar exceptionis hoc habet, quod ait, etiam pupillis curatores dari, quos scilicet hactenus docuerat in tutela esse. Sed est revera ambiguitatis fallacia, nam exempla quæ hoc §. subjiciuntur, ostendunt pupillum non esse sine tutore, qui accipit curatorem; cum ipse Justinianus pro ratione subjiciat, habenti tutorem non dari tutorem; Ceteroquin si proponatur pupillus simpliciter non habens tutorem, ei non curator sed tutor daretur.

Porro ista regula, Tutorem jam habenti tutorem non dari, præter hunc §. exstat *in l. idem 17. in princ. de testam. tut. l. cum iure 9. C. qui pet. tutor. l. si soror 9. Cod. qui dar. tut. l. pen. C. in quib. caus. tut hab. l. scire 13. §. ita vero 5. de excus. tut.* Unde quia Reipublicæ causa absens tutor manet, dicitur in eius locum dandus curator *l. in omnem 15. cum l. seq. de tutel. & cur. dat.*

Et ratio istius regulæ hæc tradi solet, vel quod tutor sit domini loco *l. tutor 17. de admin. tut.* vel potius, quoniam tutor vel tutores semel constituti acceperunt plenam curam & administrationem, & personæ pupilli in solidum, & universo eius patrimonio dati sunt *§. datus 17. inf. de excus.* itaque citra notam & iniuriam tutoris, non potest eo adhuc existente tutore, alius tutor dari; quæ ratio cessat in curatore, qui iuvandi saltem & sublevandi causa adiungi intelligitur. Vnde nihil prohibet eo qui habet curatorem, alium curatorem dari, causa tamen cognita *l. curatorem 10. C. qui dar. tut.* Et illa ratio fortior est in legitimo tutore, qui insuper ius quoddam in bonis, & propter ius illud succedendi, tutelam sibi à Lege delatam habet. Notandum autem hic. *Habere tutorem* ambigue dici. Et quidem qui tutorem ita actu habet, ut administret, ei certissimo iure non datur tutor, sed si forte non solus possit obire omnia, adiungitur curator. At de eo quæritur, qui tutorem quidem habet, sed qui quo minus administret, variis causis impeditur, quo casu demum quæritur, an tutor an curator constituendus sit.

In primis hic rursus distinguendum est, an quis tantum tutor constitutus fuerit, & necdum administraverit, an vero iam administrare ceperit, & post impedimentum supervenerit. In illo videtur distinguendum inter tutorem legitimum & alios tutores. Et de testamentario supra diximus ex §. 1. *de Attil. tut.* etiamsi datus sit ex die certo, tamen interim tutorem dari quoniam patria dispositio eo tempore adveniente demum operatur, nec aliud est in die aut conditione tacita, si pater v. c. minorẽ dederit tutorem, ut nunc alius tutor dandus interim sit *argum. 2. sup. tit. 14.* Atquin Lex potẽtius operatur, & cum fundetur in iure agnationis & successionis, simpliciter facit tutorem proximum agnatum; qui adeo licet necdum perfectæ ætatis sit, tamen cum ipso iure tutor fit, non alius tutor, sed curator interim constituendus videtur, per *l. non solum 10. §. si libertus 8. de excus. tut.* ex quo *§. in pr.* apparet speciale esse in tutore liberto impubere, quem patronus tutorem dederit, testamento liberis suis, qui ibi cum impubere legitimo tutore confertur, quamvis sane in Græco textu Modestini ibi sit verbum κοινὸν, quod generale esse ad tutorem & curatorem, videtur, nam licet Modestin, passim tutores alias ἐπιτρόπους appellat, tamen idem curatores in

in ſpecie dictos, ipſo hoc nomine χειροτόνητος indigitare ſolet. Porro in altero caſu ubi poſt adminiſtrationem cœptam ſupervenit impedimentum, quæſtio præcipue difficultatem habet, propter nō uno modo hac de re loquentes textus. Et ſiquidem impedimentum ſit temporarium & determinatū, itemque ſi non ſit plenarium quod nec impediat quo minus autorari poſſit pupillo tutor, ſi forte morbo laboret tutor; utique curator dandus erit, per *text. generalem in l. non ſolum* 10. §. *ſimiliter* 6. *de excuſ. tut. & h. §. noſtro in fol. ſolet* 13 *de tut.* Necdu̇ hinc eſt illud, ſi cum plures eſſent tutores impedimentum tale acciderit uni, propter quod alias forte dandus eſſet tutor, tamen quoniam, quæ partes tutorum ſunt, poſſunt per reliquos expediri, ſi ratio adminiſtrationis id exigat, non tutorem ſed curatorem dandum eſſe *l. 2. C. in quib. caſib.*

Ex adverſo illud conſtare debet, ubi tale incidit, à quo non eſt regreſſus ad tutelam, tum dandum eſſe tutorem, veluti ſi tutor, remotus, aut excuſatus in perpetuum fuerit, ut ex hoc noſtro §. *inf.* à contrario ſenſu probatur, & manifeſta ratione, pupillum omnino uſque ad pubertatem deſtitui tutore, cum præſertim quædam ſint, quæ per curatorem commode expediri non poſſint. *l. cum in una* 17. §. 1. *de appell.* quæ ratio feciſſe videtur, ut aliquando repugnante licet ſummi juris ratione, tamen exigente id utilitate pupillorum daretur tutor potius quam curator, ut colligitur ex *l. penult. de tutel.* ubi dicitur multa eſſe facta SCta, ut in locum furioſi, ſurdi, muti tutoris alii tutores dentur, quibus SCtis ut fere alias à ſummi juris ratione videtur fuiſſe diſceſſum; quamvis etiam ſententia *d. l. penult.* habeat perſpicuam rationem, quod furor non habet determinationem & incertum eſt, an ſit reditura ſana mens ante pubertatem, à vitio autem ſurdi & muti ſemel contracto, vix datur regreſſus ad habitum, itaque ſublata ſpe recuperandæ tutelæ, merito alius tutor dari debet: eoque pertinet quod eſt *in l. poſt* 40. *de admin. tut.* furioſum, ſurdum, mutum, cæcum, ſuſceptam tutelam deponere, & itaque amplius tutores non ſunt. Quod autem ibi de valetudinario dicitur, ne pugnet cum *l. ſolet.* 13. *in pr. de tut.* accipiendum eſt de valetudine, quæ tutorem omnino inhabilem reddit adminiſtrationis per *l. non ſolum* 50. §. *ultim. cum l. ſeq. de excuſ. tut.* ubi & illud addendum, pertinere ad cognitionem magiſtratus, an permittendum ſit tutori, deponere omnino tutelam, an ei adjungere curatorem; ſecundum quod explicandum eſt, quod in *l. non ſolum* 10. §. *ſi quis* 8. *& in l. 12. de excuſ.* in locum tutoris furioſi effecti interim curator dandus dicitur; cognoſcet n. prætor de cauſa & qualitate furoris, an facile ſit ſanabilis nec ne, & maxime ſi legitimus tutor ſit. difficilius alium tutorem dabit, Magis videntur pugnare textus in terminis tutoris relegati, in cujus locum dicitur dandus tutor *l. pen. C. in quib. cauſ. tut. hab.* contra curator, *l. tutor.* 28. §. *ult. de adm. tut.* ex quo negatur hoc caſu actioni tutelæ quæ nondum ſcil. finita ſit eſſe locus *l. ſine* 32. §. *ult. de admin. tut.* & quod difficultatem auget, idem ſtatuitur, etiamſi in perpetuum ſit relegatus tutor *l. quod ſi* 14. §. *quid ergo* 3. *de ſolutionib.* Quod poſterius ſane perabſurdum eſt, repugnans rationi & textui in *l. plane* 18. *de exc.* & dixerim ibi verbum curatoris in *d. l.* 14. generalius ſumi: nam, quod & alibi obſervandum eſt, ex eiuſmodi locis, in quib. aliud tractant JCti, argumenta ſolide deduci non poſſunt; velut in *d. l.* 14. hoc tantum quæritur, an tutori relegato antequam alius ei ſubrogatus ſit, recte ſolvatur. Et itaque poterit *d. l. pen. C. In quib. cauſ. tut. hab.* accipi de relegato in perpetuum; aut ex tempore relegationis æſtimabitur an ſit dandus interim tutor vel curator, quid enim ſi excurrat ultra tempus pubertatis, ut nulla ſpes ſit regreſſus ad tutelam? Et hujuſmodi diſtinctionib. etiam componendi erunt textus, qui in locum tutoris Reip. cauſa abſentis, modo curatorem, modo tutorem dandum eſſe dicunt. Tutorem *l. 1. Cod. in quib. caſib. tut. hab. l. quæſitum* 12. *de tut. l. 3. §. ſi quis* 10. *de ſuſp. tut. l. ſi tutor.* 9. *in pr. de tut. & rat. diſtrah.* ubi etiam tamquam finita quodammodo tutela dicitur eſſe locus judicio tutelæ, ubi abeſſe debet & proficiſci; & tamen conſtat quod reverſus recipiat tutelam *d. l. 1. C. & d. l.* 12. *de tutel.* Curatorem autem, in eius locum dari ſcriptum eſt in *l. omnem* 15. *& l. ſeq. de tut. & cur. dat.* ubi & negatur quod deſinat eſſe tutor. Aut an præter ſupradicta, intelligimus *d. l.* 15. *&* 16. ubi alii ſunt plures tutores. Illud non abs re ſit addere quod hic Hott. monet, tutorem habenti poſſe dari alium tutorem, ſi ille alter tutor ultro fieri hoc patiatur; nam cum rationem iſtius regulæ hinc petierimus, quod per dationem novi tutoris, priſtino fiat injuria, volens injuriam non patitur. Denique addo ex *l. propter* 21. §. *ult. de excuſ.* poſſe dari tutores noxos pro rebus adminiſtrandis, quæ ſunt in diverſis provinciis; facit *l. tutores* 39. §. *paternus* 8. *de adm. tut.* nam & hoc caſu initio diverſis illis & diſſitis quaſi patrimoniis diverſi poſſunt conſtituti tutores *l. ſi tamen* 15. *de teſtam. tut.* ſed de hac re plus ſatis. Porro h. §. Juſtinian. caſum ſecundum de non adminiſtrante fraudulenter ideo

Digitized by Google

adcommodaſſe videtur ad tutelam teſtamentariam; quoniam legitimorum honori parcendum eſt, etiamſi quid forte peccaverint, ut potius eis curator adjungatur, quam ut penitus cum nota removeantur, *arg. l. ſi tut. 9. de ſuſp. tutorib.*

TEXTVS.

4. Quod ſi tutor vel adverſa valetudine vel alia neceſſitate impediatur, quo minus negotia pupilli adminiſtrare poſſint, & pupillus vel abſit vel infans ſit: quem velit actorem periculo ipſius tutoris, prætor, vel qui provinciæ præerit, decreto cõſtituet.

COMMENTARIVS.

UBi impedimentum adminiſtrandi eſt univerſale & perpetuum, vel diuturnum ibi de ſubrogando vel adjungendo tutore vel curatore tractatur juxta d. §. præced. Hic autem tractatur de impedimento momentaneo vel breviuſculo, & propter quod tutor negotium aliquod in præſens, uti neceſſitas vel pupilli utilitas exigit, nequid expedire. Et iſtud negotium eſt vel extrajudiciale vel judiciale. Ad utrumque in iſtis terminis non datur curator, qui fere & regulariter ad unum ſolum actum & ubi tutor alias habilis eſt, conſtitui non ſolet, & qui conſtituitur pure autoritate magiſtratus, non à tutore; ſed ubi huiuſmodi impedimentum eſt, ipſi tutori jus conſtituendi eſt, non tamen ſimpliciter: verum accedente decreto magiſtratus. Et quidem qui propter extrajudiciale negotium adſciſcitur, videtur in ſpecie dici Adjutor *l. ſolet. 13. §. 1. de tut.* ubi requiritur decretum prætoris. Ad judiciale & ad agendum ex ipſa re & in ſpecie dicitur Actor, id enim apparet ex omnibus locis qui meminerunt Actoris tutore conſtituti *l. un. Cod. de aſt. à tut. dand. l. ſi actor 10. C. de appell. l. actor. 9. rem rat. hab. l. tutor. 6. Quand. ex fact. tutor.* Et rurſus uterque actor & adjutor datur periculo tutoris ipſius qui conſtituit eum *h. §. & d. l. 13. de tutelis.* licet interveniat decretum prætoris, cuius de Actore mentio *in d. l. C. de l. un. C. de act. à tut. dand.* Idque neceſſitas exegit in caſu quo ipſe tutor litem movere non poteſt, & quo litem necdum conteſtatus eſt; quo facto alias dubio procul ſubſtituere procuratorem ad judicia poſſet *l. neq. 11. in fin. de procur.* Sed ante litem cont. id non poteſt, verum actorem conſtituere debet. *d. l. 11. in pr.* quem ſimul & voluntas tutoris legitimat & decretum magiſtratus. Ratio eſt ſubtilis juris, quod nemo niſi dominus procuratorem recte conſtituit: itaque ſi pupillus præſens ſit & fari poſſit, nihil neceſſum eſt recurrere ad prætorem pro decreto & Actore, ſed cum pupillus autore tutore conſtituit procuratorem, idque eſt, quod hic dicitur Actore opus eſſe, ſi pupillus abſens ſit aut fari non poſſit: eodemque pertinet, quod de actore per abſentem tutorem conſtituto dicitur in *d. l. un. C. de act. à tut. dat.* qui ita abſens fuit à loco judicii, ut ab eo quoque & ſcil. à tutore abeſſet pupillus. Neque vero tutor ſolum dat actorem, ſed etiam ex jam d. cauſa curator *d. l. un. Cod. de act. vel curat. dand. d. l. ſi actor. 10. C. de appellat.* Illud addendum, quod de actore in locum tutoris relegati conſtituto dicitur in *l. ſine 32. §. ult. de admin. tut.* ubi aut verbum Actoris uſurpatur latius, aut, quod magis puto, intelligitur ibi actor datus à tutore antequam in exilium iret; nam ut probavimus, Actor dicitur, qui ad agendum datur, nec placet quod Theoph. ideo actorem dictum ait, quoniam apud acta & quaſi per acta conſtituatur.

AD TITVLVM XXIV.

LIBRI PRIMI Inſtitutionum,

DE SATISDATIONE TVTORVM vel curatorum.

TEXTVS.

Ne tamen pupillorum pupillarumve, & eorum qui quæve in curatione ſunt, negotia à curatorib: tutoribuſve conſumantur, vel diminuantur, curet prætor, ut & tutores & curatores eo nomine ſatisdẽt. Sed hoc non eſt perpetuum: nam tutores teſtamento dati ſatisdare non coguntur: quia fides eorum & diligentia ab ipſo teſtatore adprobata eſt. Item ex inquiſitione tutores vel curatores dati, ſatisdatione non onerantur, quia idonei electi ſunt.

COMMENTARIVS.

1 *An ante adminiſtrationem ſpeciali decreto opus.*
2 *An prætor exigat ſatisdationem.*

3 Qui

Digitized by Google

3 *Qui tutores ſatisdent.*

4 *Hypotheca in bonis tutorum.*

HActenus ſpecialia tutelæ & curæ. Sequuntur h. t. & duobus ſeqq utrique communia. Et primo de ſatisdatione. Tractant in genere Doctores eſſe quæ præcedant ipſam adminiſtrationem. Et primum iſtud ut tutores ſatiſdent, de quo mox plura. Alterum ut inventarium conficiant, juxta *l. tutor qui 7. de admin tut.* Tertium, ut juramentum præſtent ſuper adminiſtrandis fideliter rebus pupilli. *N. 2. c. 2. & ult.* & inſuper ſpeciatim de eo defendendo, ut notant Interpp. *per l. ult. §. pen. Cod. de adm. tut.* ubi tamen in terminis non fit mentio juramenti, quod ante in ſpecie in curatoribus furioſorum conſtituerat Juſt. in *l. de creat. 27. in pr. C. de Epiſc. aud.* Quartum ſolet addi, ut ſpeciali decreto tutorib. † permittatur adminiſtratio: quod ita diſpoſitum eſt in Conſt. noviſſimis Imperii, Reformatione Politiæ *Auguſta Anno 1548. tit.* Von Pupillen und Vormundern. Sed videtur id etiam juri noviſſimo Juſtinianeo convenire *in l. ult. §. illo procul. C. Arbit. tut. ubi itemq; ad pr. tit. ſup. de leg. agn. tut.* Interpp. id communiter tradunt. Sed id utique abhorret à ratione Juris noſtri; & in *d. l. ult.* ante omnia inventarium confici vult Juſt. & ut ita tutori res confecto inventario tradantur; quibus verbis utique non ſignificatur decretum magiſtratus. Sed hoc obiter. Nos de ſatisdatione agamus. Finis omnis cautionis eſt, ut proſpectum ſit alicui, & res ejus ſunt in tuto collocatæ. Hunc finem initio ſtatim proponit Juſtinianus, *Ne pupillorum negotia conſumantur, aut diminuantur. Diminuere* hic paulo laxius accipiendum eſt, nam & tenetur tutor, ſi ejus negligentia & culpa bona pupilli non fuerint aucta: hoc enim proculdubio venit in actionem tutelæ, per *l. 1. in pr. de tut. & rat. diſtr. l. ſi tutor 15. l. qui negat 58. §. qui pupillo 3. de admin. tut.* adeo etiam in actionem ex ſtipulatu per *l. cum pupillus 9. rem pup. ſalu. fore* Satisdatio hæc fit, quæ etiam regularis natura eſt cujuſvis ſatisdationis, datis fidejuſſoribus, *l. ſi poſtea 10. & l. ult. rem pup ſalu. fore l. 1. §. 2. junct. l. 7. de prætor. ſtipulat.* qui ſc. juxta cum tutore promittunt & obligantur, rem pupilli vel adolescentis ſalvam fore.

5 *Curet prætor † ut ſatisdent.*] Supra hoc quoque tractavi, *ad §. ſed ex his de Attil. tut.* quomodo prætor curare dicatur, ut ſatisdetur, cum tamen ipſe ſatisdationem non exigat *§. ult. h. t.* ſed ex inquiſitione tutores det, quo caſu ſatisdatio ceſſat *in fi. huius pr.* Et tamen eſt in *l. 2. in fi. & in l. 3. rem pup. ſalu. fore.* quod ſtipulatio illa & ſatisdatio apud prætorem, & eo curante præſtetur. Hæc nemo movet, aut explicat. Nec poteſt rem extricare, quod d. loco diximus curam prætoris etiam extra Romam in civitates & municipia ſe porrexiſſe, quippe cum *d. l. 2. & 3.* tractetur de ſatisdatione, quæ apud ipſum prætorem & ejus cura expediatur; & igitur non exegerunt ibi magiſtratus inferiores cautionem, nec exigendam eam aut tutores dandos prætor demandavit; nec videtur Romæ alius magiſtratus fuiſſe extra prætorem tutelarem, qui jus dandi tutores haberet. Et fatendum itaque erit, non ſemper prætorem dediſſe tutorem ex inquiſitione. At enim utique non dedit ſine decreto, hoc autem requirit cauſæ cognitionem. An forte cauſæ cognitio locum habet, ut tamen non ſit neceſſaria inquiſitio? Aut non ſemper ubi decretum interponitur ſuper officio aliquo decernendo opus eſt cauſæ cognitione, velut hoc caſu, ſi nihil habeat tutor quod excipiat aut excuſet, quo minus ſuſcipiat tutelam? At enim ſi ita ſimpliciter decernit prætor, & tum curat interponi ſatisdationem, quomodo non verum erit, quod exigat prætor ſatisdationem, contra apertiſſimum textum *in §. ult. h. t.* & ſi exigit tenebitur quoque illa actione ſubſidiaria contra *d. §. ult. & l. 1. §. 1. de magiſtrat. conven.* Et quomodo igitur iſta non pugnant: & quis tandem erit qui ſatisdationem, quæ præſtanda eſt curante prætore apud prætorem *d. l. 2. & 3. Rem pup. ſalv. for.* An è municipiis tutores à magiſtratibus evocandi fuerunt Romam, ut ibi ſatisdarent? At cui bono, & cur non id fieri potuerit æque in ipſis municipiis aut coloniis? Videtur ſcrupulum hunc aliqua vidiſſe, Hottom. qui confugit ad ſcribam prætoris cui hic negotium dederit exigendi ſatisdationem: In urbe inquit, ſcriba, in provinciis, municipiis & coloniis, defenſores & magiſtratus municipales ſatisdationem exigebant. Sed vitioſa eſt comparatio, nam magiſtratus municipales habuerunt jus dandi tutores *l. 3. de tut. & cur. dat.* quis autem umquam audivit hoc habuiſſe ſcribam prætoris? quod ſi prætor datis tutoribus juſſit ſcribam exigere ſatisdationem, utique jam dicetur prætor exegiſſe, cum ſcriba tantum ſit nudus miniſter: & duumviri quoque apparitores habuerunt, quorum miniſterio potuerunt exigere ſatisdationem: nec tamen apparitores eam exegiſſe dicuntur. Et vero ubi prætor tutores dedit ex inquiſitione, negamus opus fuiſſe ſatisdatione: & quomodo tum igitur ſcriba eam exigebat? Sed & *l. ult. C. de magiſtr. conv.* eſt Zenonis Imp. Conſtantinopolitani, ſub quo forma veteris Rei-

pub mutata fuit: Et nec ibi dicitur quod ſcriba exigat ſatiſdationem, ſed quod æſtimet facultates pupilli, ut ſecundum eas accipiantur fidejuſſores. Ergo totum iſtud Hottomanni commentitium eſt. An forte referimus iſtud ad tutores non dativos, ſed teſtamentarios, (aliquando) & legitimos; quos prætor non dat, ſed tamen ab illo aliquando ab his fere ſemper curat exigi ſatiſdationem Romæ. Et tamen negatur actio ſubſidiaria in prætorem: itaque fatendum omnino eſt, eum hanc curam miniſtris ſuis delegare ſolitum, qui exigerent ſatiſdationem; licet hoc apud prætorem præſtaretur

Hoc non eſt perpetuum.] Exceptiones latius pa-
3 tent quam Regula. Nam cum ſint tres ſpecies † tutorum, teſtamentarii non ſatiſdant *h. text. & l. teſtamento* 17. *de teſtam. tut.* extra quam ſi quid novi emergat *arg. l. 4. in fin. de teſta. tut. l. in confirm. 8. cum* 2. *ll. ſeqq. de conf. tut.* Ex legitimis, eximuntur patroni cauſa cognita & parentes *l. legitimos* 5. §. 1. *de legit. tut.* Ex dativis non ſatiſdant, quis dantur ex inquiſitione à maioribus magiſtratibus *h. text. in fin. l. pen. C. de tut. qui ſatis non ded.* Itaque inepte opponunt vulgo Interpp. ex §. *noſtra autem ſup. de Atil. tut.* qui aperte loquitur de minoribus magiſtratibus, qui ſine inquiſitione dant tutores: quod non intellexerunt veteres Interpp. qui etiam his jus inquirendi tribuunt, ſecundum quæ explicanda & limitanda ſive declaranda eſt *l.* 3. *C. de t.* quæ ſolos tutores teſtamentarios eximere videtur à neceſſitate ſatisdandi: ſcilicet quoniam de nullo alio genere tutoris id abſolute prædicari poteſt. At enim dixerit quis, cum ſatiſdationis hic finis ſit, ne pupillorum negotia deminuantur, in pr. h. t. & maxime LL. faveant pupillis, videri contra utilitatem pupillorum, ut quibuſcunque tandem tutoribus cautio remittatur: & cum LL. velint omnia negotia pupilli integra eſſe & ſalva, omnibus tutoribus onus ſatiſdationis fuiſſe injungendum.

Reſpondeo, rationes quę tutores quoſdam liberant à cautione, ita comparatas eſſe, ut ſimul excludant cauſam, quæ neceſſariam facit ſatiſdationem, & ita ſimul excludat periculum pupillorũ. Nam quod ad datos ex inquiſitione attinet, ratio hic redditur, quod ſint electi idonei, videlicet, cum in bona & mores ſit inquiſitum; ut amplius eos per ſatiſdationem idoneos fieri non oporteat. Teſtamentarii ſunt idonei præſumptione juris, quæ ſtat à judicio patris *per l. amiciſſimos c. 36. de excuſat.* & h. text. ubi dicitur, quod fides eorum à teſtatore cui Leges plurimum tribuunt tamquam patri, ſit approbata, ut adeo paternum teſtimonium ſufficiat pro ſatiſdatione *l. ult. §. & ſiquidem 5. C. de curat. fur. l. de creat.* 27. *in pr. Cod. de Epiſc. aud.* Et iſtæ approbationes per patrem & magiſtrum maiorem ſunt ſpeciales ſuper ſingulis perſonis; itaque hæc ratio in legitimis non procedit: quoniam Lex non ſingularem & certam perſonam, ſed ſimpliciter agnatos vocat: neque Lex inquirere aut judicare de perſona poteſt.

Intelligimus ſcilicet jure teſtamentarios tutores, aut utique à patre datos, ceteri enim niſi per inquiſitionem confirmati ſint, ſatiſdare cogantur, ut explicavimus ad §. *permiſſum ſup. tit. XIII.* Illud hic addendum; quibus caſibus cavendum eſt, ſatiſdationem adeo neceſſariam eſſe, ut ante eam præſtitam, quidquid tutor egit, ipſo jure ſit nullum, *l.* 3. *C. de tut. qui ſat. non ded.*

Nec iſtud omittendum, quod licet teſtamenta-
4 rii † & quidem datívi non dent fidejuſſores, tamen alia cautione pupillis eſſe proviſum, quod nimirum univerſa tutorum bona pro adminiſtratione pupillis ſũt tacite pignori obligata: hęc enim hypotheca procul dubio generalis eſt, & ad omnes tutores pertinet *l. pro officio* 20. *C. de admin. tut.* quam hypothecam quidam demum à Conſtantino per d. l. 20. putant eſſe introductam. Itaque in quibuſdam tutoribus eſt cautio hypothecaria, à quibuſdam inſuper fidejuſſoria exigitur; quod hodie tamen per conſt. Imperii in comitiis Auguſt. Anni 1548. generaliter obſervatur, ut omnes tutores fidejuſſoribus cavere teneantur. Juris veteris hæc erat formula, ut tutor & fidejuſſores vel ipſi pupillo, ſi præſens eſſet ſarique poſſet, vel ſervo eius, vel in ſubſidium, ſervo publico & ſcilicet tabulario, aut ei quem prætor deputaverat, quin & ipſi magiſtratui municipali rem ſalvam fore ſtipulato promitterent *l. 2. 3. & 4. in pr. & l. 6. rem pup. ſalu. for. l.* 1. § *exigere* 15. *de magiſtrat. conv.*

TEXTVS.

2. Sed ſi ex teſtamento vel inquiſitione duo pluresve dati fuerint, poteſt unus offerre ſatiſdationem de Indemnitate pupilli vel adoleſcentis, & contutori ſuo vel concuratori præferri, ut ſolus adminiſtret: vel ut contutor aut cõcurator ſatis offerens prę-ponatur ei; ut & ipſe ſol, adminiſtret. Itaq; per ſe non poteſt petere ſatiſdationem à contutore ſuo vel concuratore, ſed offerre de-

re debet, ut electionem det concuratori vel contutori suo, utrum velit satis accipere an satisdare. Quod si nemo eorum satis offerat, siquidem adscriptum fuerit à testatore, quis gerat, ille gerere debet. Quod si nō fuerit adscriptum, quem major pars elegerit, ipse gerere debet, ut edicto prætoris cavetur. Sin autem ipsi tutores dissenserint circa eligendum, cum vel eos qui gerere debent, prætor partes suas interponere debet. Idem & in plurib. datis ex inquisitione comprobandum est, id est, ut major pars eligere possit, per quem administratio fiat.

Commentarius.

EXceptio est ad illud quod in pr. traditum est, tutores testamentarios & ex inquisitione datos, non satisdare. Etenim hoc quidem ut satisdent directo ab iis peti, iisque imponi non potest, sed provocando alter alterum, (ubi plures sunt) facere possunt, ut qui in administratione ceteris præferri vult, satisdare cogatur. Hoc summa ratione admissum fuit, ut cum tutores ita teneantur, ut periculum commune sit, & ad omnes pertineat, quod unus quoque male gessit, illi potius permittatur administratio qui offert satisdationem, quæ ceteros quoq; securos reddat. dum qui offert, metuens forte & suspectam habens collegarum negligentiā, ipse administrare cupit; quam conditionem si ceteri recusent, & quasi administrare velint, quod ipsis permittitur *l. testamento 17. in pr. de testam. tut.* æquissimum est. ut eadem Lege administrent, & alterum qui obtulit, cautione præstita faciant securum, quomodo tutoris sese invicem provocare dicuntur *l. si nemo 19. de testament. tut.* Hæc una ratio istius rei fuit Altera est, ut potius per unum, qui idonee cavet, administretur tutela quam in plures spargatur: quod ut fieret curæ prætori fuisse ait ICtus *in l. 3. §. apparet. C. de admin. tut* qua occasione hic simul tractatur & docetur ordo, quem in hac re præscripsit prætor, ut pluribus delatæ tutelæ administratio ad pauciores & potius ad unum derivaretur. Primum gradum facit Justinianus eius tutoris qui satis dat. secundum, si nemo offerat, ejus cui ex pluribus administrationem committi voluit testator. Sed Hottom. contra hunc præfert utcunque alius satisdare velit. Impudenter, cum textus quem ad hoc adducit ex *l. 3. §. 1. de admin. tut.* declaretur eadem *L. §. pen.* ubi diserte dicitur, non teneri contutores acquiescere designationi patris, sed posse contradicere, si nolint esse succedanei alieni periculi; & quanto magis igitur poterunt contradicere & recusare, offerendo satisdationem: &, quod non observavit Hottoman. in toto illo loco *l. 3. §. 1. cum seqq. de admin. tut.* casus ille oblatæ cautionis non tractatur, sed extra illum, quo ordine in administratione committenda procedatur. Et itaque prior omnino est, qui offert satisdationem, nec enim voluntas testatoris cæteris præjudicium facere potest: quod & ostendit *d. l testamento 17. de test. tut.* proximus huic est quem testator designavit, neque hic tantum tribui potest judicio testatoris, quantum male existimat Hottomannus, quoniam agitur de præjudicio tertii, & videlicet collegæ; quæ ratio facit, ut & citra oblationem satisdationis possint collegæ contradicere, ut modo dicebamus. Tertio loco, si testator neminem designavit, statur conventioni tutorum, ut administrent, quos major pars elegerit *h. §. & d. l. 3. §. si non 7. de admin. tut.* Quarto, si non conveniant in eligendo, prætor statuet h. §. Hoc ita, ubi tutores volunt administrari tutelam per unum, vel aliquot: ceteroquin si omnes velint administrare, prætor hoc eis permittit, *d. l. 3. §. pen. de admin. tut.* quod & eveniet, si omnes satisdare sint parati, ut videtur Ulpianus velle *in d. l. 17. in fi. pr. de testamen tut.* vel magis idoneum deligit prætor ut est in *l. quod si 18. de testamen. tut.* Atque hæc ita regulariter obtinent, habent enim exceptiones, v. c. ut aliquando judicio testatoris non stetur ex causis relatis *in l. 3. §. quamvis 3 de admin. tut.* Itemque aliquando satis offerens non audiatur, ex rationibus *in l. 17. §. 1. de testam. tut.*

Idem & in pluribus.] Ait idem esse in pluribus tutoribus datis ex inquisitione; quamvis sane magistratus non temere plures tutores dare debet, quā administrationis ratio exigit; testator autem liberum habet arbitrium, potest autem & ille plures dare, ut tanto melius sit consultum pupillo, cui expedit plures habere obligatos, Justin. autem mox illud quod dixerat, videtur restringere ad unicum istud de electione majoris partis. Verū id tantū exempli gratia positū videtur: ne omnia superiora repetere necesse esset; & rationis est, ut etiam hic invicem se offerendo satisdationē provocare possint. An forte non possunt? quoniam cum

Digitized by Google

magiſtratus eos omnes & ſingulos per inquiſitionem idoneos elegerit non eſt eorum ut à ſe invicem exigant ſatiſdationem : quomodo judicium magiſtratus in dubium vocaretur. Et hæc ratio vera videtur: cum & JCtus in *l. ſi nemo* 19. §. 1. *dd teſtam. tut.* illi claſulæ ſubjectos eſſe dicat ex inquiſitione datos, ut is gerat quem major pars elegit; & porro conſequenter huic, ſi non conveniat, ut prætor partes ſuas interponat ; nam hoc ſub illo per conſequentiam quandam continetur. Quod autē de deſignatione teſtatoris dictum eſt, palam eſt hic non obtinere. Ubi ita unus ex plurib. adminiſtrat, ceteri vocantur honorarij tutores, ad quos in ſubſidium, ſi alter non ſit ſolvendo, aut ſi alias in eo non arguendo ſuſpecto fuerint negligentes, periculum quoque ſpectat, de qua re eſt *l.* 3. §. 2. *de admin. tut. l. quod ſi* 14. §. 1. *de ſolut.* Quomodo alias, ubi inter plures de aliquo non convenit res tranſigatur & expediatur, tractant Interpp. *Ioh. de Plat.* & *Ang.* hic, qui etiam in genere tractant, an & quomodo ſtetur ei quod major pars facit aut decernit, de quo etiam Porcius *hic in fin.*

TEXTVS.

3. Sciendum autem eſt non ſolum tutores vel curatores pupillis vel adultis ceteriſque perſonis ex adminiſtratione rerum teneri, ſed etiam in eos, qui ſatiſdationē accipiunt ſubſidiariam actionem eſſe, quæ ultimum eis præſidium poſſit afferre. Subſidiaria autem actio in eos datur, qui aut omnino à tutoribus vel curatoribus ſatiſdari non curaverunt, aut non idonee paſſi ſunt caveri. Quæ quidem tam ex prudentum reſponſis, quam ex conſtitutionibus Imperialibus etiam in heredes eorum extenditur. Quibus conſtitutionibus & illud exprimitur, ut niſi caveant tutores & curatores, pignoribus captis coerceantur.

COMMENTARIVS.

1 *Subſidiaria actio non ſit extremum præſidium.*
2 *Quid ſit coercere capiis pignoribus.*

PAtris judicio in dandis tutoribus res tota committitur : itaque non habet hic pupillus alios quos conveniat ob non recte adminiſtrata negotia, quam ipſos tutores. Idem in iis qui ſunt dati ex inquiſitione ut idonei. At in legitimis, & his qui dantur à minoribus magiſtratibus quoniam illæ rationes ceſſant, ut proſpectum eſſet pupillo, conſtitutum eſt : ut exigeretur ſatiſdatio, & ſcil. cautio fidejuſſoria ; ut ſi non ſufficerent tutores, in fidejuſſores eſſet actio. Et igitur hoc pertinet ad officium magiſtratuum minorem, ut cautionem exigant fidejuſſorum à tutoribus, & eum ſcil. idoneum pro modo facultatum pupilli, per *l. vlt. C. de magiſtrat. con.* Quod ſi non faciant, & ſcil. aut omnino non, aut non idoneam exigant ſatiſdationem, tenentur ipſi pupillis actione propria, quæ à re ipſa ſubſidiaria eademque utilis *l.* 1. *C. de magiſtr. conven.* dicitur ; quia datur in ſubſidium, aliis remediis deficientibus, cum nec à tutoribus nec à fidejuſſoribus pupillus, quod ſibi debetur, poteſt conſequi. Itaque à Juſtiniano hic ultimum appellatur præſidium, quod illis ſcilicet datur, poſt conventos tutores ſimul & fidejuſſores, Ita in *l. Lucius* 46. §. *pen. in fin. de admin. tut.* non poſſe agere pupillum contra magiſtratus, niſi omnes tutores ſint recuſſi, & inſuper fidejuſſores *l.* 4. *C. de magiſtrat. conven.* Cui 1 tamen † ſententiæ contradicit *l.* 1. §. *uſque adeo* 15. *de tut. & rat. diſtr.* ubi Ulp. ait, prius magiſtratus eſſe conveniendos quam eatur ad collegas contutores. Ne multis morer, ita oportet diſtingui : quod aut contutori aliquid poteſt imputari circa adminiſtrationem collegæ, aut nihil ei poteſt imputari. Imputari duo poſſunt & imputantur contutori, ſi cum ſciret cautum non eſſe, non hoc poſtulavit & exegit, ut cautio præſtaretur *de lib.* 1. §. 15. *in fin. l etiam* 14. *de admin. tut. l.* 2. *in fin. de magiſtr. conven.* Deinde (idque magis perſpicuum eſt) ſi contutorem male adminiſtrantem non facit ſuſpectum *dd. textibus l.* 1. §. 2. *de admin. tut. & paſſim alibi.* Hoc ſi acciderit, & alterutrum horum non fecerit, ipſe conveniebatur ante magiſtratum. Si autem & caverit tutor, & nihil tale fecerit, ex quo ſuſpectus argui poſſit, ſi poſt pro parte ſatisfacere non poſſit, prius itur ad magiſtratum, optima ratione ; quoniam hic intelligitur culpa hujus, & tutorem ſive fidejuſſorem non idoneum fuiſſe ; idque probatur *ex d. l.* 2. *iunct. l ſeq. de Magiſtr. conven.* Ubi contutori qui pro collega ſolvit, datur regreſſus contra magiſtratum, ſi ei neutrum ex illis duobus imputari poſſit. Et hæc nimirum diſtinctio eſt in *d. l.* 1 §. *uſque* 15. *de tut. & rat. diſtrah.* ubi Ulp. ait, quod placuit

auit & reſcriptum eſt, Quamdiu unus ex tutoribus idoneus eſt, non poſſe ad magiſtratum veniri, ſic accipiendum eſſe, ſi contutor ob hoc conveniatur, quod ſuſpectum facere vel ſatis exigere noluit; hæc enim certa illius loci ſententia eſt, eaque expeditior & magis perſpicua, ſi ita ut dixi legatur, *ſi contutor*, ſublata negatione, (vulgo enim legitur, *ſi non contutor*, quam etiam ſuſpectam habet ipſe Acc. & notat varietatem lectionis: & potuit affinitas duarum ſyllabarum NON & CON, erroris cauſam præbuiſſe. Hæc neceſſario hic tractanda & explicanda fuerunt, ne quis nimis præciſe acciperet, quod hic Juſtinian. actionem iſtam ultimum præſidium appellat.

Ceteris que perſonis.] Scilicet ſurdis, mutis, furioſis; prodigis, &c. de quibus actum *tit. præced.*

Ex adminiſtratione rerum,] Hæc eſt cauſa actionis, quæ contra tutores vel curatores datur, qua conveniuntur, ut adminiſtrationis reddant rationem. §. *ult. ſup. de Attil. tut. l. rationes* 14. *C. de admin. tut.* In quam actionem venit, quod committendo vel omittendo peccatum eſt *l. pro officio* 20. *C. de admin. tut.* quæ ſigillatim proponuntur. *t. t. de tut. & tut. diſtr. D. & C. de admin. tut.*

Quid aut omnino.] Hactenus ſcilicet verum eſt, nihil intereſſe an omnino non, an non idonee ſit cautum *l. quoties* 6. *qui facind. cogs*

Quæquidem.] Videtur Edicto prætoris actio hæc utilis propoſita in magiſtratus, & quidem hos ſolos; quæ poſtea Interpretatione prudentum & reſcriptis ſive decretis principum in heredes producta ſit, arg. huius loci, & facit *l. quod ad* 6. *de magiſt. convem.* Quod ſuaſit favor pupillorum: ceteroquin videtur iſtud eſſe quædam delicti ſpecies; actiones autem ex delictis non dantur in heredes. Idque fortaſſis fecit, ut ſpeciale hæc actio haberet: quod cum actiones quæ natura ſua in heredes dantur, eodem modo & iisdem caſibus in eos competant: iſta actio tum demum dantur in heredes ubi lata culpa & dolo magiſtratus peccavit: in ipſos vero magiſtratus, ſi etiam levi culpa peccaverunt *d. non ſimiliter* 4. *& l.* 6. *de magiſtr. convem. l.* 2. *C. eod.* Et hoc non ex mera ratione juris, ſed ex miſeratione pupilli, qui dolo magiſtratus læſus fuit, ut damnum hoc omnimodo ei reſarciatur: ceteroquin quod defunctus in dolo fuit, non facit, ut tanto magis teneatur heres imo ut tanto minus: cum actiones ex delicto non dentur in heredes de quo *infr. de perpet. & temp. act.* & ſumtus fuit hic color, quaſi magiſtratus dum dolo aut lata culpa peccavit, hactenus eſſet loco fideiuſſoris, cuius etiam heredes tenentur: ſed color tantum, alias nihil impediiſſet, quo minus etiam ob magiſtratus levem culpam heredes tenerentur. Sed ut dixi, reſpexerunt favorem pupilli, & noluerunt præter communem rationem juris nimis producere hanc actionem.

Quibus conſtitutionibus.] De compulſione iſta diximus, & *ſup. ad §. Sed ex his in fin. Attil. tut.* Id juris ordinarii eſt, ut quod quemque facere oportet, id ſi non faciat, legitimis remediis facere compellatur. Duo ſunt quæ facere debet tutor principaliter, ſatisdare, & adminiſtrationem ſuſcipere. Modi cogendi ſunt, multæ dictio, & pignorum capio, *h. loco*, ſed quid ſi ne ſic quidem faciat? Tunc iſta loco pœnæ erunt; præciſe enim ut faciat cogi non poteſt: & ſupererit, ut ſuſpectus poſtuletur (hoc enim & ante cœptam adminiſtrationem fieri poſſe dicitur titul. ult.) & cum nota removeatur vel abſtinere tutela jubeatur *l. præſes* 3. *C. de ſuſpect. tut.* Porro quid ſit mulctam indicere, nimis quam notum eſt. Forte

2 non æque quid ſit coercere † captis pignoribus. In cauſam judicati pignora capi dicuntur, dum bona per executores capiuntur & diſtrahuntur, ut victori ſatisfiat. ubi debitor non ſolvit. Hoc modo pignora capi ſi hic accipias, concurret cum dictione multæ, imo nihil erit aliud quam executio & exactio multæ quam magiſtratus indixit: Atquin videmus, multæ dictionem & pignoris capionem, ut diverſa remedia proponi *l. ſacrilegi* 9. *in fin. ad L. Iul. pecul.* & hic pignorum capio tamquam proprius coercitionis modus proponitur: ceteroquin multæ dictionis potius meminiſſet Juſtin. Forte an hoc explicandum ſit ex *Ciceronе lib.* 3. *de oratore. in princ.* ubi de Craſſo & Philippo. Cum inquit, ita, Craſſus, Philippo quaſdam quaſi verborum faces admoviſſet, non tulit ille & graviter exarſit, & pignoribus ablatis, Craſſum inſtituit coercere, Tum Craſſus inter alia. An tu, cum omnem autoritatem univerſi ordinis pro pignore putares, cumque in conſpectu populi Rom. concideres, me his pignoribus exiſtimas poſſe teneri? non tibi illa ſunt cædenda, ſi Craſſum vis coercere, hæc tibi eſt excidenda lingua, &c. Ex quibus verbis intelligimus, eiuſmodi genus coercitionis in uſu fuiſſe, ut res ablatæ in pœnam contumaciæ corrumperentur & concideren-tur; & an forte tamen aliquo tempore retinerentur, ſi contumax mutata ſententia pareret. His modis

multæ

multæ dictiones pignoris capione coercere poterant magistratus majores, municipales non poterant, facit *l. 4. §. 2. de damn. in fi.*

TEXTVS.

4. Neque autem præfectus urbi neque prætor, neque præses provinciæ, neque quisquam alius, cui tutores dandi jus est, tenebitur hac actione: sed hi tantummodo, qui satisdationem exigere solent.

COMMENTARIVS.

DOcet, contra quos magistratus datur illa subsidiaria actio: & de eo quod à majori magistratu non exigant satisdationem, abunde diximus ad §. *sed ex hoc* 15. *sup. de Attil. tut. & ad pr. huius tit.* Unicus hic occurrit scrupulus, quod in genere negat eos teneri hac actione, quibus est ius dandi tutores. Ita enim concluditur ad absurdum. Qui ius habent dandi tutores illi non tenētur hac actione *h. §. & l. §. 2. de magistr. conv.* Atqui magistratus municipales habent jus dandi tutores *l. 1. de tut. & cur. dat.* Ergo non tenebuntur hac actione; quod est falsum perspicue. Rursus hinc concludam hoc modo. Magistratus municipalis hac actione tenetur. Atquin hic magistratus habet jus dandi tutores. Ergo quidam habent jus dandi tutores tenebitur hac actione. Quod est contra istum §. Fallacia ambiguitatis est in verbis, *Ius dandi tutores habent*, quo modo loquendi hic strictius utitur Justin. cum JCto *in l. 1. §. 1. de magistr. conv.* significans tale ius, quod est plenum & liberum, cum nullo concurrens, & non suspensum arbitrio superioris; atquin magistratus municipales dicuntur illi quidem habere ius dandi tutores *d. l. 3. de tut. & cur. dat.* sed ita ut hac in re jussum & monitionem superioris expectare teneantur, ut explicavimus *sup. de Attil. tut. d §. sed hoc.* Postquam tamen hoc ius auxit Justin. magistratibus municipalibus, *d. tit. in §. sed nostra*, ut etiam citra monitionem aliquam præsidis suo jure possint dare tutores pupillis, intra certum modum, difficilius est iis negare simpliciter ius dandi tutores; nisi ut in magis excellentiori gradu accipias hoc ius, posse scilicet dare tutores indistincte & pupillis omnibus.

AD TITVLVM XXV.

LIBRI PRIMI INstitutionum.

DE EXCVSATIONIBVS TVTORVM vel curatorum.

TEXTVS.

Excusantur autem tutores & curatores variis ex causis, plerumque tamen propter liberos, sive in potestate sint, sive emancipati. Si enim tres liberos superstites Romæ quis habeat, vel in Italia quatuor, vel in provinciis quinque, à tutela vel cura potest excusari, exemplo ceterorum munerum: nam & tutelam & curam placuit munus publicum esse. Sed adoptivi liberi non prosunt, in adoptionem autem dati naturali patri prosunt: Item nepotes ex filio locum prosunt, ut in locum patris sui succedant: ex filia non prosunt. Filii autem superstites tantum ad tutelæ vel curæ muneris excusationem prosunt, defuncti autem nō prosunt. Sed si in bello amissi sunt, quæsitum est, an prosint. Et constat eos solos prodesse, qui in acie amittuntur, hi enim qui pro Repub. ceciderunt, in perpetuum per gloriam vivere intelliguntur.

COMMENTARIVS.

1 *Præmia patrum ob liberos.*
2 *Munera civilia.*
3 *Tutela quale munus.*

ROmani hoc unice egerūt, ut copiosam Remp. & plurimos cives haberent, ut prole continuo & perpetuo succrescente non deessent ad bellū milites. Itaq; variis præmiis maritos & patres honorarunt, † contra cœlibes & orbes pœnis quibus-

dam

Digitized by Google

dam coercuerunt; in quam rem præcipue latæ LL. Julia de maritandis ordinibus, itemque Papia Poppæa; de quibus hic agere & exſequi iſta prolixius non eſt inſtituti noſtri, videantur præ aliis *Vertran. Maurus, lib. ſingul. de iur. libr. & Lipſ. ad 3. annal. Tac. non multo poſt princip.* ubi de Lege Papia Poppæa. Unum genus præmiorum fuit, immunitas à publicis oneroſis functionibus, muneribus civilibus pro numero liberorum, *l. 1. & 2. de vacat. mun. l. 3. §. quamvis 6. de mun. & hon. l. ſemper 5. §. 2. de iur. immun.* horum enim exemplo receptum teſtatur expreſſe hoc loco Juſtinianus ut hæc cauſa etiam à tutela, vel cura præſtaret immunitatem. Nec hoc Romanis proprium fuit. Scribit *Ariſtot. 2. politic. 6.* Legem eſſe Spartanis τὸν γενόμενον τρῶν υἱῶν, ἄφρουρον εἶναι, τὸν δὲ τεττάρων, ἀτελῆ πάντων; quamvis *Ælian. 9. Var. hiſtor. capit. 6.* ſcribat, apud Spartanos eum qui quinque liberos genuerit Reipublicæ πασῶν τῶν λειτουργιῶν ἀφεῖσθαι. Ad hoc exemplum liberi apud Romanos vocationem præſtiterunt, & quidem à tutela juxta hunc textum liberi, tres, quatuor, quinque, reſpective, ut cives urbis Romæ, cæteris Italicis, hi provincialibus præferrentur & potiori jure eſſent *l. 1. Cod. quinquenn. libr.* Licet enim omnes etiam provinciales cives Rom facti ſint, tamen non ob id omnis differentia ſublata eſt, ut patet ex § *per traditionem infr. donat. divis. in princ. infr. de uſucap.* Sed & quo ad civitatem Rom plurimum quoad varia jura inter incolentes urbem Romam, & ceteros intererat, neque enim omnes æquo & optimo jure cives Romani erant.

Exemplo ceterorum munerum.] Munera hic civilia à ſu nuntur † in ſpecie, pro talibus functionibus, quæ publicum commodum reſpiciunt, & una cum ſumptu & operam perſonæ requirunt, & ſine dignitate geruntur, quomodo diſtinguuntur, ab honoribus *in l. honor. 14. de muner. & honor. fac. l. honorem 10. eod.* & quorum exempla videntur eſſe quæ referuntur in *l. maximarum 12. Cod. de excuſ. mun. lib. 10.* & eodem ſenſu honores & munera civilia opponuntur in *l. 2. §. 1. de vocat. muner.* Et ab huiuſmodi muneribus civilibus oneroſis & ſine dignitate, & quæ videntur quaſi ſordida vocari in *l. ſordidorum 13. Cod. de excuſat. muner.* excuſat hic numerus liberorum. Et licet tutela non ſit forte ſordidum munus, tamen eſt pure oneroſum & ſine dignitate, ſecundum hæc quod dicitur in *l. 1 in fin. de vacat. mun.* accipiendum eſt de provincialibus; ſententia enim JCti eſt, quod duæ imperfectæ cauſæ, licet concurrentes non pariant excuſationem: Itidem ex his *l. 1. Cod. de his qui numer. liber.* aut de oneribus patrimonialibus accipienda eſt, aut pro *oneribus* legendum eſt *honoribus*: ab his enim numerum liberorum non excuſare docet *Vlpian. d. l. 2. §. de vac. muner.* Numerus nimirum ordinarius ille trium, quatuor, quinque liberorum, qui à muneribus civilibus excuſat; Ceteroquin numerus major, & nimirum 16. liberorum ab omnibus & muneribus & honoribus liberat; quomodo omnino & verbum, *munerum*, latius accipiendum eſt in *l. ſemper 5. §. 2. de iur. immun.* neque enim omiſiſſet JCtus, ſi poſt Pertinacem, *cuius in d. §.* mentio, Severus aliquid novi conſtituiſſet, ut quidam factum putant per *l. 1. Cod. qui num. lib.* Julianus Imp. poſt pro XVI ſufficere putavit XIII. *l. qui pater 55. Cod. Th. de decurionib.* Quod rurſus Tribonianus mutavit in XII. quamvis ea conſtitutione relata in *l. ſi quum 24. Cod. de decurionibus* licet Cuiac putet, *in dict. leg. 55. pro* XIII. Legendum XVI. Sed nihil abſurdi eſt, ſi Juliano ſufficiens viſus fuit numerus XIII liberorum. Nimis forte evagamur. Redeamus ad tertium.

Nam & tutelam placuit.] Ipſum verbum, *placuit*, arguit, tutelam † & curam non eſſe proprie civilia & publica munera: Ceteroquin ipſa rei & muneris qualitas, facit ut munus ſit civile & publicum, nec à diſpoſitione hominum pendet, & definitio munerum civilium publicorum in *l. 14. de muner. & honoribus* non convenit tutelæ: quippe munera publica concernunt commodum & adminiſtrationem Reipub. quo (niſi per conſequentiam & improprie loquendo) non pertinet tutela *l. 2. §. pen. ad municip.* itaque negatur eſſe Reipub. munus *l. ſi duas 6. al. l. Athleta §. tutela 15. de excuſ. tut.* Quo eodem tamen loco dicitur munus civile, & conſequenter etiam publicum, (quoniam omne munus civile publicum eſt:) non quod revera civile & publicum ſit, ſed quia ſecundum quid pro tali habetur: unde hic dicitur, *exemplo ceterorum munerum*, & in *l. 1. inf. C. quod cum eo qui in al. por* tutela exemplo ceterorum civilium munerum introducta eſt; cujus rei effectus ibidem proponitur, ut pater pro filio teneatur; Et ideo nihil neceſſe eſt, ut cum *Cui. hic d. §. tutel.* ſpurium eſſe dicamus. Et publice intereſſe intelligitur, ut huic ætati proſpiciatur: idque ad curam publicam pertinere teſtatus eſt Severus, *l. 2. §. divus qui pet. tut.* ex quo etiam (quod in privatis ſecus eſt) tutores ad munus iſtud ſuſcipiendum compelluntur juxta not.

Digitized by Google

ta not. *ad §. ult. tit. præced.* ex quo etiam diſerte ſub muneribus civilibus continetur tutela *l. ult. §. 1. de muner. & honoribus.* & imo favorabilius eſt hoc munus, quam cetera munera, nam conceſſa ſimpliciter immunitate & vacatione à muneribus civilibus immunitas à tutela non continetur, ſed ſpecialiter id conceſſum, aut pleniſſimam immunitatem datam eſſe oportet, ut quis etiam immunis ſit à tutela, ut docent textus in *l. Spadonem* 15. §. *qui accipit.* 12. *l. non tantum* 17. §. 1. & §. *non omnia* 3. & *l. geometra* 22. *in princ. de excuſ. tut.* Sed de his ſatis. Jam videamus diſtinctim, cum Juſtiniano, quinâ liberi ad excuſationem proſint & propoſitio prima eſt. Quod etiam proſint emancipati, *l. 1. §. 5. de vacat. mun.* Ex quo patet cauſam huius excuſationis, non tam petendam eſſe à cura, & educatione, quam à privilegio *ex munificentia*, idemque magis inde probatur, quod mox ſubjicitur, eaque ſecunda propoſitio eſt prodeſſe liberos naturales, etiam quos quis in adoptionem alii dedit, utcunque ex familia eius ſunt egreſſi; hoc enim ſolum hic conſideratur, quod quis plures cives Reipub. dedit. Ex quo conſequitur propoſitio tertia, Adoptivos non prodeſſe, quod generaliter traditum eſt *l. 2. §. 2. de vacat. mun.* Nec in duobus prodeſſe idem debet; nec æquum eſt, ut per commentum adoptionis quomodo appellatur in *l. fideicommiſſum* 66. *de condit. & demonſtr.* quis præmia patrum conſequatur: & meminit *Tacitus l. 15. annal.* SCti facti contra eos, qui adoptionibus præmia patrum captabant. Itaque nec ſi quis adoptatus ſit ab avo aut proavo, juxta novam conſtitutionem Juſtiniani, proderit adoptivo patri. Addo pro propoſitione quarta. Nec liberos naturales ex concubina, aut quavis alia conjunctione non legitima ſuſceptos prodeſſe: Licet enim hi cives ſint, tamen lex iis tantum præmia data voluit, qui ex juſtis nuptiis liberos procreaſſent, quoniam & hi ſoli id principaliter agunt, ut cives generent Reip. cauſa; unde vetus teſtatio, liberorum quærendorum cauſa uxores duci, idque ſatis perſpicue ſcriptum eſt, in *l. 2. §. legitimos 1. h. t.* Quinta propoſitio: Nepotes quoque ex filio proſunt. Sed quid ſi pater emancipaverit filium, nepotibus in poteſtate retentis, an hi proderunt? Non exiſtimo; tum quoniam hi proſunt patri ſuo naturali; tum quia etiam emancipati proſint; ut autem & filius ſimul & ex eo nati proſunt, non convenit; & quod patre demum mortuo proſint avo nepotes, ſcribit *Modeſt. in l. 2. §. non ſolum 7. h. t.* idque innuit Juſtin. hoc loco dum ait prodeſſe, ut in locum ſuccedant patris, qui ſcilic. amplius non prodeſt, emancipatus autem adhuc prodeſt. Et conſequenter quia proſunt; qua ſuccedentes in locum patris, plures nepotes, pro uno tantum capite hac in re computabuntur *d. l. 2. §. 7. innct. l. 3. C. de his qui num. lib.* Sexta propoſitio; Liberi & nepotes ex filia non proſunt, *l. textu*, quoniam proſunt patri ſuo vel avo in cuius familia ſunt licet alibi appellatione liberorum etiam nepotes ex filia contineantur *l. 1. Codic. de condit. inſ. l. ult pollicit.* Septima propoſitio. Et filiæ quoque proſunt. Licet enim filiæ non pugnent, nec muneribus aliis civilibus fungantur, attamen his qui talia faciunt nubunt, & civitatem liberis replent: & probatur hæc propoſitio quoque per *l. ult. Cod. de his qui num. lib.* Octava denique propoſitio. Liberi ſuperſtites proſunt *h. textu*, incolumes *l. 25. §. 5. de vacat. mun.* viventes *l. 2. §. 4. h. t.* & qui Reip. utiles eſſe poſſunt: ideoque qui in utero ſunt (cum & hic de commodo eorum non agatur) non proſunt *d. l. 2. §. 4.* Non etiam proſunt mortui, adeo nec qui pro mortuis habentur, ut puta deportati aut ſervi facti pœnæ, quamvis contrarium putet *Marcus cap. 44. de iur. lib.* An proſunt qui religionem ingreſſi ſunt? Magis affirmant Dd. neque nocere debet hoc patri quod nec impedire potuit, & ut maxime potuiſſet, qui filium Deo conſecravit, privilegium hoc amittere non debet. In bello tamen amiſſi proſunt *l. ult. de vacat. mun.* quod explicat Ulpianus *in l. bello 18. de excuſat.* ut tantum intelligantur amiſſi in acie quod & Juſtin. hic probat, quia pro patria cecidiſſent, quibus apud Græcos quoque publice honores habitos apparet ex *Thucyd. lib 2.* Itaque qui in obſidione ceciderunt, non proſunt *d. l. 18* forte quia defenſionis propriæ cauſa pugnare intelliguntur. At quid ſi miles & civis Romanus præſidio impoſitus, obſidente urbem hoſte, in eruptione aut irruente & irrumpente hoſte fortiter pugnans occumbat, cui non hic utique in acie periiſſe judicabitur? Ita ſane videtur: licet verba Ulp. id vix admittant. Sed quid eſt in *d. l. 18. cuiuscunque ſexus vel ætatis*, an impuberes aut fœminæ in acie ſtant & pugnant? Id utique falſum eſt. Itaque illa verba aut ſpuria dixerim, aut trajectione facta ad quæſtionem referenda, non ad deciſionem, & ita legendum. *In obſidione forte cuiuscunq; ſexus vel ætatis ſint? Melius igitur probabitur, &c.* Quid ſi vulnerati in acie poſt moriantur? An proderunt? Utique ſi ex eo vulnere moriantur: quod ratio ſumma ſuadet, & probant communius Dd. licet inepte diſſentiat

Digitized by Google

fiat *Porcius* & ex inepta ratione, quod duplex fictio non poſſit concurrere. Illud denique addendum, ſpectari hic textus, quo de excuſatione tractatur: ut videl. non proſit, ante tres vel 4. habuiſſe liberos, nec noceat poſtea aliquos mortuos; ut tutelam ante delatam recipere teneatur, *l.* 2. *§.* 4. *h.t.*

TEXTVS.

2. Item D. Marcus in Semeſtribus reſcripſit: eum qui res fiſci adminiſtrat, à tutela vel cura, quamdiu adminiſtrat, excuſari poſſe. Item qui Reipublicæ cauſa abſunt, à tutela vel cura excuſantur. Sed & ſi fuerint tutores vel curatores dati, deinde Reip. cauſa abeſſe ceperint, à tutela vel cura excuſantur, quatenus Reip. cauſa abſunt, & interea curator loco eorum datur: qui ſi reverſi fuerint, recipiunt onus tutelæ: nam nec anni vacationem habent, ut Papinianus libro quinto reſponſorum ſcripſit: nam hoc ſpaciũ habeat ad novas tutelas vocati. Et qui aliquam habent poteſtatem, ſe excuſare poſſunt, ut D. Marcus reſcripſit: ſed ſuſceptam tutelam deſerere non poſſunt.

COMMENTARIVS.

1 *Capita cauſarum excuſationis.*
2 *Poteſtatis & Imperij verba.*
3 *Magiſtratus municipales an immunes.*

1 CAuſæ excuſationem † in univerſum diſtinguí poſſunt: quod vel ſunt à privilegio, vel ab aliqua inhabilitate adminiſtrandi tutelam delatam; quæ inhabilitas vel eſt abſoluta ut in púpillo, minore vel ab aliis cauſis ſpecialibus dependet: quæ faciunt, ut credatur quis tutelam recte, aut ex fide non adminiſtraturus: idque fere dupliciter, tum ob odium erga pupillum: tum ob alias occupationes: quæ occupationes vel conſiderantur ſolæ ut ſi quis tres habeat tutelas: vel concurrunt cũ privilegio, v. c. quod ob liberos, dignitatem, aut profeſſionem & magiſtratum, legationem, &c quę omnia ſimul habent occupationes ſuas, conceſſum eſt. Rurſus quædam cauſæ liberant tantum à tutela ſuſcipienda, quædam faciunt, ut & jam onus jam ſuſceptum deponatur: & pro ut illa cauſa eſt vel in perpetuum ut novus plane tutor detur, vel ad tempus, dum impedimentum durat, ita ut interim magis detur curator: de quo diximus *ad §. pen. ſup. de curatoribus.*

In Semeſtribus.] Suet. de Auguſto ſcribit *cap.* 35. Inſtituit ſibi conſilia ſortiri Semeſtria, cum quibus de negotiis ad frequentem Senatum referendis, ante tractaret. De eodem *Dio. li.* 35. εἰς τὸ αὐτὸ τοῦ βουλευτηρίου πλήθους, πεντακοσίους καὶ τοὺς κλήρῳ λαχόντας συμβούλους ἐς ἑξάμηνον προελόμενος. Tale quid, aut ſimile machinatus videtur Marcus, & ex hujuſmodi conſiliis hoc quoque conſtituiſſe quod hic proponitur, ut qui fiſci res adminiſtraret, officio durante haberet vacationem à tutelis. Et horum Semeſtrium Marci eodem ſenſu mentio eſt in *l. poſtum. 46. de pactis*, & citra mentionem Marci ſimpliciter, in *l. ei qui 12. de adq. hared.*

Qui res fiſci.] Idem in eo qui res principis adminiſtrat. *l. adminiſtr. 41. h.t.* ſcilicet privatas quas à rebus fiſcalibus ſeparatas, in ſpecie privatas principis fuiſſe notum eſt, de quo aliquid in *§. ult. inſ. de uſucap.* Huc etiam referri poſſunt exactores tributorum *l. exactores 10 C. h.t.*

Qui Reipub. cauſa.] Duplex beneficium præ aliis, qui ob officium & magiſtratum excuſantur, iſti habent, 1. ut etiam jam ſuſceptam tutelam interim ponant, quoniam abeſſe coguntur. Illi vero non deponant *verſ. ſeq.* 2. Ut reverſi à novis tutelis habeant vacationem anni: quam rurſus illi non habent: ut apparet ex *verſ. præced.* ubi Juſtin. ait adminiſtratorem fiſci excuſari QVAMDIV adminiſtrat. Itaque cum pingue ſatis ſit privilegium abſentium Reip cauſa ambigo an recte Weſemb. hic tamquam rem liquidam, iſtud pariter de iis qui municipii & cujuſvis alterius civitatis cauſa abſunt, accipiat, cum imo Modeſtinus, in *l. non ſolum 10. in pr. h. t.* ad Rempub. Rom. id non obſcure referre videatur: utique quod eſt de vacatione anni: nam minus illud ut dum abeſt, interim alius pupilli negotia curet, ipſiſſima ratio ſuadet. Et non procedit argumentum, ex *tit. reſtitutione maiorum*: ibi enim eadem ratio eſt, ut abſentibus cujuſcunque Reip. cauſa reſtitutio concedatur: & tamen ad hoc reſcripto Impp. opus fuiſſe, docet *l. legatis 8. Ex quib. cauſ. major.*

Interea curator datur.] De hoc ſup. diximus *ad §. pen. de curatorib.*

Et qui poteſtatem.] Nullus magiſtratus poteſt eſſe, 2 ſine poteſtate † & imperio, & ex fundamẽtis po-

Digitized by Goog

liticis contradictio eſſet in adjecto, magiſtratus ſine imperio & poteſtate; *& Ariſtot. 4 polit. 15.* magiſtratum definit & æſtimat *ἐν τῷ ἐπιτάττειν καὶ*. Sed verba non raro extra propriam ſuam ſignificationem trahuntur, & cum latius pateant, ex uſu reſtringuntur, quomodo præſertim verbum *Imperii* Romanis fere uſurpatum fuit ſtrictius; pro Imperio militari, quod majores magiſtratus ituri ad bellum Lege curiata accipiebant, ut late contra *Gruchium* diſputat *Sigonius l. 3. de iure antiq. provinc. inf.* Sed jure noſtro imperium ita ſtricte non uſurpatur, ſed in materia juriſdictionis poteſtate gladij, & alterius gravioris coercitionis, itemque poteſtate exequendi etiam in cauſis civilibus, & aliis quæ pertinent ad magiſtratus majores, ut in *l. volt. de offi. eius l. 3. & 4. de iurisdict. l. ea qua 26. ad municip.* Quo ſenſu minores magiſtratus dicuntur eſſe ſine imperio & poteſtate *l. nec magiſtr. 32. in f. de iniur.* aut an forte poteſtatis verbum etiam ad inſignia magiſtratuum pertinet, faſces ſcil. ſecures & lictores, quæ habebant tantum majores magiſtratus, quomodo id hic interpretatur Hottom. Sed videri poſſint etiam magiſtratus in colonijs & municipiis faſces habuiſſe, per *l. duumvirum 53. de decur. lib. 10* niſi quis ibi per metaphoram poteſtatem faſcium pro jurisdictione dictam putet. Et tamen ut non faſces, ſicut Romæ, attamen aliquid loco faſcium & bacillos prælatos fuiſſe magiſtratibus municipalibus, docemur ex *Orat. Cicer. agraria 2. in Rullum paulo ante fin.* ubi agit de ſuperbia novæ coloniæ, Capuam deductæ. Cum inquit, in ceteris coloniis, duumviri appellentur, hi ſe prætores appellari volebant: deinde anteibant lictores, non cum bacillis, ſed ut hic prætoribus anteeunt, cum faſcibus duobus. Et ergo duumviri habuerunt lictores. Id ſub principibus poſt forte mutatum: ſiquidem ſcribit *Tacit. 2. annal.* de Germanico. Hinc ventum Athenas, fœderique ſociæ & veruſtæ urbis datur, ut uno lictore uteretur. Sed quidquid ejus ſit, poteſtatis verbum in excellentiori ſignificatu hic ſumi apparet inde, quod magiſtratus ædilitatis à tutela non excuſat *l. non tantum 17 § ii qui 4. h. t.* De magiſtratibus municipalibus qui utiq; † poteſtatem præcipuam ibi habent quæritur, an ſint excuſati à tutela: qua in re textus juris invicem pugnare videntur. Affirmatur hoc in *l. ſi duas 6. § remittuntur 16. h. t.* ubi Græcus Modeſtin. *ἀφίενται ἐν τῇ τῶν τὰ πρωτεῖα ἐχόντων τάξει τε καὶ τιμῇ*: per quos intelligi municipales, ſupra diximus ad § *preterea 6. t. 12* ſive generalius quamcunque civitatem, hoc enim nomen generalius eſt quam municipii. Negare contra videntur textus in *l. Spadonem 15. § ſi civitatis 9. l. propter 2. h. t. l. 3. Qui pet. tut. l. ubi 19. §. 1. de tut. & cur. dat.* Ut paucis agam, affirmans ſententia vera eſt: licet enim iſti ſint magiſtratus minores, ſi conferantur cum Romanis, tamen in municipio ſupremam poteſtatem habent: eoque à tutela pupillorum ejus municipii eos excuſari æquum eſt. Ad textus contrarios reſpondeo, & ad *l. 85. §. 9. h. t.* ibi agi de tutela ei delata, qui jam magiſtratu abierat, & qui non ab officio magiſtratus, ſed hinc excuſationem mutuabatur, quod & duas tutelas haberet, & ipſe adhuc magiſtratus tutores dederat, hujus tertiæ tutelæ periculum ſuſtinebat, juxta §. *ſciendum tutul. præc.* hoc nimirum ad excuſationem non prodeſſe, nec periculum illud, quod in ſubſidium convenire poteſt magiſtratus in numero trium tutelarum computari reſpondet ibi JCtus. Ad *l. 1. Qui pet. tut. & l. 19. de tut. & cur.* una reſponſio eſt: Hanc eſſe ibi rationem dubitandi, quod ob defectum juriſdictionis non videbatur valida datio; cujus contrarium reſpondetur, & quod poſſit dari tutor: quod autem etiam protinus, dum adhuc magiſtratum gerit, tutor eſſe cogatur, illis locis non probatur. Denique in ſpecie *d. l. 23. h. t.* ne dum eſt magiſtratus municipalis: & ibi Romæ à magiſtratu majori tutor conſtitutus fuiſſe videtur. Et poterit tamen procul dubio præſes aliquando ex cauſa, inopia aliorum ipſum duumvirum tutorem conſtituere. Unum ſupereſt in textu noſtro. Ait

Suſceptam deſerere non poſſunt.] Et igitur ſi quis jam tutor, fiat prætor vel conſul, nihilominus manet tutor: nimirum ſi Romæ moretur: ſi enim ipſi in provinciam eundum ſit, ſpeciali & alia ratione, de qua ante, deponit tutelam. Scrupulum tamen hic movet, quod dicitur in *l. Spadonem 15. §. ſi quis 3. h. t.* ſi quis cum tutor eſſet non ſenatoris vel aliter non in dignitate poſiti, fiat Senator, eum continuo abſolvi à tutela: & quanto magis igitur ſi quis conſul aut prætor fiat, à tutela liberandus erit. Reſpondere debet, aliud eſſe accedere alicui dignitatem & magiſtratum, aliud mutari plane ordinem. Notavimus ſupra tres ordines fuiſſe Romæ, Senatorium, equeſtrem & plebeium. Si quis Senatorii ordinis cum eſſet tutor filii ſenatoris, conſul vel prætor creatus fuerit, tutelam non deponit. Sed ſi plebeius vel ex equitum ordine tutelam gerens ejuſdem ordinis pupilli, in Senatorium ordinem fuerit adoptatus, liberatur tutela *d. l. 15. §. 3. h. t.* Ex quo etiam eſt, quod ingenuus libertino tutor dari non poterat

poterat *l. cum ex 44. in pr. eod.* Sed obſtare huic reſponſioni, & pugnare ſecum ipſe videtur JCtus in *d. l. 17. verſ. ſin § ſtatim antecedente*, ubi ait ſenatorem eſſe tutorem & eorum qui inferioris ſunt ordinis quam ſenatorum. Et poſſit forte dari differentiæ ratio, quod jam Senator datur ex certa ſcientia, & cum fiat tutor, videbitur quaſi renuntiare ſuo juri. Sed enim ut vulgo legitur iſte locus, ita datur jure tutor inferiori, ut excuſare ſe non poſſit: libertino autem ſi detur ingenuus excuſare ſe poteſt, quod ſi non faciat merito manebit tutor *l. pupillo 27. de tut. & curat dat.* Quod ſi igitur Senator cogitur eſſe tutor inferioris, qui fiet, ut inferioris factus Senator deponat tutelam, cum res non veniat in ſtatum à quo incipere non poteſt, vitioſa interpretatio modum hunc nectit. Græcus textus habet, ita, quod Senator poſſit dari liberis ſenatorũ inferioris ordinis, ita ut diſerte ſenatores cum ſenatoribus conferantur, *σύγκλητος παῖς ὑποτέσσεται ἢ τῶν καπιδικίων μίσις συγκλητικῶν*. Ex ſenatoribus qui magiſtratus geſſerunt ſuperioris, qui non vel qui minores, inferioris ordinis dici poſſunt. *Livius lib. 29. inf.* Notari ſeptem (Senatores) nemo tamen qui ſella curuli ſediſſet, id eſt, qui ſuperiores magiſtratus geſſiſſet. Idem vitium interpretationis parit aliam objectionem ex *l. & qui 22. de tut. & cur. dat.* ubi, ut rectiſſime *A. Aug. lib. ſing. ad Modeſtin. βιβλιοτ.* non ſunt ſenatores Romæ, ſed decuriones in aliis civitatibus, qui ut ſupra not. ad § *noſtra de Attil. tut.* erant loco ſenatorum: & etiam liberis non decurionum poterant dari tutores: neque enim in municipiis ea ordinum quæ Romæ, fuit diſtinctio. Apparet autem ex modo dictis: in ipſo ordine ſenatorum, rurſus diverſos ordines (ſed ſuo ſignificatu) fuiſſe.

TEXTUS.

3. Item propter litem, quam cum pupillo vel adulto tutor vel curator habet, excuſari non poteſt: niſi forte de omnibus bonis vel hereditate controverſia ſit.

Huic §. propter adfinitatem addendi ſunt §. *Item ſi cum 3. ſeqq. h. t.*

Item ſi propter inimicitias aliquem teſtamento tutorem pater dederit, hoc ipſum præſtat ei excuſationem: ſicut per contrarium non excuſantur, qui ſe tutelam adminiſtraturos patri pupillorum promiſerunt. Non eſſe autem admittendam excuſationem ejus, qui hoc ſolo utitur, quod ignotus patri pupillorum ſit, Divi fratres reſcripſerunt. Inimicitiæ quas quis cum patre pupillorum vel adultorum exercuit, ſi capitales fuerunt, nec reconciliatio intervenit, à tutela vel cura ſolent excuſare. Item is qui ſtatus controverſiam à patre pupillorum paſſus eſt, excuſatur à tutela.

COMMENTARIUS.

PAter intelligitur amiciſſimos liberis ſuis dare tutores *l. amiciſſimos 36. h. t.* plurimum enim intereſt, ut cui & pupilli perſona & omnia ejus bona committuntur, bene ſit erga pupillum affectus. Et proinde qui erga pupillum male affectus eſt, hic ad tutelam gerendam exiſtimatur inidoneus, & adeo ad eam admittendus non eſt. Et quamvis hic textibus tantum de excuſando tutore agatur, tamen ad officium magiſtratus pertinere crediderim, ut omnino talem tutorem non admittat: & dicemus infra quoſdam qui tutores eſſe non poſſunt, dici tamen excuſari, verbo paulo minus proprie ſumpto, idque probatur ex *l. ſi pupillum 10. de excuſat.* Adeo eſt hæc ſpecies inhabilitatis, cujus ſupra ad §. 1. meminimus.

Item propter litem.] Quælibet lis & controverſia cum pupillo non præbet excuſationem *l. propter 21. in pr. h. t.* JJ hodie ſecus eſt poſt N. 27. ut notavimus ad § *h. t. ſup. de aut tut.*

Niſi de omnibus bonis vel hereditate.] Non dubitari poteſt quin hæc hodie ſit juſtiſſima excuſationis cauſa: Imo tutor talis omnino admittendus non eſt *d. N. 27.* Intelligo autem hereditatem illam ipſam, quæ à patre qui tutorem dedit, obvenit pupillo: nam ſi præter eam forte ab alio quodam ſit inſtitutus pupillus, quam tutor quoque ſibi vindicet, fortaſſis ex ratione juris veteris non ſimpliciter habebit locum excuſatio, ſed pertinebit ad cognitionem magiſtratus. Atque ita etiam accipio *l. ſi ut 6. C. h. t* eaque interpretatio firmatur ex *l. ſi pupillum 20 h. t.* ubi patruus qui tutor eſſe debet, contendit, ſe inſtitutum, & pupillum à patre eſſe exheredatum. Ait *omnibus bonis*, ut tanto liquidior ſit excuſatio: Idem autem eſt, ſi de majori parte bonorum controverſia ſit *l. propter 21. in pr. h. t.* Sed an non

Digitiz

idem ita caſus erit, controverſiæ de omnibus bonis & de hereditate? Non utiq; , quid ſi enim pupillus exheredatus alia multa bona materna, aut alias adventitia habeat? Sed quid ſi poſt tutelam ſuſceptam producto demum teſtamento tutor controverſiam moveat ? Et non dubitandum , ſi bona fide & jure tutor agat, audiendum eum ut tutelam deponat: quia cum hoc caſu etiam removendus ſit *d. l.* 20. *h. t.* utique poterit , quin debebit ſe excuſare, quod in omnibus ſimilibus caſibus obtinet , quibus quis tutor eſſe non poteſt.

Si propter inimicitias] Inimicitiæ in genere ſumptæ poſſunt diſtingui , quod vel primum ceperint cum pupillo , vel jam olim fuerint cum patre: nam & poſſunt ita diſtingui , quod vel ſint ab odio quodam perſonæ , quæ proprie tales ſunt , vel per conſequentiam ob controverſiam de bonis: de quo jam dictum. Hic de inimicitiis cum patre pupilli. Et de his ita ſcribit Modeſtinus in *l ſi duas* 16. §. *dat remiſſionem* 17, *h. t.* Dant à tutela vacationem capitales inimicitiæ inter eum qui datus eſt, & pupillorum patrem , niſi poſtea tutor datus teſtamento ſit , præterquam ſi poſt teſtamentum capitalis contentio exorta ſit : aut niſi antiquiores quidem inimicitiæ ſint teſtamento , ob hoc autem datus ſit tutor , ut ſubjiciatur & implicetur negotiis & controverſiis. Ita enim Græcus contextus habet. Et eſt hæc ſententia. Excuſari quem ob inimicitias capitales cum patre pupillorum. Limitatio eſt , niſi poſtea tutor datus teſtamento ſit: Nimirum quia pater tutorem quem dat , cum eo in gratiam rediiſſe exiſtimatur. Hoc ſublimitatur : Niſi inimicitiæ ſint exortæ poſt teſtamentum: ſed ne iſta inſubtilis ſit limitatio, cum loquatur & de inimicitiis quæ præceſſerunt : accipiendum hoc eſt pro declaratione : hoc ſenſu, ut non excuſetur tutor ob inimicitias quas cum patre pupillorum geſſit , ſi pater eum poſt teſtamento dederit, ſecus ſi poſt teſtamentum ſint exortæ inimicitiæ aut , quæ altera declaratio eſt , ſi dederit eum ob hoc, ut eum litib. implicaret. Summa in genere hæc eſt. Aut datus eſt tutor à magiſtratu, & omnino excuſatur ob inimicitias capitales. quin hic nec admonendus eſt ſi velit: aut à teſtatore: & hic aut inimicitiæ fuerunt anteriores teſtamento, aut poſteriores: hoc caſu tutor omnimodo excuſatur, imo non admittetur : illo caſu non excuſabitur, quia cenſetur pater inimicitias remiſiſſe; quippe quia non præſumatur hominem inimicum liberis tutorem dare voluiſſe *argum. l. amiciſſimos* 36. *h. t.* niſi ob hoc datus ſit , ut oneribus implicaretur. Et hæc ſunt , quæ traduntur in §. *Item ſi* 9. *infr.* & §. *Inimicitia* 11. *h. t.* qui §. 11. ſimpliciter loquens ita ex Modeſtino limitari & ſuppleri debet: ut ſcil. reconciliatio interveniſſe intelligatur ob hoc ipſum quod patet aliquem bono animo tutorem dedit. Atque ita differunt perſpicue §. 9. & 10. quod ille tractat caſum , quo quis inimicitiarum cauſa tutorem dedit : alter ſimpliciter de inimicitiis exercitis tractat : quamvis ſane §. 11. ſit generalior , & ad alias quoque tutelæ ſpecies pertinet. Et tutor datus hoc allegare , & judex admittere debet præſumitur enim idem odium durare erga liberos , & tali tutelam committi periculoſum eſt : non tamen hinc excludetur cognitio magiſtratus. Hæc ita procedunt, niſi præter inimicitias & odia , ſpecialis injuria & atrox illata ſit ei, qui datus eſt tutor : hic enim dixerim , per textum indefinitum *in* §. *Item is* 12. *h. t.* non tantum ſi à magiſtratu datus ſit , ſed etiam ſi teſtamento poſt injuriam illatam, excuſationi locum eſſe. Ceſſat enim hic ratio ſuperior , quod pater dando tutorem cum eo in gratiam rediiſſe intelligatur: neque enim hoc modo injuriæ illatæ ſatisfieri poteſt. Talis injuria eſt , ſi pater pupillorum controverſiam ſtatus moverit tutori dato , & eum ita in ſervitutem petierit, quæ cauſa capitalis eſt *d.* §. 12. *h. t.* Eadem ratio eſt , ſi eum judicio publico capitalis criminis reum poſtulaverit. Sunt iſtæ quoque ſpecies inimicitiarum capitalium , quoniam in caput alterius petitur: ſed diſtinctio ipſius Juſtin. & ſeparatio §. ſuadetur diſtinguamus ita, eſſe quaſdam inimicitias ita comparatas , ut tamen hujuſmodi ſpeciales atroces injuriæ abſint: ut videlicet aliqui ſententiis animiſque diſſidentes ex propriis quibuſdam cauſis infeſto ſint invicem animo. Inimicitiarum inter Grachum & Scipionem meminit *Livius lib.* 38. & inter M. Livium & Claudium Neronem, l. 18. Iſto ſenſu inimicitiæ capitales videntur dici in *l. filiuſfam.* §. *ult. de procurat.* id eſt, atroces & graves: & in *l ſi. poſt datum* 14. *eod.* Obiter quaſi & occaſione jam dictorum , duo hic inſeruntur 1. quod quis ignotus eſt patri pupillorum, id excuſationem non præſtare *l. Spadonem* 15. §. *qui dixerit* 14. *h. t.* ſi modo ibi domicilium habeat, quod pro limitatione adducit *Accurſ. ex l. ult. h. t.* 2. quod qui promiſit patri, ſe tutelam ſuſcepturum , fidem implere cogatur , licet alias juſtam cauſam excuſandi habeat §. *Item ſi* 9. *verſ. ſicut h. t. l. ſpadonem* 15. *t. h. t.* ſi modo ſit talis perſona , quæ tutelam gerere poſſit , cujuſmodi quæ ſunt excuſationibus ſuis poſſunt non uti : & qui ita fidem ſuam patri obſtringit , pro eo habetur , ac ſi excuſationi renuntiaſſet.

Divi

Divi fratres reſcripſerunt.] Obiter addo hos intelligi non Antoninum Caracallam & Getam Severi filios, qui breviſſimo tempore ſimul imperarunt, ſed M. Antoninum Philoſophum, & Ælium Commodum. Verum, quem ille in conſortium imperii adſumpſit: quorum non uno in loco mentio *l. 1. inpr. de vent. inſpic. l. 5. §. ſi in locis 10. de iure fiſc. l. 2. de teſtam. tut. l. tut. 10. l. his qui 12. §. 1. de tut. & cur. dat. l. congruit 13. inf. de off. præpo. l. de qua 18. de inoff. teſt. l. pauperas 7. de excuſ. tut. l. ſed Divi 7. de rer. diu. l. divi 39. de relig. l. 6. §. ult. l. 6. §. 1. de rer. diu.* & nominib. expreſſis in *l. divi. 24. de tut. & cur. dat. & in l. ſi duas 6. al. l. athlera §. pen. de exc. tut.* (Ita enim ibi legendum *Marcus & Verus*, ut in Græco Modeſtini, Μάρκος & Οὐῆρος, ubi vitioſe legitur *Severus*, neque n. hic cum Marco imperavit) & ita D. Marcus cum fratre in *l. divus 32. ad L. Corn. de falſ.* eaque ſententia eſt §. *ſed & 6. h. t. tam Divi fratres, quam per ſe D. Marcus:* quod & Marcus cum fratre, & ſolus (multis enim annis poſt fratrem ſolus imperavit) ita reſcripſerit. Ignoſcendum eſt Accurſio rudi hiſtoriarum, qui in *d. l. 18. de inoff. teſt.* intelligit Severum & Antoninum: hi enim pater & filius fuerunt. Et quid ni ignoſcamus Accurſio, cum ita *Goth. ad Theoph. in §. ſed & paupertas, h. t.* adſcripſerit Divi fratres, Severus & Antoninus: neque decebat ſequi errorem Theophili, ſive ille potius exſcriptoris eſt.

TEXTUS.

Ex §. Item tria 5. & ſeqq.

Item tria onera tutelæ non affectatæ vel curæ, præſtant vacationem, quamdiu adminiſtrantur: ut tamen plurium pupillorum tutela vel cura eorundem bonorum, veluti fratrum, pro una computetur. Sed & propter paupertatem excuſationem tribui, tam Divi fratres, quam per ſe Divus Marcus reſcripſit, ſi quis imparē ſe oneri injuncto poſſit docere. Item propter adverſam valetudinem propter quam ne ſuis quidem negotiis poteſt intereſſe, excuſatio locum habet. Similiter eos, qui literas neſciunt, eſſe excuſandos, D. Pius reſcripſit: quamvis & imperiti literarum poſſint ad adminiſtrationem negotiorum ſufficere.

COMMENTARIUS.

ISta quoque ſub cauſam generalem inhabilitatis recte referuntur: Eſt enim ſpecies inhabilitatis, intuitu quartæ tutelæ: ſi quis iam tribus tutelis gravatus ſit, ut videatur quartam recte & ex utilitate pupillorum non poſſe adminiſtrare: tum etiam nemo ita onerandus eſt alienis negotiis, ut ſuis ipſius non poſſit ſupereſſe. Et igitur excuſationem præſtant tria onera tutelæ vel curæ *h. §. & l. 2. §. ult. eod.* Eadem enim hic ratio curæ & tutelæ eſt: & male notat ibi Goth. quod eæ ſint duæ imperfectæ excuſationis cauſæ. Nec intereſt an ſit cura adoleſcentis, an furioſi aut prodigi *d. l. 2. §. ult.* Et inter tres tutelas computatur etiam tutela filii emancipati *l. ſpadonem 15. § ſi quis 16. h. t.* ubi ratio dubitandi: quod ea tutela videbatur affectata, quam facto ſuo pater quæſiverat: ſed nihil eſt quod imputetur patri, qui ſuo jure uſus eſt. Amplius computantur ad excuſationem tutelæ tres patris & filii qui in poteſtate eſt, ut ſufficiat tres eſſe tutelas in una domo, *l. 4. §. h. t.* ſi modo ad patrem etiam ſpectet periculum tutelarum quas filius gerit *l. tria 5. h. t.* Sed quid ſi cum à tertia quis appellaſſet, deferatur nova alia? ſiquidem hanc ſuſcipere cogatur, fiet, ut ſi ſuccumbat in judicio appellationis, habeat quatuor tutelas: ſin ab ea excuſetur, fiet, ut ſi vincat, habeat tantum duas; Itaque interim res in ſuſpenſo potius erit, & expectabitur finis appellationis *l. diximus 4. in pr. h. t.* Quid ſi habenti duas tutelas, ſimul deferantur duæ aliæ? ſiquidem inter eas ordo eſt, priorem ſuſcipiet, & excuſabitur à poſteriori; ſin ordo non ſit, electio erit magiſtratus, quam ſuſcipiat, *l. ſi duas 6. in pr. h. t.* Ait Juſtin. *Tutela non affectata.* Itaque qui ſe obtulit ultro aut dum lucrum aliquod captat, eam appetiit, non excuſabitur à quarta. Sed & ſi quis tutelam modici valde patrimonii ſuſcepit, & hoc egit ut ita evitaret tutelam oneroſiorem, tutela pro affectata habebitur, eoque refero quod eſt apud Modeſtinum, *in l. ſpadonem 15. §. eſt autem 15. h. t.* ἔτι δὲ ὁ μικροῦ κεφαλαίου ἐπίτροπος ἐπιτηδείως ἐκλεῖ quod qui factus eſt tutor mediocris pupilli ſive patrimonii, videatur affectaſſe ubi inepte. Hottomannus legit μικροῦ, & reddit, *qui cum tenuis eſſet*, nullo ſenſu. Illud a. rectum habet ſenſum, quoniam tutelam minimi patrimonii vix computatur in numero trium tutelarum. Et emphaſin habet, quod in *l. 5. h. t. & hoc noſtro §.* dicitur tria ONERA, non autem cenſetur hactenus oneratus, qui minimi patrimonii tutelam adminiſtrat. Ex quo in *l. ſi in 31. §. ult. qui §. h. t.*

Digitized by Google

3. h. 3. non computantur in tribus tutelis, ſi quis pupillum abſtinuerit hereditate patris, perinde ac ſi eam depoſuiſſet: ubi ibi ait JCtus, quoniam (quæ ratio addenda eſt) pater hoc animo dedit tutorem, ut bona filii adminiſtraret: ceteroquin non protinus idem dixerim in exheredato, ut hujus tutela in tribus non computetur: maxime ſi forte legatum pingue pater reliquerit exheredato: Et pertinebit hoc ad cognitionem magiſtratus. Et ſicut tutela minimi patrimonii pro nulla habetur, ita ex diverſo tutela magni patrimonii, habetur pro duab. aut pro tribus ad effectum excuſandi & liberandi ab aliis tutelis: ita tamen ut magnitudo patrimonii, non tam ex quantitate patrimonii, quam ex difficultate adminiſtrandi æſtimetur, veluti ſi patrimonium ſit late diffuſum, & in pluribus locis ſparſum, ut docet *l. 3. h. t.* ibi, *patrimoniorum ſeparatio l. non tantum 17 in pr. l. ſi is qui 31. §. ult. de excuſ. tut.* ubi JCtus cauſam decidendi ſumit, à difficultate conficiendarum & reddendarum rationum. Ex quo deſcendit & iſtud, ut tutelæ pluralitas non æſtimetur à numero plurium pupillorum *h. textu & d. l. 3. eod.* ſed à pluralitate patrimoniorum, adeo ut non tantum tutela plurium fratrum, ſed etiam non fratrum, qui patrimonium conjunctum habent, pro una, & ex adverſo tutela fratrum qui diviſum habent patrimonium, pro pluribus computetur *d. l. 31. §. ult. in cauſa pr.* verba, *Recte facturum prætorem.* oſtendunt totum hoc fere permittendum arbitrio magiſtratus: qui facile pro duab. tutelis habet, tutelas duorum fratrum, qui diviſum patrimonium habent, non ita facile tutelam unius licet diverſis in locis bona habeat *l. Iuriſperitos 30. §. 1. h. t.* Denique ait Juſtin. *Quamdiu adminiſtrantur*, Quamprimum quis tertia tutela liberatus eſt, poteſt ei nova imponi: quin imo ſi propediem ſit liberandus, & pupillus unus ſit prope pubertatem & tutela prope finem, non computabitur, ſed quartam cogetur ſuſcipere *l. non tantum 17. in pr. h. t.* tanto magis, ſi interim dum tractatur cauſa excuſationis, tertia tutela firmatur, non poterit à nova excuſari, ut docet *l. ſi qui 31. in pr. h. t.* ita ut ſi duæ tutelæ ſimul deferantur, prior protinus ei incumbat, ubi tertia quam ante gerebat expiravit: & ubi duæ teſtamentis duobus delatæ ſunt, ſpectatur tempus aditæ hereditatis, non conditi teſtamentis vel mortis teſtatoris *d. l. 31. §. 1.* Quid igitur ſi honorarius ſit tutor, v. c. ſi pluribus datis, unus tantum adminiſtret, an iſta honoraria tutela computatur in tribus? videtur quod non, & quia Juſtin. hic requirit adminiſtrationem, & quia quod periculum quis tutelæ ſuſtinet, non pro eo habetur ac ſi gerat tutelam *l pen. de tut. & cur. dat. l. ſpadonem 15 § ſi ſervitutis 9 h. t.* per quem text. ita ſtatuit *gl. hic.* Attamen hic non ſuſtinet nudum periculum, ſicut magiſtratus qui in ſubſidium tenetur, ſed ad eum multa pertinent, & pene pars adminiſtrationis, ut docet *l. 3. §. 2. de admin. tut.* Et Juſtiniani hoc loco ſententia eſt, quod tutela ubi primum finita eſt, non amplius profit ad excuſationem. Nimis forte multa de hac cauſa excuſationis. Sed viſum fuit, quæ ſparſim de ea tractantur *h. t. Dig.* ſub unum conſpectum ponere.

Sed & propter paupertatem. Hæc & duæ ſeqq. cauſæ exigunt novam diſtinctionem: Et nimirum quædam cauſæ excuſationum ex ſe & ſemper ſunt habiles; quædam non ita ſed an habiles ſint, requiritur cognitio cauſæ, & eas magiſtratus modo admittit, modo repudiat. Tales ſunt meo judicio, quæ h. §. & duab. ſeqq. proponuntur. Et pauperes non ſimpliciter excuſari aut excludi docet §. *ult. inſ. tit. ſeq. pietatis C. de ſuſpect. tut.* (ubi tamen adjungitur curator ſicut & in *l. 1. C. de peric. tut.*) & *hic* §. deſumptus ex *l. paupert. 7. h. t.* quibus locis excuſatur pauper, qui ſe imparem docet oneri injuncto: ſi forte quotidiana opera cogatur victum quærere, nec proinde negotiis tutelæ vacare ſatis poſſit, præſertim ſi tutela ſit paulo diffuſior. Altera ex hoc genere cauſarum eſt adverſa valetudo, ſi talis ſit, propter quam nec ſuis rebus quis ſatis ſupereſſe poſſit §. *Item propter 7. h. t. l. pen. §. ult. h. t* ubi additur, quod hoc nec ſit ex re pupilli. Hinc interdum ad tempus ob hanc cauſam remittitur tutela & interim curator datur, *l. non ſolum 10. §. ult. h. t.* interdum plane in totum deponitur *l. poſt 40. h. t. add. l. ult. C. quib. morb.* Tertio loco ſub hanc claſſem refero imperitiam literarum, id eſt, ſi quis legere & ſcribere neſciat, ut notat *Hottom. hic.* & pluribus comprobat *Duar. 1. diſp. anniv. cap. 3.* Et ita accipio Juſtin. hic imperitos literarum eſſe excuſandos, quamvis & imperiti poſſint adminiſtrare negotia: Illud enim durius eſt, quod Accurſ particulam *quamvis* hoc loco accipit limitative, ut non excuſetur ſi peritus negotiorum, quod à ratione recti ſermonis alienum eſt. Et nimirum ubi imperitus quoque eſt negotiorum, nulla eſt dubitandi ratio quin debeat excuſari. Sed Juſtiniani ſententia eſt, etiamſi peritus ſit, tamen excuſari debere: quod ita accipio, ut non ſemper ſed ex cauſa, veluti, ſi tutela ſit diffuſior paulo & intricatior: ut accurate ſint rationes conficiendæ, quod non poteſt imperitus

ritus literarum, nam memoria ſæpe fallit: & non ſatis tuto hoc alterius fidei committitur. Atque ita etiam accipio, quod Paulus ait in *l. ſi duas 6. alias l. Ablata §. ult. h. t.* non eſſe recipiendam excuſationē eius qui imperitus eſt literarum, ſi non ſit expers negotiorum: nimirum ita non expers, ut gerendæ tutelæ quæ deferetur ſufficere poſſit, ſi forte ſit parva & expedita, maxime ſi habeat contutorem. Quo modo iſta duo loca *h. 6. & d. §. ult. l. 6.* facile componuntur. Cujacii ſententia in *d. l. 6. §. ult.* quod Plus hac in re jus novum conſtituerit, ſocordiæ arguit Tribonianum qui ius correctum, ut ipſe putat retulerit in Inſtitutiones, & tamen jus factum à D. Pio in Pandectis reliquerit.

TEXTVS.

4. Item maior ſeptuaginta annis à tutela & cura ſe poteſt excuſare. Minores autem viginti quinq; annis, olim quidem excuſabantur, noſtra autem conſtitutione prohibentur ad tutelam vel ad curam adſpirare: adeo ut nec excuſatione opus ſit. Qua conſtitutione cavetur, ut nec pupillus ad legitimam tutelam vocetur, nec adultus: cum ſit incivile, eos, qui alieno auxilio in rebus ſuis adminiſtrandis egere noſcuntur, & ab aliis regantur, aliorum tutelam vel curam ſubire.

COMMENTARIVS.

HÆc quoque ſpecies eſt inhabilitatis, ab ætate, eaque duplici; cum provecta nimis, tum tenera nimis. Et excuſantur igitur & removentur, tum nimium ſenes, tum nimium juvenes. Nimium ſenes hic dicuntur, qui ſunt maiores 70. annis, *h. §. & l. un. C. qui ætate l. 3. de iur. immun. l. 2. in pr. h. t.* Itaq; quod in *l. ult. C. qui ætate vel prof. l.* 10. legimus de 55. annis de aliis & mere perſonalibus muneribus, quæ opera corporis tantum perficiuntur, accipiendum eſt, quamvis *Cujac. ibi* in numeris & incuria exſcriptoris erratum putet. At cur demum 70. annis vacatio datur? quæ videbatur concedenda ſexagenariis. *Plinius 4. Epiſt. 23.* Prima vitæ tempora & media, patriæ extrema nobis impertire debemus, ut ipſæ LL. monēt, quæ maiorem annis LX. otio reddunt. Varro *3. de vit. pop. Rom.* Cum in quintum gradum pervenerant, atque habebant LX. annos, tum denique erant à publicis negotiis liberi atque otioſi: unde forte natum vulgatum illud, ſexagenarios de ponte dejici, quia non amplius ſuffragia ferebant, quæ ferri ſolebant per pontes. Et cur igitur qui egreſſi ſunt LX. annos onerantur tutela? An hoc favore pupillorum: an ſpeciale in iis muneribus, quæ maiorem laborem corporis aut animi requirunt, an poſterior ætas tempora vacationis coarctavit? Annum autem LXX. oportet eſſe completum *l. 2. de excuſ.* & durum tamen ſit, imponi tutelam novam ei, qui forte ultimum diē agit anni LXX. & qui ita uſq; ad exitam ætatem tutelam gerere teneatur. Quod ad ætatem nimis teneram attinet, diſtinguendum eſt tum inter ſpecies tutelæ, tum inter tutelam ipſam & eius actualem adminiſtrationem. Teſtamento minorem tutorem dari poſſe eſt in *§. 2. ſup. tit.* 14. ſed ita ut nec interim tutor omnino ſit, nec adminiſtret, & ſub conditione cum erit annorum 25. datus intelligatur. De pupillo ineptum, ſit quærere, quia fieri vix poteſt ut is idoneus fiat, antequam pupillus cui datus eſt, attingat pubertatem: & ſi quo rariſſimo caſu contingat, veluti ſi ſit 13. annorum, & cui datus eſt adhuc infans, exiguum prorſus tempus ſuperfuturum eſt adminiſtrationi: Dativa tutela non recipit diem aut conditionem *l. 6. § 1. de tut.* Itaque alterutrum ſtatuendum erit, ut aut minor inutiliter prorſus detur, aut prorſus utiliter. Et ſcribit *Cui ſup. de ff. du. tut. in f.* minorem recte fuiſſe datum tutorem, ſed interim fuiſſe excuſatum, cuius ſententiam totidem verbis ibid. Pacius adſcripſit. Sed ego iſtam opinionem falſam eſſe non dubito. Enimvero excuſare ſe à tutela dativa non erat neceſſitatis, verum voluntatis: & potuit igitur minor ſi recte datus eſſet, etiam ſuſcipere tutelam: id vero eum potuiſſe facere falſiſſimum eſt. Quod ſi non potuit efficitur, ut minor à magiſtratu intelligatur datus ex die, ubi ad 25. annum pervenerit: quomodo tutorem dari non potuiſſe à magiſtratu certum eſt, & quam ridiculum ſit, ita dari à magiſtratu tutorem, ut protinus alium dare neceſſe habeat. Decepit, ut puto Cujacium conſtitutio Juſtiniani, in qua tamquam derogans juri priori, ſancit, ut hi tantum qui ſunt ætatis perfectæ, dativi vel legitimi fiant tutores. Sed enim non novum eſt, ut Tribonianus in explicatione iuris veteris erraverit: quod & ipſi hic accidiſſe exiſtimo: maxime cum ex princ. illius ſanctionis in *l. ult. Cod. de legit.* ſatis appareat, non putaſſe Juſtinianum, quod potuerint minores olim adminiſtrare actu tutelam. Rationē enim ipſe reddit propter quam mutarit ius vetus, hanc, quod utiq; imminere debeat periculum propriæ adminiſtrationis, ne alieno

onere prægravetur. Et anne igitur olim potuit minor a judice ita dari, ut ipse interim tutor ipso jure esset, alius periculo eius administraret? Hoc quoque procul dubio falsum est: & ita minorem potuisse dari tutorem, itidem falsum est. Puto Tribonianum deceptum eo esse, quid legitima tutela olim etiam his, qui ætate minores erant, deferebatur, propterea, quod Lex simpliciter agnatos proximos designabat: ex quo fiebat, ut quisquis proximus gradu esset, idem quoque tutor esset: unde olim tractatum, quod supra ad §. *pen. de cur.* diximus an hoc casu tutor alius, an interim curator esset dandus. Sed utrum quis statuat, illud falsum est, quod qui interim datus fuit, periculo minoris qui ipso jure tutor erat, administraverit. Porro si quid novi fecit Justin. hoc tantum erit in legitima tutela, ut videlicet ea amplius proximo agnato, si minor fit, nec deferatur quidem, sed aut illi soli, qui in eo gradu sunt, perfectæ ætatis, aut protinus ex sequenti gradu vocentur, Cum adeo interfit inter tutelam ipso jure delatam ex jure veteri, & eam actu administratam, & eum qui nudo nomine tutor est, æquivoce nec perfecte sit tutor, nihil necessum est, ut *in l. tutela* 16. §. 1. *de tut. l. qua defunct.* 4. *& l. si reliquero.* 8. *de legit. tut.* (quæ loquuntur de legitima & fiduciaria tutela, nam & in hac eadem ratio est) verba *perfecta ætatis* à Triboniano adjecta dicamus, quia commode intelliguntur ea loca de tutela cum effectu pleno administrationis deferenda. Ex his apparet falsum esse, quod *Wesemb.* scribit ad §. 2. *sup. tit.* 14. minorem etiam ita tutorem dari potuisse à magistratu, ut actu gereret: falsum, quod Hottoman. hic ait, in locum minoris testamento dati, interim curatorem datum fuisse: falsum quod idem ait, si minori legitima tutela delata fuisset, alio curatore interim dato ad legitimum periculum tutelæ pertinuisse: falsius, quod hoc ita in minore per judicem dato obtinere ait. Nec minus falsum, quod responsum *Modestin in l.* 10. §. 7. *h. t.* ad omnes species tutelæ pertineat: cum nominatim de testamentariis & legitimis loquatur: quod ipsum argumento est, minores non posse dari tutores à magistratu. Denique apparet hinc, rationem Justiniani in *f.* §. ambiguam, aut falsam esse, quod incivile sit, alicuius tutelam subire eum, qui ipse alterius cura egeat; hæc enim ratio facit ne administratio ante fit iis permittenda: quam olim [illegible] missam fuisse minoribus omnino falsum est.

TEXTVS.

6. Item & in milite observandum est, ut nec volens ad tutelæ onus admittatur.

COMMENTARIVS.

NIhil affine habet hic §. *cum prec.* nisi quod & minor quoq; omnino ad tutelam vel curam gerendam non admittitur. Multa autem concurrunt in milite, privilegium, dignitas, & præcipue (idque facit, ut nec volens admittatur *h. §. & l. ab adm.* 8, *C. de legit. tutor. l.* 4. *C. qui dar. tut.*) occupationes militares: pro defensione enim Reipubl. milites semper signis suis adhærere, nec ab illis abesse oportet: ex quo fit, ut nec procuratores esse, nec conducere aliena prædia possint §. *ult. infr. de excep. l. filiusfam* 8 §. 2. *de procuratorib. l. milites* 31. *C. de locat. & conduct.* Hæc ita in militibus actu: qui honeste dimissi sunt, possunt quidem esse tutores si velint, sed possunt se excusare, præterquam à tutelis filiorum quos reliquerunt commilitiones *l. sed & 8. h. t.* ubi plura de militis missis.

TEXTVS.

7. Item Romæ, Grammatici, Rhetores, & Medici, & qui in patria sua has artes exercent, & intra numerum sunt, à tutela & cura habent vacationem.

COMMENTARIVS.

ALia causa excusationis, à professione & exercitio artium, Grammatices, Rhetorices, &c. tum quod hi inservire intelliguntur utilitati publicæ, dum juventutem informant: tum quod ob hoc & istas occupationes aliis negotiis vacare non possunt. Et his de causis id privilegium iis datum, *l. si duas* 6. §. 1. *cum seqq. h. t.* Nam à dignitate frustra arcessas hoc privilegium, quæ nulla est in his professionibus, certe apud Romanos pro nulla, imo vile habitum fuit Rhetorem agere, ut apparet vel ex illis versiculis Juven.

Si fortuna volet, fies de Consule Rhetor.
Si volet hac eadem fies de Rhetore Consul.

Et apud *Elin.* 4. *Epistol.* 11. de Liciniano. Et decidit, ut exul de Senatore, Rhetor de oratore fieret: & ipsum refert dixisse: Quos tibi fortuna ludos facis? Facis enim ex professoribus Senatores, ex Senatoribus professores: quamvis eam functionem post honoratiorem habitam, arguat oratio Eumenii pro restau. scholis.

Qui

Qui in patria ſua, & qui intra numerum.] Hæc non ſunt accipienda conjunctim, quaſi vacationem demum habeant, qui in patria ſua intra numerum, exercent has artes; ſed diſjunctim, quod quicunque in civitatibus intra numerum determinatum *l. 6. §. 1. h. t.* profitentur has artes; & inſuper qui in patria ſua eas profitentur, vacent à tutelis, ſicut & aliis muneribus, ut docet *d. l. 6. §. 1. & §. amplius 9. h. t.* Medici intelliguntur, qui medicinam faciunt ægrotis, de quibus *d. l. 6. dd §. 1. & 9.* Idem beneficium habent Philoſophi *d. l. 6. §. Et Philoſophos 5. & §. Eſt autem 8. h. t.* Tractant Interpp. quare Doctores LL. non gaudeant hoc beneficio, præterquam ſi Romæ doceant *d. l. 6. §. legum 12. h. t.* Reſpondent fere id factum favore pupillorum, quod illi melius ſciant tractare negotia, quam Grammatici & Rhetores, & ea occaſione præcipue Angelus alia multa recenſet privilegia JCtorum. Fortaſſis non ita neceſſaria fuit habita iſta diſciplina, quam artes Grammaticæ & Rhetoricæ pro informatione juventutis. Ac ſpecialis forte ratio, quod nec tum temporis jus Romanum in omnibus provinciis obſervabatur, utiq, in *l. medicos 6. C. de profeſſ. & med.* (quæ eſt Conſtantini) ab omnibus muneribus civilibus & publicis Doctores LL. liberantur.

TEXTVS.

8. Qui autem vult ſe excuſare, ſi plures habeat excuſationes, & de quibuſdam non probaverit, alii uti intra tempora conſtituta non prohibetur. Qui autem excuſare ſe volunt, non appellant, ſed intra quinquaginta dies continuos ex quo cognoverint ſe eſſe tutores, vtl curatores datos, ſe excuſare debent cujuſcunque generis ſint, id eſt, qualitercunque dati fuerint tutores, ſi intra centeſimum lapidem ſunt ab eo loco, ubi tutores dati ſunt. Si vero ultra centeſimum lapidem habitant, dinumeratione facta, viginti millium diurnorum, & amplius triginta dierum: qui tamen, ut Scævola dicebat, ſic debent computari, ne minus ſint, quam quinquaginta.

COMMENTARIUS.

1 *Excuſationes omnes an ſimul proponenda.*
2. *Tempus an utile an continuum.*
3 *Abſens an poſſit excuſari.*
4 *An legitimi tutores excuſentur.*
5 *An à decreto, quo quis tutor datur, appelletur.*
6. *Milliarium.*

EXcuſatio exceptionis quædam ſpecies eſt. Licet autem uti pluribus exceptionibus, ita ut ſi quis in una ſuccumbat; aut ea à judice repudietur, aliam adducere & probare liceat, *l. nemo 43. de Reg. jur. l. 15, qui 5. & l. nemo 8. de except.* Ad eundem modum plures excuſationum ſpecies, una non probata, producere licet *h. §. & l propter 21. §. 1. h. t.* Verum quæri poteſt, an neceſſe ſit omnes ſimul † proponere & conteſtari, & una rejecta aliam aſſumere; an poſſit etiam una rejecta quæ ſola ab initio propoſita fuit, alia nova allegari intra tempora præſtituta. Et prius illud verius videtur per *l. ſcire 12. §. ſcire 8. h. t.* quamvis contrarium magis probet gl. hic, & patet etiam novam cauſam intra tempora præſcripta poſſe proponi; quod tamen non ſatis videtur ad mentem *ICti in d. § 8.* & poſſit credi tutor qui initio non produxit cauſas omnes, protrahendi ſtudio novam allegare: Utrum autem quis ſtatuat, illud utique perſpicuum eſt, quod qui plures propoſuit cauſas habiles, minime neceſſe habeat probare omnes, quippe cum una ad victoriam ſufficiat, & quiſque cenſeatur hoc fine plures propoſuiſſe, ut ſi una forte non ſit ſufficiens, aut ſatis probata, ex altera cauſam obtineat.

Intra tempora conſtitut.] Quinquaginta nimirum dies, ut mox plenius ſubjicitur ex *l. ſcire 13. §. 1. & ſeqq. h. t.* Ex quo apparet melioris conditionis eſſe eos, qui ſunt v. c. Romæ vel intra centeſimum lapidem; hi enim habent plures dies. Qui autem ultra habitant, pauciores habent, prout longius, aut propius abſunt, & qui nimirum abſunt CCCC. millibus, quæ juxta computationem hujus *§. & dict. leg. 13. abſumunt* XX. dies, habent ſolos XXX. dies ad proponendas excuſationes: qui non tam longe abſunt, habent plures, quia ut eſt in *f. §.* non debent pauciores concedi quam L. dies; cum abſurdum ſit minus tribui abſentibus, quam qui ſunt præſentes; Ita qui abeſt CCC. millibus, in quæ imputantur XV. dies, reſiduos habet dies XXXV. At enim ſi quis abſit ultra CCCC. millia, illi neceſſario plures quam L. dies dandi ſunt; quoniam deducto tempore, quo iter confici poteſt ad minimum XXX. dies ad excuſandum ſupereſſe debent.

Dies hi quinquaginta ſunt continui, non uti-

2 les; ita ut computentur † etiam dies feriati; de qua diſtinctione temporis dicemus *inf. ad §. penult. de bonor. poſſeſſ.* Ubi etiam dicemus tempus dici utile, tum ratione curſus tum ratione principii; Accidit enim non raro, ut tempus continuum computetur; connumeratis etiam feriis. Sed ignoranti non incipiat currere, ſed demum ex quo res in cognitionem alicuius pervenit; idque in hac ſpecie temporis L. dierum obſervatur; qui non ſtatim currunt ex quo quis datus eſt tutor, ſed ex quo quis ſe tutorem datum eſſe intellexit: juxta verba hujus §. *ex quo cognoverint.* Ex quo etiam periculum tutelæ & adminiſtrationis ad eos incipit pertinere *l. 1. §. 1. de adminiſt. tut. & cur.* Sed quor-

3 ſum illa accurata computatio, & † quaſi dimenſio itineris; & an fortaſſis eum, qui ſe excuſare vult, præſentem adeſſe oportet: Conſtat, quod & abſens tutor dari poſſit, nec tantum teſtamentarius, de quo ſtulta ſit dubitatio, ſed etiam à magiſtratu, ut apparet *ex h. §. ibi, qualitercunque dati.* text. expreſſus in *l. illud 5. de tut. & cur. dat.* Sed non æque liquidum, an & abſens excuſari poſſit. Et dubium facit, quod in *l. excuſare 25. de excuſat.* negatur excuſationem poſſe fieri per libellos, ex quo Acc. negat, abſentem poſſe excuſari, quem ſequitur *Pet. Fab. ad l. nemo 70. de R. I.* Sed contraria ſententia verior eſt, quam bene confirmat *Cuj. in l. ſcire 13. h. t.* nam quod ad *d. l 25.* attinet, non excluditur procurator, qui compareat & cauſam alterius agat; ſed totum per libellos agi poſſe negatur, quoniam decreto opus eſt, adeoq; pro tribunali cauſam tractari oportet, cujuſmodi quæ ſunt, per libelli oblationem & ſubſcriptionem expediri non poſſunt, *l. nec quidquam 9. §. 1. de offic. proconſ.* eoq; pertinet *l. tutor 19. C. de adm. tut.* quæ abſentem & dari & excuſari poſſe confirmat; neq; verum eſt, quod hic ſit vere actus voluntariæ juriſdictionis, cujuſmodi quæ ſunt, per procuratorem expediri nequeunt, ut notatum ſup. ad *§ præterea 6. tit. 12.* Nec tantum, ut quis ipſe coram ſe excuſet, ſed ut & per alium hoc facere poſſit, tempora certa præfinienda fuerunt.

Igitur intra quinquaginta dies proponenda eſt excuſatio: Sed probandæ ei & negotio tractando, ultra illos 50. dies adhuc ſuperſunt dies 60. quoniam ex die nominationis, definiti ſunt quatuor menſes negotio peragendo qui, computatis (ut apud JCtos ſolet) in ſingulos 30. diebus, faciunt dies 120.

4 Proponenda eſt à tutoribus, † cujuſcunq; generis ſint: Textus hic ait, qualitercunque dati; quæ verba captat *Cujacius in l. 13. de excuſ.* ut probet excuſationi tantum eſſe locum in tutoribus, qui dantur à teſtatore vel à magiſtratu; non etiam in legitimis; quo ſpectaſſe Tribonianum, & ita accurate & ſubtiliter uſum verbo illo, vix mihi perſuadebit Cujac. Etſi quis omnino hoc putet, dicam id ideo factum, quia in *princ.* §. propoſuit, eos, qui ſe excuſare volunt, non appellare; appellatio autem legitimis tutoribus non convenit, ut mox dicemus. Et nec Cujacius negat; quod legitimi quoque tutores excuſentur ab onere adminiſtrationis ex cauſis ſupra relatis; & itaque ſub hunc titulum & hi quoq; tutores pertinebunt, hic enim effectus eſt excuſationis: utcumque itaque ipſo jure dicantur eſſe tutores, quia tamen ſuſcipere onus non coguntur recte dicuntur excuſari; Sed illud quæri video effectu, an excuſatio iſta tutorum legitimorum liberet eos omnimodo à tutela delata: Et enim dubium non eſt, ſi v. c. mihi tres tutelas habenti deferatur tutela quarta pupilli Sempronii, teſtamento patris, me ita excuſari, ut nec ſi poſtea v. c. morte pupilli unius tutela tertia finiatur, tutela Sempronii ſim onerandus. Et in hoc videtur mihi errare Cujacius, qui ſimpliciter affirmat, tutores legitimos tantum excuſari ad tempus, adeo ex ejus ſententia, ſub mota excuſationis cauſa protinus adminiſtrationem ſuſcipere cogentur; atque ita hic generale erit, ut quæcunque cauſa ab adminiſtratione defendat legitimum tutorem, interim curator tantum dandus ſit. Quam opinionem ego falſam eſſe, & excuſato legitimo, tutorem dandum, qui uſque ad pubertatem maneat, exiſtimo: ut intelligamus delationi quoque L. qua ad effectum adminiſtrandi; hanc ineſſe conditionem, ſi non juſta cauſa excuſetur agnatus. Quam interpretationem ſuadent plurima loca, quæ de excuſando legitimo tutore, indiſtincte ut de alio loquuntur. Probat optime textus in *l. ſi ſororis 9. C. quis dar. tut.* legitimum tutorem habenti, tum demum non recte dari tutorem, ſi ille nullo privilegio ſit excuſatus; adeo in hunc caſum non habetur pro eo ac ſi habeat tutorem pupillus; & ita ſimpliciter in locum excuſati legitimi tutorem dari: ſcriptum eſt in *l. 3. §. quæri 8. de legit. tut.* & quod de excuſatione ob liberos conſtitutum eſt, in omni tutore locum habere, ait *l. 2. §. hoc autem 5. h. t.* & in locū noſtrum nominatim & de legitimo quoq; tutore explicat Theoph. quem male erroris arguit Cujacius; pro quo nec hilum facit *l. non ſolum 10. §. ſi libertus h. t.* quoniam ſpecialis ratio eſt ætatis; & ſi legitimus

fit

fli adhuc minor, eum ad tempus tantum excuſari verum eſt; quia tempus ſolum & immunitas ætatis impedimento eſt; idque etiam in teſtamento obtinet §. *furioſus ſup. tit.* 14. *facit textus in l. tutor* 20. §. 1. *h. t.* Unum ſupereſt ad hunc locum, & quidem principaliter hic eſt tractandum. Ait Juſtinian. Qui ſe † excuſare volunt, non appellant ſed intra L. dies ſe excuſare debent. Conſtat à nominatione & decreto, quo quis ad munus aliquod publicum ſcribatus, decurionatus vel quod aliud vocatur, & tale munus ei injungatur, ſiquidem quis eo liberari velit; eſſe neceſſario appellandum per *l.* 4. & 11. *C. de appellat. l.* 2. *C. de decurionib.* Et ita quoque haud dubie obtinuit in tutela uſque Imp. ad Marcum, cujus conſtitutionis novæ fit mentio in *l. ſcire* 13. *in pr. de excuſat. & in l.* 5. §. 1. *quand. appell.* Ubi dicitur hoc Marcum effeciſſe. Sed quæritur, quidnam Marcus effecerit, & quæ illius conſtitutionis ſit ſententia, an ut omnino amplius appellari non poſſit an ut neceſſitate appellandi, liberati ſint tutores, & ea omiſſa poſſint recta excuſationes proponere, & iis rejectis demum appellare, quod ante non licebat. Sed tutor qui non appellaverat, à decreto utcunque juſtiſſimam cauſam habuiſſet, eamque allegaſſet, tamen onere tutelæ obſtrictus erat. Poſterior hæc opinio omnino & rationi & textibus conformis magis videtur. Nec enim ulla ratio apparet, cur non poſſint protinus appellare tutores nec apparet etiam ullius hac in re pupillorum favor, quandoquidem nihilominus ſi recta excuſationem proponant tutores, habent poſt ea rejecta facultatem appellandi, quo facto extrahitur itidem cauſa, imo magis, quam ſi ſtatim appellatione facta à decreto in judicio ſuperiori res tota tractata fuiſſet. Quod ad textus attinet, ſunt aliquam multi qui adſtruunt hanc ſententiam. Et 1. cum potuerint tutores dari abſentes, *l.* 5. *de int. dat. l.* 19. *Cod. de admin. tut.* etiam jus appellandi videtur iſidem permiſſum fuiſſe, nec neceſſum, ut prius venirent, allegaturi excuſationum cauſas 2. In *dec.* 4. *de excuſatione* ad tutelam vocatus dicitur appellaſſe. 3. In *l. Cæſus* 16. *eodem titul.* dicitur tutor datus poſſe ſe excuſare citra appellationem; quibus verbis innuitur ſatis eum poſſe ſtatim, ſi velit appellare, 4. In *l. tutoris* 9 §. *tutor. Cod. de admiſſ. tut.* adverſus ipſam creationem provocaſſe tutor dicitur, 5. In *l.* 2. *de tut. dat.* tutores dari appellaſſe dicuntur, & 6. In *l. pen. eod. tit.* appellavit tutor ſimul allegata cauſa appellationis, & excuſationis; & igitur non neceſſe fuit, ante appellationem eam cauſam allegare, 7. Facit *l. ſcire* 13. *in princ. h. t.* Ubi de ipſa conſtitutione Marci agitur, & ſcribit Juriſconſultus, tutores datos non *neceſſe* habere appellare, 8. In *l. cum in una* 17. §. 1. *de appellat.* tutor datus provocat, 9. In *l. tutor* 20. *de adminiſtr. tut.* hæc duo diſtinctim proponuntur, tutoris appellationem injuſtam pronuntiatam, & eius excuſationem non fuiſſe receptam. Denique & præcipue facit *l. tutores* 18. *Cod. h. t.* ubi Impp. intra tempora præfinita dicunt licere allegare cauſam, licet appellatum non ſit; & ſatis ita perſpicue affirmant appellari poſſe. Unicus ſaltem locus eſt, quod objicitur ex 151. *quand. appell.* ubi dicitur ante propoſitas cauſas excuſationis fruſtra appellari. Et nimirum effectus appellationis princeps eſt, à quo ceteri dependent, ut devoluat & transferat cauſam ad magiſtratum ſuperiorem; qui effectus ſi hic caſu negatur, fateri oportet nullam eſſe appellationem. Reſpondent, qui nobiſcum ſentiunt, non hoc reſpectu fruſtra dici appellari, quod cauſa non devoluatur; ſed quod non liberet à tutela appellantem, qui neceſſe habeat in judicio appellationis allegare cauſas excuſationis, quas ſi non approbet judici cogatur perinde eſſe tutor, ac ſi non appellaſſet. Sed replicatur; quod hoc ut fruſtra appelletur, videtur in *d. l.* 1. §. 1. tribui conſtitutioni novæ Marci. Atquin etiam ante Marcum eo modo quo jam dixi, fruſtra erat appellatio. Et ſi igitur hactenus aliquid novi fecit Marcus, ut appellatio eſſet fruſtranea, oportebit fateri, ita fruſtra appellari ut nec cauſa devoluatur, & proinde cauſæ excuſationis apud inferiorem magiſtratum, qui tutorem dedit, ſint proponendæ. Ego vero reſpondeo, nihil eſſe, quod nos cogat, ut quod dicitur in *d. l.* 1 §. fruſtra appellari; noviter à Marco introductum dicamus; & imo propter ſupradicta admittendum eſt, illud tam quam ex veteri jure proponi, hoc ſenſu, quod ea appellatione nihil amplius conſequatur tutor, quam ſi recta coram magiſtratu, qui eum dederat, excuſationum cauſas propoſuiſſet; quippe quæ apud judicem appellationis omnino ſunt deducendæ. Itaque ut concludamus fatendum eſt, hoc Marcum conſtituiſſe favore tutorum, ne alias omiſſa appellatione, quæ breviſſimo ſpatio bidui aut tridui anguſtabatur gravi & diuturno onere tutelæ implicarentur. Et fruſtra objicitur hic locus, qui hoc ſaltem diſponit, ut intra ſtatuta tempora ſe excuſent tutores; & quod ait, tutores datos non appellare, quid ipſis commodius ſit ſignificat, & quod poſt conſtitutio-

nem Marci tutores facere ſoleant, & merito debeant, ut ſcilicet recta & ſtatim excuſationibus ſuis citra ambages utantur; quas ſorte ipſe judex qui dedit, admiſſurus eſt, ut nulla appellatio ſit futura neceſſaria. Ridiculi autem ſunt, qui objiciunt, non niſi à ſententia, in ſpecie dicta, quæ prævia cauſæ cognitione judicialiter lata ſit, appellari poſſe. Id enim perſpicue falſum, & certiſſimi juris eſt, à nominatione & decreto, quo quis ad quodvis munus vocatur, poſſe appellari *l. 4. & 11. Cod. de appellat. l. 2. Cod. de decurionibus*, & nominatione ſola quem obſtrictum fuiſſe, docent *l. filius, 5. l. ſi ad 18. C. de decurionibus*, & utique ante Marcum à tutelæ dationeappellari potuiſſe in confeſſo eſt. Et quomodo hi defendent appellationem tutorum qui teſtamento dati ſunt; nam hos appellare potuiſſe docent *hic §. & l. ſcire 13. in princ. ff. eodem.* Et docent textus jam citati à ſimplici nominatione ad munus publicum appellari potuiſſe & debuiſſe; & datio teſtamento facta nominationis vicem habuit; qua quomodocunque cognita, quia exinde ad eos periculum pertinebat *l. 1 §. 1. de admin. tut.* adito judice cauſas excuſationis eos proponere oportuit, aut appellare; forte an, quia magiſtratus erat, judices etiam teſtamento datos compellere ad ſuſcipiendam tutelam; ut quaſi ab hoc gravamine imminenti, quod dationi proxime conſequens erat, appellare viderentur. An forte etiam hoc cauſam dedit conſtitutioni Marci, cum inconcinnius eſſet neceſſitatem appellationis hic imponere tutoribus; uti etiam amplius locus vix fuiſſe videtur in tutoribus legitimis.

Neque enim Lex quæ emolumentum ſucceſſionis defert tutelam, poteſt dici agnatum proximum gravare ob has cauſas, rectiſſime Marcus ſtatuit in genere, ut ſublata neceſſitate appellandi, quæ in caſibus jam dictis videbatur ſubinepta, cauſæ excuſationum proponerentur; Et hæc ratio tantum pertinet ad tutelas, ideoque etiam in ceteris muneribus, quæ Lege, aut teſtamento non deferuntur, nihil mutavit Marcus; in quibus etiam hanc rationem ſpecialitatis notat Joh. Faber hic, quod qui nominant v. c. decurionem ad aliquod officium, ipſe ſc. ordo, ſunt quodammodo pars, & adeo non conveniat, ut apud ipſos proponantur cauſæ excuſationis; nihil autem intereſt, v. c prætoris, an hic ſit tutor vel alius.

Si intra centeſimum lapidem] Significat intra 6 centum milliaria, & ita itineris quinque dierum ſpacium: Ita enim JC. in *l. 1. §. Initio 4. de offic. præſ. urb.* quod dixerat ultra centeſimum milliarium, mox ait ultra lapidem illum. Computatio illa inibatur à columna aurea vel aurata, quæ Romæ in foro ad ædem Saturni poſita fuit, & quidem primum ab Auguſto cum curam viarum ageret. Teſtis *Dio libr. 54.* non ita multa poſt princ. *ὅτι ἀπὸ τοῦ ἐν τῇ Ῥώμῃ ἐν τῷ ἀγορᾷ χρυσοῦ μιλίου ἀριθμοῦνται αἱ ὁδοί*, quod ſcilicet Milliarium aureum dicebatur. Meminit *Suet. in Oth. cap. 6.* monitis conſciis, ut ſe in foro ſub æde Saturni ad milliarium aureum operirentur. Et de eadem re agens *Tacit. 1. hiſtor.* Inde ad milliarium aureum ſub ædem Saturni pergit. *Plin. 3. nat. hiſt. 5.* Menſura currente à milliario in capite Romani fori ſtatuto, &c. Ergo intelligimus, ad ſingula millia paſſuum lapides poſitos, quibus itinera diſtinguerentur & ſpatia eorum. In hanc rem *Iſidorus lib. 15. origin. cap. ult.* Primum Pœni dicuntur lapidibus vias ſtraviſſe; poſt Romani eos per omnem pene orbem diſpoſuerunt, propter rectitudinem itinerum.

TEXTVS.

9. Datus autem tutor, ad univerſum patrimonium datus eſſe creditur.

COMMENTARIUS.

SUgilla hic Tribonianum Hortom. & inepte profecto ludit, quaſi ſervulus Triboniani, non ſatis obſervato termino præſcripto ſibi, tantum patrem exſcripſerit ex *l. propter 21. §. 2. d. t.* cum amplius exſcribere deberet; & nimirum quod tutor quidem datus cenſeatur ad univerſum patrimonium, ſed tamen excuſare ſe poſſit, ne ultra centeſimum lapidem gerat, ſi ultra illum terminum alia ſit provincia; ſiquidem in diverſis provinciis exiſtentis patrimonii diverſi tutores dari poſſunt *l. ſi tamen 25. de teſtam. tut.* Sed id quidem ita ſe habet, atquin ita inepte lapſum Tribonianum non eſt probabile. Et iſtud inter reliquas cauſas proponendum non ſub finem referendum erat. Et exiſtimo Tribonianum hic monere voluiſſe, eum qui tutor datus & tutelam ſuſcipere coactus eſt, cum vel cauſam excuſandi nullam haberet, vel quam allegaverat, rejecta eſſet, non poſſe allegare quantitatem patrimonii, & fortaſſis portionem tantum adminiſtrando putare ſe ſatis defunctum onere ſuo, perinde ac ſi magis perſonæ, quam rebus & bonis datus eſſet. Huic occurrere voluit Tribonianus & docere, quidnam contineatur officio tutoris, &ad

Digitized by Google

& ad quid obſtrictus ſit, ſcil. ad univerſum patrimonium pupilli. Nec male *Alber. Gent. dial. 6. de Interp. iuris.* cenſet quod Tribonianus hac brevi ſententia voluerit plures excuſationes præcidere; quod ſi enim cenſeatur ad univerſum patrimonium datus non poſſit excuſari, quod amplum nimis ſit, quod hinc inde diſtractum ſit, & quod incertum ſit. Ne igitur ad librum, cum Hottom. & Weſembecio, qui illum fere ſequi ſolet reformemus textus.

TEXTVS.

10. Qui tutelam alicuius geſſit, invitus curator ejuſdem fieri non compellitur, in tantum, ut, licet paterfamil. qui teſtamento tutorem dedit, adjecerit ſe eundem curatorem dare, tamen invitum eum non cogendum ſuſcipere curam, Divi ſeverus & Antoninus reſcripſerunt. Iidem reſcripſerunt, maritum uxori ſuæ curatorem datum, excuſare ſe poſſe, licet ſe immiſceat.

COMMENTARIVS.

HActenus fuerunt cauſæ excuſationum communes, tutelæ & curæ. Duæ hic proponuntur, quæ propriæ ſunt curæ, prima quod quis jam adminiſtravit eius tutelam, qui inſuper eiuſdem cura onerari non debet; utilitas quidem jam puberis facti ſuadebat, eum retineri in cura, cui jam vires patrimonii cognitæ eſſent, & qui longe commodius adminiſtrare poſſet, ſed non æquum viſum fuit, unum nimis gravari in curanda & perſona & bonis unius hominis, cum ſatis eſſe debeat, ſuſtinuiſſe onus tutelæ; adeo ut nec mutet, utcunque pater pupilli eandem curam gerere voluerit: cui voluntati tanto minus tribuitur, quod alias curator teſtamento non datur. Nam quod curator teſtamento datus confirmatur §. 1. *eap. de curat.* ad eum caſum pertinet, quo quis ei qui eo mortuo jam pater eſt futurus dat curatorem, utrque non eum, qui geſſit tutelam; hæc ita *h. §. & in l. Gaius 16. de excuſat.* (quæ Lex oſtendit extra hanc exceptionem locum alias eſſe confirmationi, licet tempore mortis patris adhuc fuerit pupillus) *& in l. cum. 30. C. h. t.* Fallit in libertis curatoribus datis liberis patroni *l. libertos 5. C. eod.* perſpicua ratione quę ibid. additur, quia nullo modo & cauſa ſe ab hac tutela excuſare poſſunt, qui videlicet libertatem totam acceptam debent patrono, ſecus in iis, qui ſuis nummis emit, aut ex fideicommiſſo manumiſſi ſunt *l. libertum 14. §. pen. & l. nequaquam 24. h. t.*

Altera cauſa eſt, ſi maritus uxori ſuæ curator detur; & ait Juſtin. eum excuſare ſe poſſe, licet ſe immiſceat. Et hoc igitur ſpeciale: nam alias tutores initio re integra ſuas excuſationes proponere debent, quibus haud dubie renuntiaſſe cenſentur, ſi bona pupillorum ceperint adminiſtrare. *l. 2. C. ſi tut. falſ. alleg. l. non tantum 17. §. ſane 5. D. h. t.* Verum quid illud eſt, quod ait eum excuſare ſe poſſe. Poterit ne igitur ſe non excuſare, & curam adminiſtrare? Ita ſane vulgo intelligimus, cum dicimus tutorem vel curatorem datum excuſare ſe poſſe, ut hoc eius arbitrii eſſe, & eum ſi velit omiſſa excuſatione tutelam vel curam ſuſcipere poſſe ſignificemus. Id ſcilicet ita regulare eſt; ſed aliquando iſto verbo *Excuſandi* abutimur, in eorum quoque perſonis, qui tutores eſſe non poſſunt. Ut cur furioſus, ſurdus, mutus, cæcus dicuntur habere excuſationem *l. unic. C. qui morbo.* quos certum eſt, tutelam gerere non poſſe *l. 5. C. qui dare tut.* ſimile *in l. ſi pupillum 20.* Ubi dicitur, recipi excuſationem patrui, aut eum removeri ſi excuſari nolit. Ad eundem modum hoc loco maritus dicitur excuſare ſe poſſe, qui omnino curator eſſe non poteſt, imo ſub pœna infamiæ eſſe prohibetur, nimirum quoniam uxor ob reverentiam debitam marito non auderet liquido exigere rationes: ob quam cauſam ſub eadem pœna infamiæ verſatur tutor vel curator pupillam vel adultam ſuam ſibi filiove matrimonio jungere, ut diximus *ſup. ad §. ſunt & alia 11. de nupt.* Et de marito ne ſit curator uxoribus, ſunt textus *in l. ampliſſimi 4. l. liset 17.* (quæ agit de uxore filii in poteſtate, cuius eadem ratio eſt) *C. de excuſ. tut. iuncta. 2. C. qui dar. tut. & l. 3. C. de interdict. matrim.* Et tamen durius eſt, ut qui ſub pœna infamiæ prohibetur, excuſare ſe poſſe dicatur; & nimia iſta verbi abuſio eſt, eoque Accurſ. verbum *poſſe* hoc loco, per verbum, *debere* explicandam putavit. Aut an hæc eo referimus, ut maritus curator datus, errore juris ſuſcepta cura, protinus errore cognito excuſare ſe ita depoſita cura poſſit, ut infamiæ pœna liberet; quo ſenſu fere dicitur *in l. 1 §. ult. h. t.* ſponſum ſponſæ curatorem datum abſolvi, nec enim propriè loquendo abſolutione opus eſt, cum de jure non teneat *d. l. 2 C. qui dar. tut. l. curam. 4. de curat. fur.* Hac explicatione admiſſa in aliud incommodum incidit Tribonianus, quod per conſtitutiones

Digitized by Google

nes novas ius istud vetus, quod retulimus *ex l. 4. & 17 C. h. t.* per necessariam consequentiam est sublatum, & nec demum per Justinianum, sed longe ante per *Theod in l. hac Lege 8. C. de pact. conv.* ex qua maritus omnino jus habet, administrandi res mulieris quæ sunt extra dotem; & commendatur mulier, quæ istam administrationem, marito permittit, idq; confirmatur *ex l. ult. C. eod. tit.* cum quo jure, quomodo consistere possit, jus antiquum ex SC. ut maritus curator sit infamis, ego non possum animadvertere: & quo igitur judicio utrumque istud in Cod. retulerit Tribonianus, aliis disputandum relinquo; Futile enim est, quod Hottom. textus qui prohibent maritum esse curatorem, negat pertinere ad bona præter dotalia, sed tantum ad bona receptitia, quæ uxor sibi reservavit: Hoc enim cum pendeat ex libera voluntate uxoris, an qui sibi reservare velit, poterit ita mulier omnium bonorum quæ sunt ultra dotem, marito administrationem committere, quod & omnino convenit *cum d l. 8. C. de pact. conv.* sed omnino repugnat iuri veteri; & ratio eius iuris, quod ob reverentiam marito debitam intervertentur facile rationes, omnino etiam in paraphernalibus & præterdotalib. bonis habet locum. Aut potius dicendum erit non posse maritum curatorem esse adultæ fœminæ uxoris suæ; ceterum uxorem, quæ perfectæ ætatis sit: posse utique administrationem bonorum suorum marito permittere; quod recte fieri & olim factum esse, perspicue docet *l. pen. ff. ad L. Falcid.* Attamen mihi probabile est posteriorib. Impp. displicuisse ius istud vetus: & cum causæ divortii ad pauciſſimas redactæ essent, maxime per Justin. cessat etiam simul ratio, quæ maritos curatores olim esse vetabat; quo iure mariti pene pro libitu uxores à se dimittere poterant; quin & vicissim uxores maritos, ut supr. *ad tit. de nupt.* ostensum. Et illud plane mihi persuasissimum est, maritum olim permittente quidem uxore, quæ maioris ætatis fuit, administrare uxoris res potuisse, atquin legitimum & ordinarium administratorem fuisse, quod Hotto & VVesemb. hic scribunt, falsissimum puto; sed hoc omnino ex constitutionib. novis descendit. Itaque frustra & vitiose iidem, text *in l. maritus 21. C. de procurat.* ad bona receptitia restringunt; & omnino falsum est, quod *in l. pen. ad L. Falc.* maritus sit legitimus administrator, sed administravit ex permissione uxoris.

TEXTVS.

Si quis autem falsis allegationibus excusationem tutelæ meruerit, non est liberatus onere tutelæ.

COMMENTARIVS.

DOcet hic §. decretum eiusmodi quo tutor ex falsis allegationibus liberatus est, esse nullum adeoque nihilominus periculum tutelæ ad excusatum pertinere; quod & probatur *l. 1. & ult. C. si tut. falsa. alleg.* sed scrupulum facit, quod licet alias falsæ probationes sive instrumenta interveniant, sententia tamen non ob id ipso jure nulla, sed petenda sit restitutio, ut videtur probari *ex l. C. si ex falsis instr. l. Divus 33. de re iud.* Non locus est excurrendi in istam tractationem, an & quando vel ex qua causa sententia sit ipso jure nulla vel non. Deprehendo tres Doctorum opiniones, quæ ad explicationem huius rei faciunt. 1. facilius esse, ut decretum sit nullum, quam ut sententia quæ secundum ordinem iuris hinc inde omnib. actitatis fertur. 2. & hoc latius proponit Angelus) causas excusationis à tutela esse omnes LL. expressas, non permissas arbitrio magistratus. Itaque cum sine controversia illa sententia nulla sit, quæ lata est contra ius positivum. *l. 1. §. 2. quæ sent. sin. app.* consequenter decretum super falsa causa interpositum, veluti quod tutor datus duos liberos habeat, tamquam contra ius esse ipso iure nullum. Sed enim non hoc tantum modo iniuste liberari tutor potest, sed etiam si causa in iure vera, sed in facto falsa sit; veluti si tres se tutelas gerere, vel inimicitias cum patre pupillorum capitales interfuisse, ex falso allegaverit. Itaque cum generaliter hic loquatur Justinianus simplicior est tertia sententia & explicatio, speciali id esse favore pupillorum; quod illi quodammodo non pro recte defensis habeantur, utcunque forte necessariæ quædam personæ adfuerint pupillo *arg. l. 1. C. si tut. falsa. allegat.* & ætas ista digna est miseratione, & odio dignus, qui detractat improbi tutelam; tum etiam posita iniustitia & falsitate causæ, utile fuit ita statuit, ut decretum pro nullo haberetur, ut tutor exinde ex quo datus fuit periculo tutelæ obstrictus intelligeretur; Et hinc in *l. si tutor. 22. C. h. t.* negatur periculum pertinere ad tutorem, qui absolutus est, *habens excusationem*, nimirum justam & veram.

AD TITVLVM XXVI. & ultimum.

LIBRI PRIMI Institutionum,

DE SVSPECTIS TVTORIBVS vel Curatoribus.

TEXTVS.

1. Sciendum est, suspecti crimen, ex Lege XII. Tabb. descendere.

COMMENTARIVS.

SEptem capita sunt hujus tit. Et primum, de causa remota cognitionis sive postulationis suspecti, quæ est Lex XII. Tabb. qua hoc crimen vindicatur, & jus accusandi tutores conceditur; qui sensus est horum verborum, quibus hic & *in l. 1. §. 2. h. t.* improprie alias dicitur, crimen suspecti descendere ex L. XII. Tabb. Veriſſime & rectiſſime Theophilus *πάντα ὅσα τῶν κατὰ γένος ἐστὶν ἀναγκαίων τούτων*. Hanc accusationem L. XII. Tabb. excogitavit. Interpres Curtius, ut sæpiſſime alias, ita & hic socorditer vertit: Crimen hoc ex L. XII. Tabb. descendit: quem ita secutus est, qui noviſſime Theophilum edidit, ut appareat, numquam ab eo Græcum textum cum Latina veteri interpretatione collatum fuiſſe.

TEXTVS.

2. Datum est autem ius removendi tutores suspectos, Romæ prætori, & in provinciis præsidibus earum, & Legato Proconsulis.

COMMENTARIVS.

ALterum hoc caput est, ad quem pertineat cognitio de suspecto, & coram quibus magistratibus accusatio hæc sive postulatio institui debeat, & possit. Quærendum est, an hi qui ius dandi tutores habent, ii etiam habeant jus removendi, & audiendi hanc postulationem. Et si de jure veteri quæras, & de iis qui libero & pleno jure potestatem dandi tutores habent, ut not. *ad §. ult. de satisd. tut.* recte affirmabimus; Ceteroquin magistratus municipales, qui præcedente quodam jussu dabunt tutores, ut *not. ad §. sed hoc sup. de Attil. tut.* non habuerunt jus cognoscendi de suspectis tutoribus, hoc enim majoris est potestatis: nec postquam Justinianus iis concessit sine jussu præsidum dare tutores *inxta §. nos autem de Attil. tut.* propterea etiam hoc jus de suspectis cognoscendi dedisse intelligendus est. Hoc primum est. Inde quærendum, an hactenus sit eadem ratio dandi tutoris & removendi, quod sicut dare tutorem non est jurisdictionis, nec mandari potest, ut explicatum ad *d. §. sed hoc de Attil. tut.* ita nec jus cognoscendi de suspecto eumque removendi sit jurisdictionis, nec mandari possit. Videatur id suadere ratio, ut eadem sit conditio constituendi & dissolvendi. Et tamen ita non est; neque recte ita colligitur à jure dandi ad jus removendi; sed hoc ad omnem magistratum pertinere debet, qui de hominibus improbis, & non recte in officio versantibus, cognoscendi & statuendi jus habet. Aut an dicemus receptum favore pupillorum, ut, quod in dando tutore secus se habet, suspecti tutoris cognitio à magistratu, forte occupato aut absente, mandari, quin imo & apud eum tractari possit, cui magistratus occupatus, vel absens in genere universam jurisdictionem mandavit, per *l. cognitio. 4. in pr. de offic. eius cui mand. l. 1. §. an autem 4. h. t.* Et itaque hæc cognitio suspecti & mandari in specie potest, & mandato generali jurisdictionis transit. Neque obstat *l. 1. §. suspecti ad SC. Turpil.* nam quod ibi solum præsidem posse cognoscere de suspecto dicitur, non mandatarius præsidis, qui vice præsidis fungitur *l. solet 16. de iurisdict. l. 1. §. ult. de offic. eius*, sed alii inferiores magistratus in municipiis & aliis civitatibus excluduntur: quemadmodum eo quod dicitur in *l. ubicunque. 105. de R. I.* ubicunque causæ cognitione opus est, ibi prætorem desiderari non excluditur, qui prætor mandavit jurisdictionem, quæ certissima explicatio est hujus rei: Inepta autem distinctio Angeli, an agatur hic civiliter an criminaliter: quod præsertim, ut sub fin. istius tituli dicemus, ista propria quædam accusationis species, & directo nec civilis nec criminalis est. Et huc possit referri, quod hoc § dicitur de Legato Proconsulis huic enim Proconsul mandat jurisdictionem *l. 4. §. ult. de offic. Proconsul.* quamvis sane speciale in hoc sit Legato, quod hic à populo solebat adjungi

Digitized by Google

Proconſuli, & cui Proconſul tenebatur officii, mandare juriſdictionem: eoque Legatus non ſimplex eſt mãdatarius, ſed & ipſe à Feneſtella & Onuſrio inter magiſtratus populi Rom. refertur; ut fortaſſis non tam jure mandatarii, quam proprio videatur Legatus Proconſulis. & ipſe de ſuſpecti crimine cognoviſſe; qua in re labitur Hottom. hic ſcribens legatum tantum jus cognoſcendi non etiam pronuntiandi habuiſſe; deceptus *pond. l. 1. §. 11. ad Turp.* quam modo explicavimus: ſed & præſes in ſpecie dictus, de quo loquitur d. §. 11. legatum non habebat, ipſe dictus Legatus Cæſaris.

TEXTVS.

3. Oſtendimus, qui poſſent de ſuſpecto cognoſcere: nunc videamus qui ſuſpecti fieri poſſint. Et poſſunt quidem omnes tutores fieri ſuſpecti, ſive ſint teſtamentarii, ſive non ſint, ſed alterius generis tutores. Quare etſi legitimus fuerit tutor, poterit accuſari. Quid ſi patronus? Adhuc idem erit dicendum: dummodo meminerimus famæ patroni parcendum eſſe, licet ut ſuſpectus removeatur.

COMMENTARIVS.

TErtium hoc caput eſt, qui poſſent ſuſpecti poſtulari, vel accuſari. Et omnes nimirum tutores. Sed cur ait *ſive ſint teſtamentarii*, & cur potius horum quam Dativorum aut legitimorum primam & præcipuam facit mentionem? Fortaſſis quia Lex dat agnatos proximos, pro quibus eſt præſumptio, & dativi aut dantur ex inquiſitione aut ſatisdant, & tamen pro teſtamentario facit judicium patris; ut major etiam videretur ratio dubitandi *arg. l. 4. C. h. t.* Porro non tantum tutores & curatores pupillorum & adultorum, ſed etiam furiosorum & prodigorum accuſari poſſunt *l. 3. §. h. t.* etiam curator ventri datus *d. l. 3. §. 3.* Scilicet ferendum non eſt, ut quicunque tandem ille ſit tutor aut curator, alterius bona & patrimonium diſpendat. Et teſtamentarius tanto magis odio dignus, quod ſpem de ſe à teſtatore conceptam fefellit.

Quod ſi patronus.] Graviorem oportet eſſe dolum, ut hic poſtuletur ſuſpectus, & removeatur; ceteroquin ei potius curator adjungendus erit *hiſ tutor 9. de ſuſp. tut.* ubi id generaliter traditur de tutoribus, qui pupillo conjuncti ſunt; quæ ratio videtur in omnibus legitimis procedere: ſed hoc magiſtratus ex proximitate gradus æſtimabit. Sed cur & *hic & d. l. 9.* tantum patroni non etiam parentis fit mentio, qui tutor eſt filii emancipati? Puto propter vinculum, quo filius natura obſtrictus eſt & manet, non permiſſum fuiſſe, ut pater ſuſpecti poſtularetur: ſed omnimodo ei adjungendum curatorem.

Famæ patroni parcendum.] In parentes & patronos famoſa actio non datur. Et ubi idem factum eſt, ex quo in alium datur actio turpis, in hos actio in factum tantum conceditur, ut mètio doli omittatur, *l. non debet 11. de dolo l. parens 5. de obſeq. præſt. l. 1. §. Inter dictum. 43. de vi arm.* Idque hic facilius eſt, cum non ſit de eſſentia hujus poſtulationis aut remotionis, ut irroget infamiam, ut mox dicemus.

TEXTVS.

4. Conſequens eſt, ut videamus, qui poſſent ſuſpectos poſtulare. Et ſciendum eſt, quaſi publicam eſſe hanc accuſationem, h. e. omnibus patere. Quinimo mulieres admittuntur ex reſcripto Divorum Severi & Antonini: ſed hæ ſolum, quæ pietatis neceſſitudine ductæ ad hoc procedunt: ut puta mater: nutrix quoque & avia, poteſt & ſoror. Sed etſi qua alia mulier fuerit, quam prætor propenſa pietate intellexerit, ſexus verecundiam non egredientem, ſed pietate productam non ſuſtinere injuriam pupillorum, admittet eam ad accuſationem. Impuberes non poſſunt tutores ſuos ſuſpectos poſtulare: puberes autem curatores ſuos ex conſilio neceſſariorum ſuſpectos poſſunt accuſare: & ita Divi Severus & Antoninus reſcripſerunt.

COMMENTARIVS.

QUartum hoc caput eſt, qui poſſint ſuſpectos poſtulare. Et ait Juſtin. hanc accuſationem omnibus patere, ideoque eſſe quaſi publicam. Hinc enim judicia publica dicuntur, quod quivis è populo perſecutionem habet *§. 1. infr. de public. act.* ubi dicemus. Quia autem alia quædam ſunt, quæ judicia proprie publica faciunt, & in primis quod tendunt

Digitized by Google

tendunt quaſi ad vindictam Reip. & alia in judiciis publicis præcedendi forma, & in iis non prætor Urbanus, apud quem poſtulantur ſuſpecti, ſed alii magiſtratus cognoſcebant: Etenim iis ab accuſatione deſiſtens incidebat in SC. Turpil. quod in hac accuſatione ſecus eſt, *l. 1. §. ſuſpecti 11. ad SC. Turp.* ideo ait eſſe accuſationem *quaſi* publicam *l. 1. §. 6. h. t.* nam & revera privatam utilitatem pupillorum reſpicit. Privata autem vel ideo hæc poſtulatio non eſt, quoniam in privatis judiciis quiſque perſequitur quod ſua intereſt, & ſibi aliquid applicari petit: quod hic non obtinet. Cur autem accuſatio dicatur, ex iis quæ paulo poſt dicemus, apparebit.

Quinimo mulieres.] *L. 1. §. ſen. h. t.* Apparet ab iſta qualitate quod omnes poſſint accuſare, vel maxime hanc accuſationem dici publicam, quandoquidem admittuntur quædam perſonæ, quæ publico judicio accuſandi facultatem non habent, ut ſunt mulieres, *l. qui accuſare 8. de publ. iud.* Neque enim tantum admittitur mater, avia, nutrix, ſoror, quæ videri poſſunt hic quodammodo ſuorum injuriam proſequi, quo caſu, & in judicio publico fœmina conſiſtere poteſt *l. 1. de accuſat. l. de crimine 11. C. qui accuſare, &c.* Sed etiam aliæ quæ pietate motæ videntur erga pupillum *h. §. ver. ſed eſt.* Quod autem minores poſſunt poſtulare curatores ſuos, (impuberes enim non poſſunt *h. §. & l. pietatis 6. in f. C. eod. l. 7. D. eod.* hoc enim ſolum illis conceſſum eſt ſpeciatim, ut cum tutoribus exſequantur mortem patris *l. 2. §. 1. de accuſat.* ipſis autem tutoribus collegas ſuſpectos facere inbumbit.) ſpeciale non eſt, quoniam hic perſequitur ſuam injuriam; in quib. terminis accuſare judicio publico minor poteſt, *arg. l. 4. ubi id notant Dd. C. de auctor. præſt.* Debent autem hoc facere ex conſilio neceſſariorum: quinimo ſi curator ſuſpectus, ſolus ſit, videatur ad hunc actum poſtulationis minori opus eſſe curatore, per *d. l. 4.* Ubi vult Imp. ut minor cum autoritate curatoris accuſet; aut an ſpeciale eſſe dicemus, in hoc caſu, ubi minor reipſa privatum ſuum intereſſe perſequitur: & tantum hoc petit ut removeantur curator, non ut ſibi quid adjudicetur: ceteroquin minor ut agat ſine curatore ad litem, permiſſum non eſt, ut docet *§. invito 2. ſup. de curatoribus.*

Deniq; addendum, hactenus quoq; publicis judiciis ſimilem eſſe hanc accuſationem, quod ſicut in illis aliquando magiſtratus ſine accuſatore per inquiſitionem procedebat, de quo dicemus *inf. l. 4. in. ult.* ita & hic aliquando prætor tutorem notorie male adminiſtrantem, ex officio, nullo poſtulante poteſt removere *l. 3. §. præterea 4. h. t.*

TEXTVS.

5. Suſpectus eſt, qui non ex fide tutelam gerit: licet ſolvendo ſit, ut Iulianus quoque ſcripſit. Sed & antequam incipiat tutelam gerere tutor, poſſe eum quaſi ſuſpectum removeri, idem Iulianus ſcripſit, & ſecundum eum conſtitutum eſt.

Huic addendus eſt §. vlt.

Noviſſime autem ſciendum eſt, eos qui fraudulenter tutelam adminiſtrant, etiam ſi ſatis offerant, removendos eſſe à tutela; quia ſatisdatio tutoris propoſitum malevolum non mutat, ſed diutius graſſando in re familiari facultatem præſtat. Suſpectum enim eum putamus, qui moribus talis eſt, ut ſuſpectus ſit. Enimvero tutor vel curator, quamvis pauper ſit, ſi delis tamen & diligens, removendus non eſt, quaſi ſuſpectus.

COMMENTARIVS.

QUintum hoc eſt ex iis quæ hoc tit. traduntur. Quinam ſit ſuſpectus, & quid faciat ſuſpectum, ut poſtulari quis & removeri poſſit: & nimirum Mala adminiſtratio. Juſtinianus ait ſuſpectū eſſe, qui non ex fide tutelam gerit. Ubi vel ſuſpectus definitur à principaliori; vel *non ex fide gerere*, latius accipitur: neque enim tantum poſtulatur ſuſpectus & removetur, qui doloſe & fraudulenter adminiſtrat ſed etiam qui tantum negligenter *l. in poſtulandis 5 C. h. t. l. 3. §. vlt. D. eod.* Et hæc nimirum adæquata iſtius accuſationis cauſa: non paupertas, ut *in ſi tit.* hic traditur: & tamen, valde pauperibus curator adjungi debet; *l. pietatis 6. C. h. t.* vel quia ob paupertatem cogunturres ſuas fere tantum agere, ut ſibi victum quærant, vel quia periculum eſt, ne nimia inopia faciat eos aliquid abſumere ex bonis pupilli: Ex adverſo divitiæ non faciunt, ut ne quis poſtuletur ſuſpectus, etiam ſi per ſatisdationem ſit cautum pupillo, etiamſi tutor de novo offerat ſatisdationem, h. textu, & *l. ſuſpectus*

§. cum l. ſeq. h. t. præſtat enim rem pupilli ſalvam conſervare.

Sed & antequam incipiat.] Limitatio quædam eſt ad id quod jam dixerat: ſuſpectum eſſe, qui non ex fide tutelam gerit. Etenim qui nondum cepit adminiſtrare, utique nondum geſſit tutelam. Sed enim ſatis eſt talem eſſe tutorem, qui non ſit recte geſturus: ſi antequam incipiat gerere, ejus improbitas ante celata emergat. Sed & citra hoc poteſt tutor ut ſuſpectus removeri, ſi non faciat, quæ facere tutorem oportet, veluti ſi nolit ſatiſdare *l. 2. C. de tut. vel cur. qui ſatis non ded.* aut ſi in adminiſtratione ſuſcipienda ceſſet, *juxta l. 2 & 3. C. h. t. junct. l. 4. §. ult. D eod.* Et hoc poteſt haberi pro ſexto capite quod tractatur h. t. quando tutor poſſit removeri, ut ſuſpectus. Dicitur autem recte removeri, licet nec dum quidquam geſſerit, quoniam ſtatim ubi datus eſt, tutor eſt, & in *d. l. 2. & 3. C. h. t.* diſerte dicuntur poſtulari ſuſpecti ante cœptam adminiſtrationem. Et quid igitur eſt, quod dicitur in *l. ha enim §. ult. h. t.* eos qui nihil geſſerunt, removeri quidem poſſe, ſed non ſuſpectos poſtulari? An ſtrictius ibi uſurpatur verbum *ſuſpecti* ceteroquin remotio, requirit & præſupponit poſtulationem. An intelligit eos qui citra ullam contumaciam per ſolam ignaviam res non attigerunt, maxime cum haberent contutores.

TEXTVS.

6. Suſpectus autem remotus, ſiquidem ob dolum, famoſus eſt, ſi ob culpam, non æque, ſi quis autem ſuſpectus poſtulatur, quo ad cognitio finiatur, interdicitur ei adminiſtratio, ut Papiniano viſum eſt. Sed ſi ſuſpecti cognitio ſuſcepta fuerit; poſteaque tutor vel curator deceſſerit, extinguitur ſuſpecti cognitio. Si quis tutor copiam ſui non faciat, ut alimenta pupillo decernantur, cavetur epiſtola Divorum, Severi & Antonini, ut in poſſeſſionem bonorum eius pupillus mittatur, & quæ mora deteriora futura ſunt iubentur dato curatore diſtrahi. Ergo removeri poterit, ut ſuſpectus qui alimenta non præſtat. Sed ſi quis preſens negat, propter inopiam alimenta poſſe decerni, ſi hoc per mendacium dicat, remittendum eũ eſſe placuit ad Præfectum Urbi, puniendum: ſicut ille remittitur, qui data pecunia miniſterium tutelæ redemerit. Libertus quoque ſi fraudulenter tutelam filiorum vel nepotum patroni geſſiſſe probetur, ad præfectum urbi remittitur puniendus.

COMMENTARIVS.

1 *Proceſſus contra tutorem abſentem.*
2 *Pœna tutoris remoti.*
3 *Explicatio l. 3. §. 15. h. t.*
4 *An ob latam culpam remotus ſit infamis.*
5 *Qua ſit qualitas huius iudicii.*

HOc ſeptimum eſt & principale caput *huius tit.* de effectu inſtituræ hujus accuſationis. Adjiciuntur tamen quædam quæ pertinent ad caput quintum. Quis ſit ſuſpectus, & ex quibus factis ſuſpectus arguatur: veluti, ſi alimenta pupillo non præſtat, ſi non eſſe unde alatur pupillus, per mendacium dicat: cum præſumatur ipſe ſpoliaſſe pupillum & intervertiſſe in uſus ſuos, unde pupillo alimenta paranda erant. Additur etiam in §. *ſed ſi* 8. modus ſingularis, quo finitur accuſatio ſuſpecti: Nimirum ſi tutor licet cœpto judicio mortuus fuerit. In cauſis civilibus ubi actor petit pecuniam quæ ſibi adjudicetur poſt litem conteſtatam licet mortuo reo, non finitur judicium, ſed tranſit actio etiam penalis in ſolidum in hæredes, ut dicemus *in §. 1. in fin. infr. de perpet. actionib.* In hac autem poſtulatione nihil petitur, quod adjudicetur actori ex bonis tutoris, ſed tantum ut removeatur: nam ſi quid damni ex mala adminiſtratione ſentit pupillus, id poſt venit in actionẽ tutelæ, quę minime finitur morte tutoris, & quæ ut locum habere poſſit accuſatio ſuſpecti inſtituitur, quoniam ut ſupra dictum, durante tutela non datur hæc actio. Et hinc iſta quoque hujus rei ratio eſt, quod morte tutoris ſolvitur & finitur tutela. Ex quo eſt, ut pubertate vel aliis modis tutela finiatur, finiatur quoque cognitio ſuſpecti *l. pen. h. t. l. 1. C. eod.* Atque hactenus hæc poſtulatio ſimilis eſt excuſationibus criminum, quæ & ipſe regulariter Reo licet poſt cœptum judicium mortuo extinguuntur *l. 1. 2. & C. ſi reus vel accuſ.* Porro at quod principali-

1 ter † hic tractari diximus, exſequamur, ſi tutor abſens eſt contumaciter, & nec officium facit, nec

dit, nec ob abſentiam in judicium trahi poteſt, proceditur contra eum ſicut alias ſolet contra debitores abſentes; ut nimirum pupillus tamquam creditor mittatur in poſſeſſionem bonorum tutoris, de qua miſſione *in tit. Ex quibus cauſ. in poſſ. eat.* Iſta miſſio non tribuit veram poſſeſſionem, ſed tantum detentionem & quaſi cuſtodiam bonorum, ut creditor & hic tutor, qui bona ſua libera habere cupit, veniat, reſpondeatque iis qui eum ſuſpectum arguere volunt. Et tamen hic plus tribuitur pupillo, quam creditoribus aliis, qui ob abſentiam debitoris non reſpondentis in poſſeſſionem bonorum mittuntur: hi enim nudam habent interim cuſtodiam: donec prætor porro non comparente reo curare conſtituto bona diſtrahi permittat; atquin hic protinus curator datur juxta hunc textum, qui diſtrahat bona, fere ideo, ut ex pecunia pupillo alimenta conſtituantur. Ideo autem in iſtis terminis ita proceditur contra abſentem quia alimenta decernenda ſunt (de quo caſu hic agitur,) cum cauſæ cognitione, & adeo tutore audito & præſente, ut apparet *ex l. 3. D. ubi pup. educ. l. 2. C. de alim. pup. præſt.* unde *in l. 3. §. tutor 14. D. h. t.* tractatur de tutore, qui ad alimenta pupillo præſtanda copiam ſui non facit. Neque propterea cum Hottoman. quod hic de miſſione in poſſeſſionem traditur ſuſpectum habere debet, quod aliud ejus rei teſtimonium non extet, aut quia in *l. 3. §. tutor 14. l. ult. ubi pup. educari debeat.* ſcribitur, hoc caſu tutorem ut ſuſpectum removeri, aut ei curatorem adjungi. Nam & alia ſingularia ſunt in his libris; & ad magiſtratus arbitrium hoc pertinet, quomodo fit procedendum. Et tamen non video quomodo non manifeſto erret Hottom. cum iſtud de miſſione in poſſeſſionem expreſſe ſcriptum ſit in *l. Impubes. h. 7. §. 2. h. t.* ubi contra tutorem præſentem cœpta † eſt, cognitio, interdicitur ei adminiſtratio, ne interea negotia & bona pupilli attingat *h. textus* §. 7. idque ipſa poſtulatione ſuſpecti effectum intelligitur, citra ſpeciale decretum prætoris, ut apparet ex *l. quod ſi 14. §. 2. in f.* quamvis ſuperflua non nocent, & prætorem ſive præſidem ſolitos fuiſſe jubere ut abſtineret tutor adminiſtratione, indicio eſt *l. eum quem 7. C. h. t.*

Peracta accuſatione & convicto tutore, quæritur de ſententia & pœna, quæ variat pro varietate admiſſi. Et nimirum tutor aut doloſe verſatus eſt, aut tantum negligenter. Hoc caſu removetur (aliquando tamen ei curatorem adjungi ſupra diximus) *l. 9. h. t. arg. §. 2. in f. h. t.* ſalva fama & exiſtimatione *l. 3. §. ult. & l. ſeq. in pr. h. t.* idq; eſt quod Juſtin, hic ait in §. *ſuſpectus 5.* remotum ob culpam non fieri famoſum, id eſt infamem; ita enim hoc verbo boni autores utuntur. Doctores noſtri vulgo famoſum intelligunt celebrem, & in bonam partem accipiunt. Illo caſu (niſi ſicubi famæ tutoris ex ſpeciali cauſa parcitur, ut diximus ad §. 2.) removetur cum nota infamiæ. Et hæc nota vel ſola eſt, vel adjunctam habet pœnam graviorem etiam corporalem, ut ex eo apparet, quod tutor remittitur puniendus ad præfectum urbi, qui merum imperium & jus irrogandi pœnas corporales habet; Ceteroquin ſi de multa ageretur, non opus eſſet illa remiſſione, cum prætor habeat jus multandi: per *l. 2. §. ult. de iud.* ſed non imperium merum, & jus coercendi in corpus, prætor ſcilicet Urbanus, qui cauſis civilibus tractandis conſtitutus erat; nam poſteriorib. temporibus & jam Ciceronis ætate prætores, qui præerant judiciis & quæſtionibus publicis, imperium merum cum conſilio habuerunt ſicut & olim qui in provincias mittebantur. Atque remittebatur ita tutor ad præfectum urbis, ob fraudem inſigniorem *iuxta §. ſed ſi quis 10. h. t. l 3. §. ſed ſi 15. ff. eod. l. 1. §. ſolent. 7. de off. præf. urb.* (*ubi tutelam nummis occupaſſe in d. §. 10.* dicitur, *data pecunia tutelæ miniſterium redemiſſe*: neq; neceſſum eſt ut cum Cujac. legamus, *miniſteriis*, licet ita loquatur *ICtus in*

3 † *l. 3. §. ſed ſi 15. in f. h. t.* Videtur tamen hoc caſu, ubi redemit tutelam, vel per mendacium negat alimenta poſſe præſtari, non removeri, ſed tantum puniri, per text. in *l. 3. §. ſed ſi 15. h. t.* per quem ita ſtatuit gloſſ. Sed ſane juſta cauſa removendi eſt in utroque caſu: an forte intelligit non removeri, tãquam qui male geſſerit: Certe non ſit utile pupillo manere eum tutorem, qui pupilli cauſa punitus fuit. Et non ibi Acc. quod quidam intelligant, not, TANTUM (quæ particula & alibi ſubintelligitur,) ut non tantum removeatur, ſed ET puniatur, quam particulam ET quædam exemplaria agnoſcunt. Porro fraudem tutoris auget & graviorem facit perſona tutoris, ſi libertus ſit §. *pen. h. t.* Unica hic reſtat quæſtio: Ob dolum remotum conſtat

4 † regulariter fieri infamem. Quæritur quid juris ſi removeatur ob latam culpam. Controverſiam facit §. *ſuſpectus 6. h. t.* quonam facit mentionem doli & culpæ, & agitatur ad utrũ membrum lata culpa pertineat. Et ut paucis agam, cum illis ſentio, qui latam culpam referunt ad dolum, eoque ob hanc culpam remotum infamia notatum putant. Ratio ſolida eſt quia æquiparatorum eſt eadem ratio in eo ſcilicet in quo æquiparantur; legimus autem paſſim æquiparari latam culpã quæ

eſt nimis craſſa & ſupina negligentia) dolo, ut ob eam pariter & dolum quiſque conveniatur: *l. magna 226. de Verb. ſignific. l. ſi fideiuſſor. 29. in pr. Mandati l. 1. §. 1. ſi menſ. falſ. mod. l. ubi 8. de edendo.* adeo ut licent tex. uratur particula taxativa, *tantum* teneri quem ob dolum, aut, *non aliter* quam ob dolum, nõ excludarur tamen lata culpa. Ita menſor licet dicatur duntaxat teneri ob dolum, tamen etiam ob latam culpam *d. l. 1. §. 1.* Idem in precario *l. quæſitum 8. §. ſi ſervitute 5. & §. ſeq. de precar.* Accedit, quod *in l. 3. §. ult. h. t.* remotus non fit infamis, ſi ob ſimplicitatem aut ineptiam vel deſidiam removeatur, quæ non incidunt in latam culpam *arg. §. pe. inſ. quib. mod. re contr. oblig.* Porro eodem modo cum in depoſitum dicatur tantum venire dolus *l. contractus 23. de R. I.* tamen venit etiam lata culpa *l quod Nerva 32. depoſit. l. 1. §. 15. quoq; 5. de obl. & act.* Exiſtimabam aliquando id tantum procedere, & latam culpam æquiparari dolo, ubi ageretur de eo quod cuiuſcunque intereſt, ut uti quis damnum dediſſet lata culpa in rebus meis, ad illud reſtituendum peræq; teneretur, ac ſi dolo feciſſet. Sed deprehendi id falſũ eſſe, duplici exemplo, 1. Quod cum contra contumacem aut doloſum æſtimetur res quæ non reſtituitur per juramentum actoris, longe ultra precium rei, tamen etiam oblatam culpam ita in litem jurari receptiſſimum eſt, & probatur ex *l. 2. C. de in lit. inr. 2.* Quod etiam ex cauſa actionis pœnalis in duplum lata culpa dolo comparatur *l. 1. §. 2. ſi is qui teſt. lib. eſſe.* Accedit, quod etiam quo ad infamiæ notam incurrendam ſufficit ignorantia juris *l. liberorum 11. §. ult. de his qui not. inf.* & tamen iſta non eſt dolus, ſed ad ſummum lata culpa. Accedit etiam, quod depoſiti & mandati damnatus ob dolum itidem fit infamis, & tamen in contractibus indiſtincte dolus & lata culpa æquiparantur: In criminalibus plane ubi agitur de pœna irroganda in corpus, requiritur dolus omnino liquidus & verus: itaque in his lata culpa æquipari dolo non ſolet, ut notant *Dd. in l. in lege 7. ad Corn. de Sic.* Nec obſtat *§. 6. h. t.* quia communiſſima eſt opinio, quod verbum culpæ ſimpliciter prolatum, accipiatur de culpa in ſpecie ſumta, quæ dicitur levis, æquiparatio a. illa de qua diximus, efficit, ut lata culpa ſub appellatione doli comprehendatur. Ideoque ineptum eſt, quod Weſemb hic præſupponit, culpæ verbo hic contineri & latam: ineptum etiam & falſum, quod ait culpam latam æquiparari dolo, ad removendum non ad infamandum. Ita enim non æquipararetur dolo, quoniam ad removendum etiam levis culpa ſufficit

5 Cum tam varie coerceatur tutor † ſuſpectus, apparet poſtulationem fuiſſe quandam extraordinariam actionem, qua nihil certi ſuper puniendo tutore petebatur, ſed hoc tantum, ut ille removeretur per officium magiſtratus; & hic prout deprehenderat peccaſſe tutorem, ita condemnabat, aut ſimpliciter removendo, aut cum nota famæ, aut, ſi graviori pœna opus eſſet, ad ſuperiorem remittendo: Quod ſi certum aliquid petitum fuiſſet, & jure peti potuiſſet, aut debuiſſet, intra illos cancellos cognitio, & pœna ſubſtitiſſet, & aut prætor numquam remiſiſſet tutorem poſt cognitam cauſam, aut initio cauſa tota & cognitio ad ſuperiorem remiſſa fuiſſet. Apparet ſimul & hoc recte dici iſtam accuſationem, tam quia actor nihil petiit ſibi applicari, tum quia pro qualitate cauſæ, reo etiam pœna in corpus irrogari poteſt. Licet autem hoc ita ſit, verum tamen videtur, quod Interpp. communiſſime hic ſcribunt, poſſe etiam expreſſe ita agi, ut tutori pœna irrogetur in corpus: ſed hoc caſu recta accuſatio inſtituenda fuerit apud præfectum urbi: tum etiam hoc caſu inſcribere in crimen accuſatorem, & alia in judiciis criminalibus ſola intervenire oportebit.

FINIS COMMENTARIORVM IN LIBRVM primum Inſtitutionum.

AD

Digitized by Google

AD LIBRVM SECVNDVM INSTITVTIONVM JURIS,

Ad Titulum Primum,

DE RERVM DIVISIONE,

& adquirendo ipſarum dominio.

TEXTVS.

1. Superiore libro de jure perſonarum expoſuimus: modo videamus de Rebus: quæ velin noſtro patrimonio, vel extra patrimonium noſtrum habentur: Quædam enim naturali jure comunia ſunt omniũ, quædam publica, quædam univerſitatis, quædam nullius, pleraque ſingulorum: quæ ex variis cauſis cuique acquiruntur: ſicut ex ſubjectis apparebit.

COMMENTARIVS.

1 *De inſcriptione tituli.*
2 *Res quomodo obiectum ICti.*
3 *Quid ſit patrimonium.*

1 VT aliquid de Rubrica† dicamus, teſtantur Contius & Ruſſardus, verba *& adquirendo earum dominio* ab omnib. manuſcriptis abeſſe: & ipſe inſpecto uno & altero id ita eſſe deprehendi. Theophilus quoque ita habet εἰς περιγράφειν δεσποινας & nihil ultra, ſed utut ſit, ipſa tractatio tituli requirit, hæc poſteriora verba, & quæ ſub duob. tit. Digeſt. *lib. 1. tit. 8. & libr. 41. tit. 1.* tractantur, in hunc unum titulum relata ſunt, & inepta mihi videtur ratio *Pacij in Notis ad hunc tit.* Qui, hæc verba, inquit, adjecit, non videtur intelexiſſe modos adquirendi, de quibus, h. t. agitur, contineri ſub ultimo ſecundæ diviſionis membro, adeo ut plena & perfecta ſit inſcriptio, *de Rerum diviſione.* Inepte, inquam, & falſo: Ita enim mutila futura ſit tractatio *ſub tit. 8. d. lib. 1.* & vero ſi illi modi continentur ſub verbis, *quædam ſingulorum,* (hæc enim verba intelligit) potuerunt etiam contineri ſub prima diviſione, ſub verbis, in *patrimonio noſtro.* Et aliud eſt dividere tantum, aliud modos adquirendi tractare. Et ſane qui ſimpliciter inſcribit, de rebus, de obligationibus, de Actionibus, ille recte ſub titulo omnia tractat, quæ ad eam rem pertinent: at qui promittit ſe dicturum de Rei alicuius diviſione, ille citra vitium alia extra diviſionem non proponit: Itaque omnino iſta tenenda eſt inſcriptio, *De rerum diviſione & adquirenda ipſarum dominio.* De Dominio, quid ſit, in ſeqq. tractandi dabitur occaſio.

Videamus de Rebus] Et tribus objectis, propoſitis in *§. ult. ſup. tit. 2.* prius explicatum eſt, de perſonis. Sequitur alterum de Rebus, quo verbo, (ut docet ipſa objectorum diſtinctio (cetera præter perſonas & actiones ſignificantur: cum alias generalius loquendo actiones quoque & perſonæ, etiam res ſint. Sub appellatione rerum, etiam cauſæ continentur, nec tantum hæ quibus Res ipſas aut jus in iis reale, ſed etiam ex quibus, conſequimur jus ad res, quod fit per obligationes. Ex quo non male ii, qui

Digitized by Google

qui totum hoc ſecundum objectum, in tractatione de dominio & obligatione occupari & conſumi ſcribunt; idque ipſa tractatio horum librorum hinc uſque ad *tit. 6. lib. 4.* oſtendit, & dicemus *inf. 2 lib. 3. tit. 14.* Rei autem tractationem † propriam JCto fecit modus conſiderandi; nam ut monuimus *ſup. tit. 1. lib. 1.* in definitione Juriſprudentiæ, Res non conſiderat JCtus, ut cauſas earum & naturam inquirat, ſed quatenus cives in iis jus aliquid habent, & quatenus circa eas jus & juſtitia poteſt, & debet adminiſtrari: ad quam tractationem accommodata eſt diviſio hic inito propoſita, quod Res vel ſint in patrimonio noſtro, vel extra patrimonium noſtrum; non quod actu in eo protinus ſint, ſed quod ita affectæ ſint & ejus conditionis, ut in patrimonio noſtro eſſe poſſint: nam extra ea quæ ſunt communia publica, univerſitatis, & nullius (prout verbum iſtud in diviſione ſeq. uſurpatur) feræ beſtiæ extra noſtrum patrimonium actu exiſtunt. Fruſtra autem hic objicitur *l. 1. de uſu & uſufr. leg. ubi in bonis* eſſe ſpecialiter uſurpatur & ſtrictius, ut inde jura incorporalia & ſcilicet ſervitutes excludi videantur: de quo, & de vera explicatione diximus ad *pr. inf. de uſufr.* & quædam ad § *ult. inf. de vi bon. rapt.* Patrimonium † Cujacius ait proprie ſignificare bona quæ à patre obvenerunt, matrimonium, quæ à matre; citat locum ex Seneca 1. *de benef.* 3. quem ab Eraſmo depravatum, & pro *matrimonio* ſubſtitutum *Patrimonium* ait. Ego ſecus ſentio, & omnino ibi legendum, *Iste patentis patrimonii*, quoniam nulla ratio, aut color afferri poteſt, cur ibi Seneca bonorum potius meminerit, quæ à matre obvenerunt. Fides ſit penes ipſum, quod Suetonius & Valer. Max. (quos jam totos evolvere non vacat, & quos ipſe nullo notato loco advocat) eo verbo ita ſint uſi, & mihi tanto minus iſta uſurpatio verbi huius probabilis fit, quod conſtat jure veteri liberos matribus non ſuccеſſiſſe. Adducit etiam *Auguſtin. Serm. 85 de tempore.* Ibant, ad paſſiones, obliviſcentes patrimonia & matrimonia ſua, ſed potius Auguſtin. ibi ſenſu vulgatiſſimo id verbum uſurpare videtur, quod bona illi & conjuges reliquerint, prorſus patrimonium hic ſignificat univerſa quæ in bonis habemus, ut procul dubio etiam nomina & actiones comprehendantur; licet aliquando verbo patrimonii ſtrictius accepto hæc inter ſe diſtinguantur. Sed omiſſis verbis ipſam rem videamus.

Quædam enim.] Non hæc eſt ſubdiviſio, ſed late æque patens diviſio, & prioris diviſionis explicatio. Quæ enim communia, publica, univerſitatis & nullius ſunt, ea extra patrimonium: quæ ſingulorum, ea in patrimonio ſunt. Difficilioris autem explicationis eſt, quæ proprie ſint communia, quæ publica, & quomodo hæc, nimirûm communia & publica ab invicem diſtinguantur. Id in ſeqq. §. quibus ſingula membra proponuntur & explicantur exemplis extricare conabimur.

TEXTVS.

1. Et quidem naturali jure communia ſunt omnium hæc, aer, aqua profluens & mare, & per hoc littora maris: Nemo igitur ad littus maris accedere prohibetur: dum tamen à villis & monumentis, & ædificiis abſtineat: quia non ſunt juris gentium: ſicut eſt mare: Flumina autem omnia & portus publica ſunt: ideoque ius piſcandi omnibus cõmune eſt in portu fluminibuſque. Eſt autem littus maris quatenus hibernus fluctus maximus excurrit. Riparum quoque uſus publicus eſt jure gentium ſicut ipſius fluminis: itaque naves ad eas appellere, funes arboribus ibi natis religare, onus aliquod in his reponere, cuilibet liberum eſt, ſicut per ipſum flumen navigare. Sed proprietas earum illorum eſt, quorum prædiis hærent: qua de cauſa arbores quoq; in eisdem natæ, eorundem ſunt. Littorum quoque uſus publicus eſt & juris gentium, ſicut & ipſius maris: & obid cuilibet liberum eſt, caſam ibi ponere, in quam ſe recipiat, ſicut retia ſiccare & ex mari deducere; proprietas autem eorum poteſt intelligi nullius eſſe, ſed ejuſdem juris, cujus & mare, & quæ ſubjacet mari, terra vel arena.

COMMENTARIVS.

1 *Communia & publica an differant.*
2 *Communia unde dicantur & quæ ſint.*
3 *De publicis.*
4 *An piſcandi ius in privatis fluminibus.*
5 *Riparum proprietas an privata.*

UT

itized by Google

UT præmonui, difficultas eſt, in definitione & distinctione† communium & publicorum; cum, præſertim ita hic agat Juſtinianus, ut ea modo ſeparare, modo confundere & pro iiſdem uſurpare videatur. Et Hottomannus plane hic, quoniam in *l. 2. de diviſ. rer.* ex qua diviſio iſta deſcripta eſt, tantum communium fit mentio, non etiam publicorum, putat, hoc loco, pro verbis, *quædam publica* legendum eſſe, *quæ eadem publica*, *vel, quorum quædam publica.* Verum ſi ex communibus fatetur quædam eſſe publica in ſpecie dicta, neceſſario diſtinctionem communium & publicorum admittere cogitur: communium videlicet, in ſpecie dictorum. Nam ultro perſpicuum eſt, verba iſta, *communia publica*, aliquando confuſim uſurpari; & quæ communia ſunt, eadem publica dici, ut de littoribus §. 1. *h. t. & l. quod in* 14. *de acq. rer. dom. l. præſcriptio* 45. *de uſuc. l. quamvis* 50. *de acq. rer. dom.* ubi littora dicuntur publica eo quoque reſpectu, quo in iis ædificatum ſit ædificantis. Sed alio ſenſu non poſſe ea invicem diſtingui, non protinus efficitur: & proinde ego potius ſenſerim cum Antonino Vacca, quod hæc duo verba, *quædam publica* exciderint ex *l. 2. D. de rer. diviſ.* & in eum locum ſint reponēda, nam & apud Theophilum quoque eadem diviſio eſt, & diſerte communia à publicis diſtinguuntur. Videamus quid Juſtinianus dicat:

Naturali iure communia ſunt.] Scilicet non ſunt communia ex privata conventione aut diſpoſitione juris civilis: ſed jure naturali, quoniam ipſa natura in hunc uſum iſta produxit: & recte Accurſius intelligit hic jus gentium & ſcilic. primævum. Licet enim etiam beſtiæ quibuſdam, quorum hic mentio, utuntur, ut aere, aqua, tamen oportet ad unum ſubjectum & cetera quæ hic tractantur referre: & in dubio jus naturale & omnino Jus ad homines pertinet: & hic ſimul de jure adquirendi iſta tractatur. Et poteſt hinc ſumi qualitas una† rerum communium, vel ſecundum quam aliquid dicatur commune, quatenus videlicet ad eum transfertur uſum, ad quem ipſa natura produxit. Publicum autem dicimus, quatenus uſus habet aliquid inventionis humanæ: atque ita unum idemque pro diverſitate uſus, poteſt dici & commune & publicum. Altera hinc qualitas occurrit & differentia: Communia ea eſſe, quæ utendo quodammodo noſtra faciamus, veluti aerem attrahendo, aquam hauriendo: Ita enim iſtud de aere, & ipſo ſcilic. elemento, accipiendum videtur. Nimis enim remotum eſt, quod Hottoman. intelligit jus aucupandi, & ædes ſuas in aerem extollendi, quod præſertim de utroque hoc infra propriis locis agitur: Atque hæc ita comparata ſunt, ut nulli mortalium negari poſſint: nec aer in quo res nimis aperta eſt: nec aqua, citra ſummam injuriam; unde apud Ovid.

Quid prohibetis aquas, uſus communis aquarum eſt.

Et fatendum eſt, hic eſſe gradus, nec eodem modo & gradu omnia eſſe & dici communia, adeoque *commune* non eſſe genus univocum, ſed æquivocum, quæ Logici vocant συνώνυμα, & quæ non ex æquo inſunt & ſe communicant ſuis ſpeciebus. Et ita accipiendum eſt quod ait JCtus in *l. iniuriarum* 13. §. *ult. de iniur.* mare & litora eſſe communia omnium, ſicut & aerem: ut ſcilicet intelligamus comparari ratione generis communis, ſed æquivoci: ceteroquin comparatio illa perſpicue falſa eſſet. Oportet plane, licet genus æquivocum ſit, tamen quia genus eſt, ſpecies omnes aliquid inter ſe habere commune. Et videl. iſtud, quod natura ipſa hæc ad uſum omnibus hominib. produxerit: tum quod latiſſime earum uſus patet, & quidem quod præcipuum eſt, ut occupari poſſint, & occupando noſtra fieri, licet non omni modo eodem adquiſitionis genere & effectu: Aliter aerem, aliter aquam quam haurimus noſtram facimus: aliter litus aut mare, nam & iſta duo inter communia referuntur, §. 1. *h. t.* Et in littore permiſſam occupationem, docent textus *l. præſcriptio* 45 *de uſucap. l. quod in* 14. *de adq. rer. dom. l. quamvis* 50. *eod. tit.* eoque ſenſu dicitur in *l. 4. Ne quid in loco pub.* ædificare in littore licere jure gentium & in *l. 1. §. quod ſi* §. *de novi op. nunt.* non poſſe ei nuntiari novum opus qui in littore ædificet, & quod ædificatur eum ſuum facere, *l. in tantum 6. de rer. div.* & porro adeo ſolum illud commune erit in quo inædificatum eſt: ceteroquin ædificium ipſius eſſe non poſſet, ſed cederet ſolo Idē eſſe in mari, ut pilas in illud jacere, inædificare liceat, & hoc modo dominus fiat, probat *d. l 1. §. 18. l. pen. de rer. div. l. 3. Ne quid in loc. pub. text. in l. 2. § adverſus 8. eod.* ubi dicitur tuendum eſſe eum qui in littore ædificat vel molem in mare jacit, *add. l. ergo* 30. §. *ult. de adq. rer. dom.* Facit ſcil. quisque hoc ſuum, non omnimodo, ſicut alia quæ privati juris ſunt, ſed interim dum occupat, dum ædificatum tenet: ceteroquin ſi quod in littore ædificavit, dirutum eſt, jam locus in priſtinam libertatem redit, & rurſus cedit occupanti *d. l. præſcriptio* 45. *de uſuc. d. l. quod in* 14. *de adq. rer. dom. d. l. in tantum 6. in pr. de rer. div.* Alia limitatio eſt ex rationibus politicis, ut ita quisque ædificare in littore & mari & ſuum facere poſſit, dum ne impediatur uſus publicus, ut

expreſſum eſt *in d. l.* 3. & 4. *Ne quidem in loco publ.* imo dum ne privato etiam incommodi quid inferatur *l.* 2. § *adverſus* 8. *eod. tit* ſimplex enim jus & ratio occupandi, quæ magis ad commodum privatum reſpicit, hic cedat, neceſſe eſt: & imo non tam ratiõ politica hoc facit, quam ipſa juris gentium ratio: quoniam ita debet privatis relinqui jus occupandi, ut ne impediatur uſus, ad quem natura aut jus gentium principaliter mare & litora produxit: & huc referendum eſt, quod traditur in *l. quamvis* 50. *de adq. rer. dom.* quamvis ita ædificatum noſtrum fiat, tamen decreto prætoris (fortaſſe principis) opus eſſe, ut id facere liceat. cetero quin, ut ib. dicitur, etiam manu prohibendus erit, ſi cum incommodo ceterorum id faciat. Hæc de communibus: Inde intelligimus, publica in ſpecie

3 † dictaeſſe, ex quib. occupando aliquid noſtrũ non facimus, ſed ſaltem uſum eorum juxta cum omnib. habeamus communem. Ubi obſtat, quod de fluminib. quoq; publicis dicitur in *l. fluminum* 24. *de dam. inf.* licere in iis ædificare & deſtruere. Nec ego id aliter explicari poſſe puto, quam ut intelligamus, non eum dominum fieri, ſed ut ad uſũ ſaltem navigandi aut piſcandi tale quid facere poſſit: itaq; comparatio fluminum cum litoribus & mari, non omnimodo ſed ſecundum quid erit accipienda. Hoc loco flumina portus, ripæ & littora inter publica referuntur. Littorum nimirum uſus publicus eſſe dicitur, & maris quoq; in §. *Littorum* 5. *h. t.* aliud a. eſt. dicere uſum rei eſſe publicum: aliud rem ipſam publicam. Littus enim commune eſt, quatenus ex eo aliquid occupare licet & ſibi proprium facere: ſed publicum eſt dum eo utimur, juxta *d.* §. 5. Male autem Hott. flumen & aquam profluentem fere pro iiſdem accipit: nam illa dicitur eo reſpectu, communis, quod eam hauriendo propriam noſtram facimus, &, quod Hott. quoq; poſt notat vocatur profluens, ut diſtinguatur ab aquis puteorum & fontium privatorum. Sed flumen, publicum eſt, dum eo utimur navigando aut piſcando, quoniam piſces in fluminib9 ſunt nullius, & hactenus etiam, ut eſt in §. *riparum.* 4. *h. t.* fluminis ripæ uſu dicantur publicæ, hactenus ut navigantibus & piſcantibus aliqua liceat uti. Quo intuitu flumen à mari, & litora à ripis parum diſtant, niſi quod quo latius patet mare eo etiam liberior & frequentior eſt litorum uſus: ſed hactenus differunt, quod riparum proprietas eſt vicinorum: litorum proprietas nullius eſt: ex quo fit, ut ex litorib. aliquid occupare fas ſit: videtur ex his colligi, non recte à quibuſdam publica & communia ita diſtiugui: quod illa ſint quorum uſus omnib. omninò hominib. pateat: hæc, quib. tantum poſſint uti qui ſunt ſubditi imperio Romano. Neq; iſtos juvat quod in *l. bona* 15. *curr. l. ſeq. de V. S.* ea tantum publica dicuntur eſſe, quæ ſunt populi Romani. Etenim alio ſenſu ſumitur ibi publicum, quam hoc loco: vel hoc argumento: quod populi Romani eſſe dicuntur, non quæ ſunt omnium ſubditorum, ſed quæ pertinent ad populum, dominum Reip. qui ſub libera Rep. erat Romæ, & ſi quib. cummunio Reip. ſecundum quid data erat. Tum porro non eo ſenſu quomodo h. t. aliquid populi Romani & ita publicum dicitur: ſed aliter, & quidem dupliciter 1. quod eſt quaſi in patrimonio populi Romani, ex quo annui reditus in ærarium recondebantur: cujuſmodi erant vectigalia, & tum in Italia tum in provinciis, agri publici &c. 2. quod non patrimonio ſed juriſdictione & imperio erat pop. Romani, cujuſmodi ſunt v. c. littora: quæ diſtinctio probatur *in l. quod in* 14. *de adq. rer. dom.* ubi ait JCtus, littora non ita dici publica, ſicut ea quæ ſunt in patrimonio pop. Roman. Ergo littora ſunt publica pop. Romani, nimirum ut explicatur in *l.* 3. *ne quid in loco pub.* littora, inquit JCtus, in quo pop. Rom. imperium habet, pop. Romani eſſe arbitror: ut ſc. juriſdictionem & imperium in iis exerceat, & ne quid contra utilitatẽ publicam fiat, provideat. Quod evidentiſſime oſtendit, alio ſenſu pop. Romani quid eſſe dici, alio ſenſu publicum hoc loco appellari. Et in *d. l.* 15. & 16. populus Romanus opponitur aliis civilibus, & urbs Roma municipiis & civitatib. quæ ut ibi JCtus ait cum conferuntur cum pop. Rom. ſunt loco privatorum: ut intelligamus, quæ de reb. publicis diſpoſita ſunt, ad ea quæ ſunt civitatum, non pertinere, in certis videl. terminis, ut quidem fere textus ſub *tit. de V. S.* applicandi ſunt: nam generalius loquendo, & quæ civitatum ſunt, maxime ſi cõferuntur cum iis quæ ſunt ſingulorum, recte publica dicuntur, ſicut & ipſæ civitates frequentiſſime Reſpublicæ appellantur. Hæc fere pertinent ad explicandam homonymiam verbi *publicum.*

Nemo ad littus maris.] Intelligit quemq; ita poſſe accedere, ut etiam in littore ædificare poſſit: quis n. dubitet de acceſſu? Iſtud a. nimirum licet in littore vacuo: non qua occupatum eſt ab aliis & adhuc tenetur: quod ſignificat Juſt. poſt JCtum in *l. neme* 4. *de rer. div.* dum ait abſtinendum à villis, monumentis & ædificiis, &c. Hæc enim ſunt privati juris aut divini, ſiquidem per monumenta ſepulchra videtur intelligere. Et forte non tantum intelligit ea, quæ præciſe in littore ſunt, ſed paulo latius ea quoq; quæ prope litus: nam vix eſt ut villæ in ipſo littore deprehendantur.

Non

Non ſunt iuris gentium.] Vel hinc apparet recte ab Accurſ. quod in *pr.* §. 1. dicitur *iure naturali communia eſſe &c.* de jure gentium explicatum eſſe.

Flumina omnia & portus.] Portus vel maxime in mari dicuntur. Et cur igitur cum mare & litus dicantur communia, portus inter publica referuntur? Non dicam quod Juſt. aliquando confuſim uſurpet publica & communia: non etiam quod ante dixi, unum idemque diverſo reſpectu poſſe eſſe commune & publicum: ſed dicam, ſpecialem rationem eſſe portuum, ex qua hactenus dicta non inepte confirmantur: ſiquidem ea eſt natura portuum, ut citra incommodum publicum in iis ædificari quod & occupanti cedere non poſſit: unde quia in his ceſſat effectus, ex quo maxime communia æſtimantur, fit, ut portus non inter communia ſed publica referantur: quoniam eorum uſus tantum eſt navigantibus & piſcantibus, ut ibi conſiſtant & appellant. Et hoc confirmo ex eo quid mox hic ſequitur.

Ideo ius piſcandi omnibus commune.] Hic Juſt. laxius utitur verbo *commune*, quoniam hic non deſcribit quæ ſunt communia vel non: & quæ publica ſunt, eorum uſus non male dicitur communis. Et jam diximus hactenus flumina dici publica, quatenus in iis navigamus & piſcamur: quo reſpectu etiam littora, etiam mare vocari publica poſſunt, quod ut mox notabimus ad §. *litorum* 5. Navigandi jus ſuam cauſam habet propriam: habet & jus piſcandi nimirum quia feræ beſtiæ fluminibus & mari innatantes, in communem hominum uſū creatæ & nullius ſunt. Itaque quæcunque extra hunc numerum ſunt, id eſt ſi qua non ſunt piſces, quæ ex mari extrahuntur, ea ad piſcationem non pertinent, nec fiunt capientis. Et proinde perſpicue errat Hottom. hic; ſi quæ privatorum cum eſſent in mare demerſa ab urinatoribus extracta ſint, ea tamquam venationis prædam effici ipſorum, ſcribens: cum utique iſta non ſint obiectum piſcationis & venationis, & non niſi inepte excluditur hic caſus à generali textu in *l. quæcunq;* 58 *de adq. rer. dom.* qui perſpicue contradicit Hottomanno. Quod ad gemmas attinet quæ in mari natæ, ibi aut in littore capiuntur, illæ non proprie ſub piſcationem referuntur, ſed ſunt obiectum inventionis, de qua paulo inferius agemus. Ait Juſtinianus jus

4 piſcandi publicum eſſe in † fluminib. publicis. At quid de fluminibus privatis, aut ſtagnis, ſunt n. & privata *l. 1. §. Hoc interd. 4. de fluminib.* Et nimirum hactenus differunt flumina privata à publicis, quod in his quivis jus piſcandi habet, & ſi prohibeatur, injuriarum actione experiri poteſt per *l. 1. §. ſi quis 9. ne quid in loco publ. l. iniuriarum 12. §. ult. de inj.* hactenus enim eadem ratio eſt fluminis publici & maris: in illis autem quo minus quis piſcetur, à domino prohiberi poteſt *d. l. 13. in extremo*: ceteroquin ſi quis piſcatus ſit etiā in huiuſmodi privatis fluminibus, piſces eius fieri, inde evincitur, quod piſces qui ibi ſunt, nec in dominio ſunt, nec in poſſeſſione eius cuius eſt flumen, ſed ſunt in libertate ſuæ naturali, non minus quam feræ in ſilvis circumſeptis *l. 3. §. Item feras 14. de adq. poſſ.* & conſequenter fient occupantis, de quo etiam dicemus *infr. h. t. §. ſed* 12.

Eſt autem litus.] Diximus, cuivis jus eſſe, in litore ædificare, & ita quod ædificatum eſt, fieri ædificantis: itaque merito adjicitur definitio litoris, ut ſciamus quouſque hoc jus ædificandi & occupandi pateat. Idem *in l. litus 96. & 112. de V. S. Cicer. in Topicis.* ait Aquilium litus definiiſſe, qua fluctus eluderet: ex quo intelligitur verum non eſſe, quod M. Tullius hoc primus conſtituerit, ut refertur in *d. l. 96.* Addit Juſtin. *hibernus* quoniam, ut Hott hic notat, hyeme fluctus exæſtuat magis: ut ita litus deſcribatur, qua latiſſime fluctus excurrunt.

Riparum quoq; uſus.] Ripa eſt quæ continet flumen dum curſum ſuum tenet *l. 1. §. ripa 5. de flum.* ut excludatur caſus quo flumen aliquando imbrib. aut nivibus auctum exundat: & quidem quæ continet flumen pleniſſimum *l. 3. §. 1. d. t.* quod ideo additum eſt, quia flumina ſæpe æſtivis caloribus minuta integrum alveum non occupant. Tractatur hic de riparum uſu & proprietate. Uſus earum publicus eſſe dicitur: ſcil. pro conditione fluminis, & quatenus uſus publicus fluminis uſum quoque publicum riparum exigit, citra quem flumine recte uti non liceret. Flumine uti licet, ad hauriendum, navigandum & piſcandum. • Et itaque licebit cuivis accedere ad ripas, navigantibus ad eas appellere, naves religare, onus exponere; h. §. &, quod addendū eſt, retia quoque ſiccare, quod ex §. ſeq. ubi de litoribus, ſæpe autem diximus, quo ad jus piſcandi, idem eſſe jus fluminum publicorum & maris. Quo ad proprietatem vero prorſus

5 differt ripa † à littore: huius enim proprietas nullius eſt, §. ſeq. & in eo ædificandi cuivis jus eſt: ripæ autem proprietas eſt eorum, qui prædia poſſident vicina h. §. Contra quam ſententiā ita diſputat hic Hottomannus. Quicquid eſt pars publici, id ipſum publicum eſt, quia pars ſequitur conditionem totius. Atqui ripa eſt pars fluminis, quod eſt publicum. Ergo & ipſa publica eſt. Confirmat exemplo littoris, cuius non alia ratione proprietas

nullius ſit, quam quod ipſum mare tale eſt. Deinde, cujus juris eſt alveus fluminis, ejuſdem juris eſt ripa. Atquin alveus eſt publicus etiam proprietate, & utique nullius *arg. §. quod ſi 23. infr. h.t.* Ergo & ripa. Ratio majoris eſt, quod ripa eſt extrema pars alvei. Tertio adducit textum *in lib. 3. de flumin.* Ubi Paulus ait, flumina publica & ripas eorum publicat eſſe. Itaque ipſe cenſet Paulum diſſenſiſſe ab his quos ſecutus eſt Juſtin. qui riparum proprietatem privatorum eſſe dixerunt, quo cenſuit *Gaius in l. riparum 5. de rer. diviſ. Item Celſus* quem refert & probat Pompon. *in l. ergo 30. §. 1. de adq. rer. dom.* item *Neratius in l. qui autem 15 eod.* ubi ſcribit, eum qui ædificat in ripa ſuum non facere: quoniam ædificium cedit ſolo, quod privatum eſt. Verum tota hæc diſputatio Hottomanni vana & falſa eſt. Nam 1. quod nec ipſe diſſimulat, Ripa poteſt accipi vel ſtrictius & ſubtilius, pro ſola extremitate alvei & terræ, quæ fluvium continet: vel laxius, ut aliquid de terra quæ proxime flumen eſt comprehendat: ut maxime demus illa conſideratione ripæ proprietatem non eſſe privatorum: at utique erit hac conſideratione. Deinde nego in hac tractatione Ripam priori illo modo tantum definiri & conſiderari poſſe. Etenim quod dicitur Ripa, ratione uſus qui publicus eſt, idem dicendum eſt Ripa ratione proprietatis. At ratione uſus non poteſt Ripa intelligi extremitas illa nuda alvei & terræ. Ergo, &c. Aſſumptionem probo, quia extremitatis illius nullus poteſt eſſe uſus ad religandas naves ex arboribus, ad exponenda onera, ad ſiccanda retia, imo ne ad conſiſtendum quidem & hauriendum aquam: Itaque neceſſario ſequitur recte dici, quod proprietas ripæ ſit privata. Sed eſt & alia hic conſideratio, quæ illam diſputationem Hottomanni confutat. Mare locum ſuum perpetuo tenet nec mutat: Flumina aliquando mutant, veteres alveos relinquunt & ſibi novos faciunt: frequenter ſeſe dilatant & ampliorem locum occupant: non raro etiam ſe contrahunt, & anguſtiori alveo labuntur & decurrunt. Et ita receptiſſimum jus eſſe conſtat, ut aliquando partem vicinis prædiis detrahant, partem aliquando adjiciant. Hinc ego omnino ſtatuendum exiſtimo, ipſum alveum cenſeri quandam partem vicinorum prædiorum, ſed qui interim publicus dicitur §. *Quod ſi 23. infr. h.t.* quatenus à flumine obtegitur, & uſum adeo ſui impedit. Ceteroquin ſi alveus omnimodo & abſolute eſſet publicus, fieri non poſſet, ut deſertus à flumine cederet vicinis prædiis: itemque fieri non poſſet, ut inſula nata in flumine eſſet eorum qui prope ripam prædia poſſident: de quibus infr. dicemus in § *inſula 22. & ſeq. h.t.* Itidem ſi quod Hottoman. vult, ripa proprietate nullius eſſet, fieri non poſſet, ut quod per alluvionem adjicitur, aut quod flumen recedendo ſiccum relinquit, adquireretur vicinis prædiis, de quo in §. *præterea 20. infr. h.t.* Et huc pertinet quod in *l. ergo 30. §. pen. de adq. rer. dom.* flumina dicuntur fungi vice cenſitorum, & ex privato in publicum, & vice verſa, addicere. Et hinc (plura autem infr. jam notatis locis dicêtur,) prorſus corruunt argumenta Hottomanni: & quod in *l. 3. de flumin. dicitur*, ripas publicas eſſe, vitioſe accipitur de proprietate: Nec quidquam etiam movet, quod agri quem novum alveum faciendo flumen occupavit, proprietas ſummo jure amittitur & diſcedente rurſus flumine vicinis acquiritur *d. §. 23. inf. h.t.* hoc etenim ideo fit, quoniam flumen fere alveum quem occupat quam longiſſimo tempore tenere ſolet, eoque proprietas quam alius ante in eo adhuc agro habebat, amiſſa cenſetur: & tamen æquitatis ratio facit, ut ſi alveus iterum relinquatur, priſtino domino reſtituatur, de quo in *d. §. 20.* Igitur ripæ uſu ſunt publicæ, uſu ſcilicet ut diximus limitato pro neceſſitate navigandi & piſcandi: eoque proprietas minime eſt inutilis.

Litorum quoque uſus publicus eſt.] Prædicta oſtendunt, rectiſſime litora & ripas quo ad uſum publicum comparari, & ratione proprietatis invicem diſtingui: qua de cauſa recte iſtud hic ſubjectum eſt; utcunque ſupervacuum eſſe Hottomannus ſcribat, quia ſupra de littoribus dictum ſit: ſed & alia ratione rectiſſime hoc dicitur: quoniam ut ſupra oſtendimus, unum idemque diverſo reſpectu commune dicitur & publicum. Et ſupra §. 1. agitur de litoribus qua ſunt communia, ut quis ædificando partem occupare in dominium ſuum poſſit: hic autem qua publica, & tantum nudus eorum eſt uſus pro piſcantibus vel navigantibus, ita ut qui uti litoribus & mari prohibet, teneatur iniuriarum *l. 2. §. ſi quis 9. Ne quid in loco publ. l. iniuriarum 13. §. ult. de iniur.* Itaque ſane indocte & imprudenter Hottom. ſummam ait eſſe inſipientiam exiſtimare aliam eſſe quæſtionem de litore, aliam de litoris uſu. Equidem & qui ædificat in littore, eo quodammodo utitur, ſed longe alio effectu, quam qui piſcatur aut navigat in mari: & proinde recte hæc invicem ſeparata fuerunt.

(o)

TEXTVS.

3. Vniverſitatis ſunt, non ſingulorum, quæ in civitatibus ſunt theatra, ſtadia & his ſimilia, & ſi qua alia ſunt communia civitatum.

COMMENTARIUS.

OMnes res vel ſunt in patrimonio, vel extra patrimonium: & hæ rurſus extra patrimonium noſtrum eſſentia ſua exiſtentes, vel aliquem ſui uſum nobis præſtant, veluti quæ dicuntur, communes, publicæ & univerſitatis: vel nullum revera præſtant & hæ vel natura ſua ſemper tales ſunt & manent (regulariter videl. caſus enim ſingulares excipio, de quibus in ſeqq.) cuiuſmodi ſunt res divini juris: vel ut in noſtrum patrimonium rediguntur, aptæ natæ ſunt, veluti feræ beſtiæ & alia multa de quibus infra. Ita nimirum hoc loco res univerſitatis diſtinguuntur à publicis, quod illæ ſunt communes plurib. qui ſunt uno corpore vel collegio: verbum enim univerſitatis latius patet quam civitatis: & exempli loco iſtud de civitatibus huc proponitur: Et ait Juſt. eſſe iſta *communia* civitatum, verbo ſcil. latius ſumpto, ut ante monuimus: nam & itidem res univerſitatum dicuntur publicæ in *l. inter* 17. *de verb. ſign.* ſicut & in *l.* 1. *inf. de uſil. ſtip.* §. *ult. inf de empt. & vend.* forum, baſilica, & alia uſibus civium deſtinata, publica appellantur, cum tamen in *l.* 15. *&* 16. *cod. tit.* bona tantum pop. Romani publica eſſe dicantur. Sed utraque acceptio ab hac tractatione alia eſt: & Prorſus pro ſubjecta materia verba aliter atque aliter accipiuntur. Nam & Res univerſitatis longe aliter quam hic & latiſſime accipiuntur in *l.* 1. *infr. pr. de rer. divi.* pro omnib. his quæ non ſunt privatæ, adeoque ſibi is & communia & publica continebuntur: niſi quis dixerit JCti mentem ibi non fuiſſe, ut de omnibus omnino rebus communibus quoque & publicis tractaret. Ait hic Juſt. theatra, ſtadia *& his ſimilia, & ſi qua alia &c.* ut colligere liceat eum duo genera facere rerum univerſitatis: alia quib. ſinguli cives utantur: alia quibus non utuntur ſinguli cives, ſed quæ in uſus neceſſarios & in fiſcum reip. colliguntur: veluti reditus publici. Et illa rurſus poſſunt diſtingui, quod quædam reſpiciunt voluptatem ut theatra, alia utilitatem, & rurſus vel vitam corporis, ut balnea, vel commodum pecuniarium, veluti paſcua publica, in quæ ſingulis civibus pecudes immittere fas eſt. Et in illis rebus quarum uſus ſingulorum civium eſt, ſinguli id juris habent, quod in publicis univerſi homines, ideoque & hic contra prohibentes uti eſt exactio injuriarum *l.* 13. *inf. de iniur.* Et ſuo ſenſu etiam reſpective poſſent quædam ex his dici communes: v. c. theatra, in quibus quem quiſq; locum occupavit, quaſi ſuum dum occupat, facit, ut *Cicer. ait* 3. *de finibus.*

TEXTVS.

4. Nullius autem ſunt, Res ſacræ, & Religioſæ & ſanctæ: quod enim divini juris eſt, id nullius in bonis eſt.

COMMENTARIUS.

VErbum *Nullius* in hoc tractatu ambigue uſurpatur. In §. *fera* 12. *h. t.* quod nullius eſt, occupanti concedi dicitur: Alio ſenſu hic res divini juris, nullius in bonis eſſe dicuntur. Accurſius ait, illas res, feras ſcil. beſtias & res pro derelicto habitas, & alias id genus, non eſt omnimodo nullius, ſed aptitudine eſſe in bonis. Quod non male dicitur comparative: nam res divini juris talem aptitudinem non habent: imo vix omnino habent: ſpecialiter enim conſtitutum eſt, ut pro redimendis captivis alienare eas liceat: Caſus autem ille abominandus eſt, ſi in hoſtium deveniat poteſtatem. Latius utitur hoc verbo JCtus in *l.* 1. *de rer. divi.* dum ait, res hereditarias in nullius eſſe bonis, quæ tamē minime cedunt occupanti, & imo interim fingunt eſſe in dominio, dum hereditas repræſentat vicem defuncti ſeu heredes, de quo infra, ſed & ibid. Cajus publica nullius in bonis eſſe dicit, quæ tamē hic opponuntur rebus quæ ſunt nullius: eadem ambiguitate vocis: nam hic nullius eſſe dicuntur, quarum nec uſus ad aliquem privatum pertinet. Plane apparet ex *fin. pr. h. t.* & ex membris diviſionis ſecundæ, Juſt ſub poſtremo membro, & *ſub reb. ſingulorum:* etiam intelligere res quæ in *d.* 12. *h. t.* appellantur nullius, & proinde in *f. d. pr.* intelligi res ſingulorum & actu & potentia.

TEXTVS.

5. Sacræ res ſunt, quæ rite per Pontifices Deo conſecratæ ſunt: veluti ædes ſacræ & donaria, quæ rite ad miniſterium Dei dedicata ſunt: quæ etiam per noſtram conſtitutionem alienari & obligari prohibuimus, excepta cauſa redemptionis captivorum.

Digitized by Google

Si quis autem auctoritate ſua quaſi ſacrum ſibi conſtituerit, ſacrum non eſt, ſed profanum. Locus autem in quo ædes ſacræ ſunt ædificatę, etiam diruto ædificio ſacer adhuc manet, ut & Papinian. ſcripſit.

COMMENTARIUS.

1 *Abuſio verborum.*
2 *Sacra res quæ.*
3 *Imp. olim Pontifices Maxim.*
4 *Donarium quod.*

DE diſtinctione & appellatione harum trium ſpecierũ, ſacræ, ſanctæ, religioſæ, ante omnia prænonendum eſt, ſpeciali plane ſignificatu verba † hic uſurpari: ita ut iſta uſurpatio nec proprietati verborum, nec uſui aliorum autorum videatur convenire. Nam & ſepulcra & monumenta inter res ſacras recte referri, indicat vetus & ſolemnis inſcriptio *Dis Manibus ſacrum.* Sed & quæ ſancta dicuntur, eadem ſacra appellari nihil prohibet. Legati alibi dicuntur ſancti, de quo mox: At Tacit. 5. annal. *Sacra legationis & fas gentium rupiſſis*: quamvis ſane ſacrum proprie dicitur, quod Deo & divino cultui dicatum eſt. At enim ſacra quæ ſunt, eadem recte ſancta dici, vix etiam dubitari poteſt; & *Macrob.* 3. *Saturn.* 1. ubi de proprietate horum verborum tractat, refert ex Trebatio, ſanctum interdum idem eſſe quod ſacrum, interdũ aliud. Secundum quæ verbum ſancti hoc tit. in ſpecie uſurpari fatendum eſt. Sacri autem appellatio rectius ſe habet: nam d. loco Macrob. ex codẽ Trebatio ſcribit, ſacrum eſſe, quidquid Deorum habetur: adeo tamen paulo latius nomen erit, nec protinus illud tantum ſacrum erit, quod conſecratum nominatim eſt DEO: & Macrob. ibi de uſu JCtorum loqui videtur. Religioſi autem acceptio prolocis in quib conditum eſt humanum corpus, nimis ſtricta videtur, & quæ fere aliorum autorũ careat exemplis, & Servius Sulpitius teſte eodem Macrob religionem eſſe dictam tradidit, quæ propter ſanctitatem aliquam remota ac ſepoſita, à nobis ſit. quaſi à relinquendo dictam nec quiſquam ignorat vim verbi religionis, adeo religioſum dici quidquid ad cultum Deo pertinet *Cic. 2. de nat. Deor.* Qui omnia quæ ad cultum Deorum pertinerent, diligenter pertractarent, ſunt dicti religioſi. Idem *l. 1. de nat. Deor.* Hi tollunt religionem, quæ pio Deorum cultu continetur; & ita paſſim apud Virgilium & alios autores. Hæc de ſignificatione verborum præmittere viſum fuit; Jam de ſingulis ſpeciebus rerum divini juris cum Juſtiniano videamus, & primum de Sacris, juxta præſcriptum tex-

2 tum. Sacras † res ait Juſtin. quæ rite per Pontifices Deo conſecratæ ſunt. Quibus verbis innuit duo requiri, formam conſecrandi rem aliquam, ut fiat RITE: & perſonam habilem ad conſecrandum. Et videtur iſta deſcriptio ſumpta ex iure veteri & ex libris Ethnicorum *arg. l. 6. §. 2. l. 9. in pr. de rer. divis.* & eo jure omnino penes collegium pontificum id juris videtur fuiſſe: ritus que hac in re obſervari ſolitos refert *Alex. ab Alex. gen. din. lib. 1. cap. 14.* qui & latius *lib. 2. cap. 8.* tractat de officio Pontificum, & latiſſime & rectiſſime *Iac. Gutierrius de iure ſacro.* At enim dicitur in *d. l. ſacra 9. §. 1. de rer. div.* locum ſacrum fieri cum princeps eum dedicavit. Equidem ibi agitur de loco publico qui eſt in poteſtate principis, & ſignificatur non poſſe eum ſacrum fieri niſi autoritate principis, ſicuti nec quævis res privata fit ſacra, niſi dominus eam ſacrum deſtinet. Itaque dici poſſit, quod dedicare in *d. l. 9.* tantum ſignificet, deſtinare uſibus ſacris, non autem quod ipſe princeps peragat officium & actum illum, quo res efficitur ſacra & commercio eximitur. Sed & alia reſponſio parata eſt, quod principes olim, imo etiam initio Reges inter alios titulos, Pontificis quoque Maximi dignitatem adſumebant. Teſtatur id *Dio libr. 53.* ubi imo ait, Imperatores, ὁ πάσης τῆς ἱερωσύνης ἀρχιερεὺς & ſi forte duo imperent, ſemper unum ex illis eſſe ἀρχιερέα id eſt, Pontificem maximum ſeu principem ſacerdotum. Id ideo factum ait ut omnes religiones & ſacrificia in ſua haberent manu. Jul. capitol. in *Max. & Balbino.* Decretis, inquit, omni-

3 bus Imperatoriis honoribus † præcepta tribunitia poteſtate, jure proconſulari & Pontificatu maximo. Clarius Zoſimus *lib. 4. hiſtor.* Numam Pompilium fuiſſe Pontificem Max. & ceteros Reges, itemque Octavianum, & qui poſt eum Imperium tenuerint ἅμα γὰρ τῇ παραλαβεῖν ἕκαστον τὴν τῶν ὅλων ἀρχὴν ἱερατικὴν ἐσθῆτα ἀπὸ τῆς παλαιᾶς ἀνῃρεῖτο, καὶ παρεκόμιζε Ποντίφεξ Μάξιμος ἀναγορευόμενος, ὑπὲρ ἣν ἀρχιερεὺς μέγιστος, id eſt, ubi quiſque imperii ſuſcipiebat, ſtola ſacra ipſi à Pontificibus offerebatur, & ſtatim Pontifex Maximus adſcribebatur. Et quod mireris ibidem ſcribit, Conſtantinum & ceteros Chriſtianos Impp. non recuſaſſe eandem dignitatem, uſque ad Gratianum, qui abnuerit, ratus non eſſe fas, Chriſtianum ea dignitate & vſte uti. Et igitur cum Principes olim Pontifices Maximi eſſent, potuerunt etiam dedicando, & cõſecrando res ſacras efficere. Sed rurſus occurrit,

quod

quod Liu. ſcribit in extremo lib 9. antiquitus conſulum & Impp. (id eſt belli ducum, fuiſſe, templa dedicare: cuius etiam rei exempla paſſim exſtant, & apud *Liu. 2. de Horatio Pulvillo.* & de Catone *apud Victor. in deſcriptione regionum urb. Romæ in VIII. regione.* An forte poſt id ius ſibi proprium fecerunt Pontifices: an potius Conſul aut Imp. rem totam ſua autoritate ſolus non peragebat, ſed autoritate potius Pontificis, quem ſolemnia verba præiuiſſe citato loco refert Livius. Hinc conſequitur, quod eſt in *verſ. ſi quis h. §.* autoritate privata ſacrum fieri & conſtitui non poſſe. Neque obſtat, quod apud veteres Rom. Privata familiarum ſacra fuiſſe conſtat, quorum & mentio in *l. ſacrileg. 9. §. 1. ad l. Iul. peculat.* nam & ipſa publica autoritate haud dubie conſtituta fuerunt. Et tamen his ſacris peragendis nec templa aut aras proprias deſtinatas fuiſſe verum eſt. Adſcribam hic locum ex *Feſto in verbo ſacer.* Gallus Ælius ait ſacrum eſſe quocunque modo atque inſtituto civitatis conſecratum ſit, ſive ædes, ſive ara, ſive ſignum, ſive locus, ſive pecunia, ſive quid aliud, quod Diis dedicatum atque conſecratum ſit. Quod autem privati ſuæ religionis cauſa aliquid earum rerum Deo dedicent, id Pontifices Romanos non exiſtimare ſacrum. At ſi qua ſacra privata ſuſcepta ſunt, quæ ex inſtituto Pontificum ſtato die aut certo loco facienda ſint, ea ſacra appellari. Qui locus oſtendit, etiam ſacra illa privata familiarum autoritate publica valuiſſe: Apparet & hoc, potuiſſe quem ſibi privatim citra quoque Pontificum autoritatem aliquid ſacrum conſtituere, quod ipſe pro ſacro haberet: ſed iſtud pro ſacro publice non haberi, & conſequenter ſucceſſores non adſtringi, ut id pro ſacro habeant. Oſtendit id quoque, quod Cicero cum filiam mortuam conſecrare vellet, ipſiq; erigere fanum, metuere ſe dicit mutationes dominorum, (a quibus ſcilicet id rurſus deſtrueretur.) cum publica & Pontificum autoritate conſecratio facta non eſſet; apparet *lib. 12. Epiſt. ad Attic. epiſtol. 19. 34. & 35.* oſtendit idem ille locus Feſti, non tantum res immobiles, ſed etiam mobiles conſecrari & ſacras fieri poſſe; eoque pertinet, quod hoc §. 4 dicitur de † donariis dedicatis ad miniſterium divinum. Licet enim alias donarium ſignificet locum, in quo dona reponuntur, quæ offerunt in templis, ut eſt apud *Cornelium Frontonem Grammat. & Iſidorum l. 15. c. 5. & Servium ad lib. 3. Georg.* illo verſu, qui eſt 34. ante fin. Imparib. ductos alta ad donaria currus; quomodo & uſurpat *Gell. 2. noct. 10.* tamen exiſtimo, hic verbo iſto potius res mobiles ſignificari Deo conſecratas; idque arguit, tum quod ait, dedicatas ad miniſterium Dei, qualia ſunt, veſtes ſacræ, & alia quibus miniſterium divinum peragitur; tum quod conſtitutio Juſtiniani, qua ait ſe prohibuiſſe harum rerum alienationem & obligationem, ad res mobiles pertinet, & ipſa conſtitutio quæ eſt in *l. Sancimus la. 21. al. 17.* diſertiſſime explicat hanc Legem, & oſtendit, donaria hic eſſe res mobiles. Ait enim non licere arcana vaſa, veſtes, ceteraque donaria, &c. ut non poſſim non mirari Contium; qui in notis ad hunc tit. irridet quaſi eos, qui per donaria hic intelligunt, ipſas res mobiles donatas ad Dei miniſterium & divinum cultum, & opinionis errore cenſet hic ſignificari loca, in quo dona oblata reponuntur; id quod *d. l. Sancimus* ad quam hic ſe refert Juſtin. ab ejus ſententia plane alienum eſſe oſtendit, & ut ipſæ ædes ſacræ pro redemtione captivorum diſtrahantur, nunquam in mentem Juſtiniano venit: & recte Theophil. hic interpretatus eſt δῶρα. Et memini me legiſſe apud Macrob. *ornamenta ſunt clypei, corona, & hujuſmodi donaria.* Colligere etiam exinde liceat, per Pontifices hic intelligi Epiſcopos, quorum eſt conſecrare, ſiquidem in *l. ſancimus* agitur de reb Chriſtianæ religioni ſacratis. Et eſt de ea re *N. 67. & n. 131. cap. 7.*

Locus autem] Vel præcipua domus pars eſt fundamentum & ſolum; eoque ſi tota ædes ſacra eſt, iſtud quoque ſacrum erit & conſequenter manebit, licet rectum, aut etiam parietes ſint deſtructi *h. §. & l. in tantum 6. §. ſacra 3. de rer. diviſ. adde 73. de contr. empt.* niſi profanandi animo locus deſtructus ſit: velut ſacra Iſidis deſtructa fuiſſe ſub Tiberio refert Joſephus. Plane occupatione hoſtium locum fieri profanum ſcribit ICtus in *l. cum loca 36. de religioſ.* quia res quaſi in ſervitutem deduci videntur: itaque & poſtliminio reſtitui dicuntur *dict. leg. 36.*

TEXTVS.

6. Religioſum locum unuſquiſque ſua voluntate facit, dum mortuum infert in locum ſuum. In communem autem locum purum invito ſocio inferre non licet. In commune vero ſepulchrum etiam invitis ceteris licet inferre. Item ſi alienus uſusfructus eſt proprietarium placet niſi conſentiente fructuario locum religioſum non fa-

cere.

Digitized by Google

cere. In alienum locum conſentiente domino licet inferre: & licet poſtea non habuerit ratum, quam illatus eſt mortuus, tamen locus religioſus fit:

COMMENTARIVS.

DIcimus *ad §. precedent.* ſignificationem iſtam religioſi plane ſpecialem eſſe, & illud verbum longe patere latius, quod vel notatio nominis oſtendit: quæ offertur triplex. Una & Servii Sulpitii apud *Macrob. 3. Saturn. 3.* religionem eſſe dictam quaſi à relinquendo, ut paulo ante retulimus. Altera eſt, *Ciceronis 2. de nat. Deor* à relegendo. Tertia *Lactantii 4. Inſtitut 28.* à religando. Stricta tamen hæc ſignificatio habet autorem *Pompeium Feſtum in Scheciis.* Inter ſacrum ſanctum & religioſum differentias belliſſime refert. Sacrum ædificium conſecratum Deo. Sanctum murum, qui ſit circa oppidum, religioſum ſepulchrum ubi mortuus ſepultus, aut humatus ſit ſatis conſtare ait. Hæc apud Geſtum. Ait Juſtinian.

Religioſum locum ſua voluntate fecit.] Quibus verbis religioſum opponit ſacro, quod fit authoritate publica per conſecrationem. Religioſum quid ſit cujuſcunque privati facto, illatione corporis humani; hodie etiam cæmeteria per ſacerdotes conſecrari conſtat v. c. *in eccleſ. 13. quæſt. 2. Cod. hac de relig. domib.* quamvis *Iohan. Fab. hic* putet, etiam hodie per illationem privati in fundum, locum hactenus fieri religioſum, ut vendi, aut obligari non poſſit. Puto & olim apud Ethnicos Rom. qui ſere comburebant corpora illatione reliquiarum, locum factum religioſum. Igitur per Illationem fit locus religioſus *h. §. & l. 6 §. religiosum 4. de rerum diviſ. l. 2. §. Sepulchrum. 5. de religioſ.* & quidem tantum, qua quod illatum eſt, occupat locum *dict. § 5* Amplius oportet illatum eſſe ut ibi maneat *l. ſi quis 40. de relig.* & porro manere oportet, translatis enim reliquis locus deſinit eſſe religioſus, *l. cum 44. §. 1. d. t.* non tamen temere licere transferre, ſed impetrandum id eſſe docet, *dict. §. 1. junct. l. Diu 39. eodem.* Quod illatum mortuum eſſe requiritur, indicio eſt, cenotaphium, in quod nihil illatum eſt; religioſum non eſſe; quod controverſum fuiſſe, & Divos fratres ita, ut dixi, reſcripſiſſe, eſt *in l. 6. ultim. cum l. ſeq de rer. div. l. vel quid 6. §. ult. de religioſ.* quamvis in contrarium vocaverit autoritas Virgilii, quam citat *ICtus & in dict. leg. 6. §. ultim. de rer. div.* ſed nullo notato loco, quem defectum ſupplet Gothofr. adductis verſib. ex lib. 3. Æn. ubi de Andromache.

—— Maneſque ciebat.

Hectoreum ad tumulum, viridi quem cæſpite inanem,

Et geminas, cauſam lacrymis ſacraverat aras.

Poteſt etiam intelligi locus & libro 6. ubi Æneas ad Deiphobum.

Tunc egomet tumulum Rhœteo in littore inanem

Conſtitui, &c. & eodem lib. 6.

Sibylla ad Palinurum.

Et ſtatuent tumulum, & tumulo ſolennia mittent.

Fuiſſe enim tumulum inanem, inde apparet, quod paulo ante Palinurus de ſeipſo.

Nunc me fluctus habet verſantq; in littore venti.

Infert in locum ſuum.] Locus eſt, aut in ſolidum meus, aut pro parte, qui dicitur communis: rurſum, aut eſt meus plena proprietate, aut nuda. Locus in ſolidum meus & plena proprietate, poteſt ex arbitrio meo fieri religioſus. Non poteſt, qui tantum meus eſt pro parte, aut in quo alius habet uſumfructum. Itaque illic ſocii, hic fructuarii conſenſu opus eſt, nam eum per ſepulturam locus eximatur commercio, non poteſt hoc invito eo qui jus in re habet, fieri poterit tamen invito quoque fructuario ſepeliri ipſe teſtator qui legavit uſumfructum *l. 2. §. ſi uſum. 7. de religioſ.* Et multo minus poterit fructuarii fundus, aut ejus pars invito proprietario fieri religioſa, qui caſus tamquam minime dubius hic omiſſus eſt, ſed expoſitus *art. 2. §. 1. & 7. d. t.* Iſtud de fundo communi probatur inſuper in *l. ſi quis 6. §. ſi quis 6. comm. divid. l. 2. inf. pr. de religioſ* plane unum ex ſociis ibi inferri poſſe, ſi non ſit alius ubi commode ſepeliatur, docet *l. ſi plures 41. de religioſ.* qui omnino de loco puro eſt accipiendus; Ceteroquin nulla ratio eſſet dubitandi, quin in commune ſepulchrum unus ſociorum inferri poſſit, etiam invito altero, quia huic ipſi rei locus eſt deſtinatus, *h. § & l. 6. in f. de rer. div. d. l. 6 §. 6. comm. divid.* Licet, ait Juſtinian. etiam ceteris invitis, inferre in commune ſepulchrum: & nimirum ſocios, vel qui ſunt ex eorum familia; nam ut quivis extraneus ſocio invito poſſit inferri, ratio non patitur. Adeoque inter locum communem purum, & commune ſepulchrum, tantum hæc erit differentia, quod in locum purum dominus unus tum demum etiam invito altero poterit inferri, ſi nullus alius ſit commodus locus ſepulturæ. Sed quid ſi contra hoc ſit facta illatio; an eximendæ erunt reliquiæ: an non ob-

ſtante

ſtante eo quod ibi mortuus eſt humatus, locus manebit profanus; an religioſus erit, ſed ei cujus intereſt contra inferentem ad æſtimationem & intereſſe actio dabitur? Non fieri locum religioſum reſponſum eſt, in *l. 6. §. 6. comm. div.* nimirum per ipſam illationem; quoniam v.c. dominus poteſt agere ut corpus illatum tollatur (nam autoritate ſua corpus, aut oſſa ejicere, domino permiſſum non eſt *l. oſſa 8. inp. de religioſ.*) *l. 7. in pr. de relig.* Sed non præciſe, verum ut electio competat ei, qui intulit, an precium præſtare malit *d. l. 7.* quo facto ſane locus incipiet eſſe religioſus. Riſi, ut hoc obiter addam, Criticum quendam, qui ad illuſtrandum locum in Prologo in Caſinam Plauti, *abierunt in communem locum*, id eſt, mortui ſunt, adducit hunc textum Juſtin. de communi loco; in quo tamen apertiſſimum eſt, locum communem opponi ei qui unius ſocii eſt proprius.

Licet poſtea ratum habuerit.] Vulgò legitur *ratum non habuerit*: commodo ſenſu, quod ſufficiat, ſemel dominum cõſenſiſſe, nec mutata poſt ſententia faciat locum definere eſſe religioſum. Sed lectio adfirmativa rectior eſt, quæ eadem eſt Florentina *l. 6. §. pen. de rer. div.* quoniam hæc eſt natura ratihabitionis, ut ſequatur & mandato comparetur. Et igitur licet inconſulto domino illatus ſit mortuus, ſi tamen poſtea dominus aſſenſerit; locus eſt religioſus.

TEXTVS.

7. Sanctæ quoque res, veluti muri & portæ civitatis, quodammodo divini juris, & ideo nullius in bonis ſunt. Ideo autem muros ſanctos dicimus, quia pœna capitis cõſtituta eſt in eos, qui aliquid in muros deliquerint. Ideo & legum eas partes, quibus pœnas conſtituimus adverſus eos, qui contra leges fecerint, ſanctiones vocamus.

COMMENTARIVS.

1 *Sancta unde dicta.*
2 *Sancta quæ.*
3 *Portæ an ſanctæ.*

DE verbo *Sancti*, & quod latius pateat quàm hoc loco accipitur, ſupra diximus. Notationes 1 ejus tres † invenio. Una eſt Marciani in *l. ſanctũ 8. de rer. di.* à ſagminibus. Sed imo Feſtus in *ſagmina*, ſcribit, ſagmina ideo dicta, quia Legati verbenas ex loco ſancto ſumebant. Altera quæ hoc loco innuitur, & magis perſpicue traditur in *leg. ſacra 9. § proprièque eod. tit.* Tertia eſt Iſidori (qui tamen & jam traditam habet) *libr. 15. cap. 4.* Sanctum inquit, eſt à ſanguine hoſtiæ nuncupatum: nihil enim ſanctum apud veteres dicebatur, niſi quod hoſtiæ ſanguine eſſet conſecratum & conſperſum, ſed poſterior hæc plane aliena à noſtra acceptione ſancti.

2 Latius hæc vox patet: omne ſacrum, † ſanctum quoque eſt, ſed alia multa ſancta dicuntur, & videlicet perſonæ, quibus reverentia debetur, aut quæ aliàs à probitate & innocentia venerabiles ſunt. *Apud Virgil. 11. Æneid.*

——*Tuq; ô ſanctiſſima conjunx,*

& lib. 6.

——*Tuq; ô ſanctiſſima vates.*

Plinius libr. 3. Epiſtol. 3. Patrem tuum, graviſſimum & ſanctiſſimum virum, & *libr. 2. Epiſt. 9.* pater ejus Erucius, vir ſanctus. In *l. 9. de obſeq.* liberto & filio ſemper perſona patroni & patris ſancta eſſe debet. Inde & alio translatum, & amor, amicitia, fides, conſilium ſancta ſæpe appellata. Hic inſuper hoc accedit, quod res ſpecialiter à Lege & jure ab omnium injuriis vindicata & defenſa eſt. Hinc Legati jure gentium ſancti dicuntur, quoniam legibus gentium habentur inviolabiles, *l. ultim. de Legationibus.* Hinc illud *Livii poſt princ. libr. 2.* de legatis dubitatum, & quamvis viſi ſunt commiſiſſe, ut hoſtium loco eſſent, jus tamen gentium valuit; & *lib. 39.* inter querelas de Philippo; jam ne à legatis quidem, qui jure gentium ſancti ſunt, violandis abſtinere. Reges quoq; ſanctos eſſe jure gentium, Cic. ſcribit pro Deiotaro Speciali lege & civili jure tribuni plebis & ædiles ſacroſancti habiti. *Livius l. 2.* conceſſum ut plebi ſui magiſtratus eſſent ſacroſancti: de utriſque teſtatur Feſtus in verbo *ſacroſanctum*, qua de cauſa ut ſupra retulimus, Impp. Rom. etiam tribunitiam poteſtatem aſſumebant, ut inviolabiles eſſent. Hæc ratio ut docet Juſt. hoc loco, fecit, ut muri quoque haberentur ſacroſancti quia pœna capitalis in eos conſtituta ſit, qui in muros delinquunt, id eſt, quia ſpeciali huiuſmodi ſanctione ab injuriis hominum ſunt defenſi. Hinc enim in *l. ſanctum 8. de rer. diviſ.* definitur ſanctum, quod ab injuria hominum defenſum & munitum eſt; in *l. 9. §. 3. eod.* quæ ſanctione quadam firmata ſunt, ex quo ibidem & Leges ſanctas eſſe JCtus ait, ſed an quidquid ſanctum eſt, ejus læſio vendicatur pœna capitis? & vice verſa, an cuius

Digitized by Google

Læſio ita vindicatur, id omne ſanctum eſt? Poſterius hoc forte an inepte affirmari poſſit quoniam oportet iſtud venerandũ eſſe, propter quod offenſum, homo occiditur. Quo minus prius affirmetur, exemplum Legum obſtare videtur, in multas enim peccatur quod non protinus capiti vendicetur. Et forte LL. non vere & proprie ſunt ſanctæ; aut ille forte revera contra LL. propriiſſime facit, non qui facit quod aliqua L. prohibitum eſt, ſed qui hoc agit, ut omnino omnes LL. convellat, & ne in civitate vigeant, efficiat.

Muri & porta.] De murisjam diximus, & eos ſanctos haberi † non dubitatur, *l.* 2. *Ne quid in loc. ſacr.* etiam municipiorum *l.* 8. §. 2. *de rer. diviſ.* Sed de portis de quibus idem hic & *in d. l.* 2. adfirmatur, dubium facit Plutarch. in Romulo, ubi de more & ritu condendæ urbis tractans, & quod aratro circumducto murum ſignabant: (unde illud *Virgilius lib.* 8.

Interea Æneas urbem deſignat aratro) ſcribit. Ubi portam deſignare viſum eſt, vomere exempto atque aratro ſublato ſpatium relinquunt: unde totum habent murum, præter portas, ſanctum. Nam eas ſi ducerent ſanctas (interpres non recte vertit ſacras,) religioſum eſſet, neceſſaria & impura in urbem recipere & exportare. Et idem tractat in *quæſt.* 27. *Rom.* cur Romani omnem murum habeant ſanctum, portas non item. Et ibidem hanc reddit itidem rationem, quod per eas tum alia, tum cadavera etiam efferuntur. An dicemus erraſſe, vel Plutarchum, vel JCtum in *d. l.* 2. *Ne quid in loco ſac.* & cum eo Juſtinianum? An poſt receptum, ut portæ quoque ſanctæ haberentur; an hactenus portæ pro ſanctis quatenus in eas, & maxime clauſas aliquid moliri nefas eſt.

Quodammodo divini iuris.] Recte ait *quodammodo.* Neque enim, ut res ſacræ Deo dicatæ, & religioſæ Diis ſacræ, ita quoque muri Deo conſecrati dici poſſunt; An forte ideo dicuntur divini juris, quia urbes ſingulæ ſpeciales Deos tutelares habebant, & conſequenter & muri, in quib. præcipua cuſtodia urbis? an quia cetera ſolemnia ſacra adhiberi in muris deſignandis ſolita? quorum meminit *Plutarch. d. loco in Romulo & Varro* 4. *de Lingua Latina.* Oppida, inquit, condebant, Hetruſco ritu, junctis bobus, tauro & vacca interiore aratro circumagebant ſulcum. Hoc faciebant religionis cauſa die auſpicato, ut muro & foſſa eſſent munita.

Pœna capitis.] Diſputant Interpp. an hæc pœna obtineat etiam in muris municipiorum. Et humanius videtur negari; & arbitraria pœna ſtatui: neque enim neceſſum eſt, ut quidquid ſanctum eſt, ejus violatio protinus capite vindicetur, & poſſunt forte ſtatui ſanctitatis gradus.

Qui aliquid deliquerint.] Plut. *d. quæſt.* 27. refert, perhiberi Remum occiſum, quod ſanctum locum tranſilire aggreſſus fuerit, & eum tranſcendendo profanum reddiderit: ſicut & in *l. ult. h. t.* Remum occiſum, quod muros tranſcendere voluerit. Ubi ineptus eſt Acc. dum diſputat, an ſola voluntas puniatur? neque n. hæc ſententia eſt JCti, quod tantum voluerit, ſed, quod ut recte Hottom. hic, tranſcendere in animum adduxerit; & iſtum ſcilic. animum factis ipſis & conatu proximo declaraverit. Nimirum ille prætextus fuit Romuli, ut *Cic. aut.* 3. *offic.* Sed cauſa vera fuit imperandi libido, ut æmulum amoveret. Veriſſime Cyprianus. Romulum, & Remum unum non cepit imperium, quos unum uteri ceperat hoſpitium.

Ideo & Legum.] Videtur inepta hæc illatio. Murorum & aliorum Sanctorum violatio capite ſancita eſt; ergo pars Legis qua pœna irrogatur, ſanctio dicitur; cum præſertim non omnibus Legibus pœna capitis irrogetur. Puto hoc ita explicandum. Sanctum eſt, quod ab injuriis hominum munitum eſt *l.* 8. *in pr. de rer. diviſ.* Et hoc ſenſu LL. dicuntur ſanctæ *l.* 9. § 3. *eod.* quia itidem ſpeciatim ſunt munitæ, & aliquando ſubjecta nominatim pœna, ut qui contra Legem fecerit, puniatur. Et inde tractum per metaphoram videtur, ut ea pars, quæ muniret legem & eam inviolabilem faceret, diceretur ſanctio ab effectu, quia per eam fit, ut Legi ſua autoritas & ſanctitas conſtet. Leges ſcilicet, ſæpe multa capita continebant; & in earum fine ſpeciali capite de violatoribus legis, & eorum pœnis conſtitui ſolebat, fac. *l. ſanctio* 41. *de pœnis.* Denique addo à *Cuiacio. Iuniore* 2. *Inſt.* 1. theatra quoque & circum, & fora inter res ſanctas referri; haud ſcio, quo autore.

TEXTVS.

8. Singulorum autem hominum multis modis res fiunt: quarundam enim rerum dominium nanciſcimur jure naturali, quod ut diximus, appellatur jus gentium: quarundam vero jure civili. Commodius eſt itaque à vetuſtiore jure incipere: palam eſt autem, vetuſtius eſſe ius naturale, quod cum ipſo genere humano rerũ natura

tura prodigit. Civilia autem jura tunc cepe-runt esse, cum & civitates condi, & magi-stratus creari, & LL. scribi ceperunt.

COMMENTARIUS.

SEquitur postrema species sive ultimum mem-brum divisionis secundæ *in pr.* propositæ.

Quarundam rerum.] Apparet ex hac distinctione, res singulorũ dici, quæ cui jure naturali vel civili sunt adquisitæ.

Iure naturali.] Quod mox explicat de jure gentium, ne quis putaret de illo jure agi quod lib. 1. tit. 2. in pr. naturale vocavit.

Quod cum genere humano.] Idem *in L. 1. de adq. rer. dom.* quod non accipiendum est de jure secunda-rio, ex quo bella & servitutes: sed primævo, juxta dicta sup. *tit. 2. lib. præced.* Et utiq; præcipui sub hoc tit. adquirendi modi, sunt antiquissimi. Forte ita hoc accipiendum est κὸ πρὸς τι, & appositive ad jus civile; aut ratione causæ istius juris, quæ est ratio, hominum menti initio infusa.

Magistratus creari.] Inde non debet concludi magistratus esse juris civilis non gentium: aut di-cam falsum esse quod ait Justin. Verum sane est cum ipsos initio generis humani non protinus ce-pisse civitates.

Leges scribi.] An scriptura sit de essentia Legis, di-ximus *ad §. constat. sup. de iur. nat.*

TEXTVS.

9. Feræ igitur bestiæ, & volucres & pisces & omnia animalia, quæ mari, cœlo & terra nascuntur, simul atque ab alio capta fue-rint, iure gentium statim illius esse incipi-unt. Quod enim ante nullius est, id natu-rali ratione occupanti conceditur. Nec interest, feras bestias & volucres, in suo fundo quis capiat an in alieno, plane qui a-lienum fundum ingreditur, venandi aut aucupandi gratia potest à domino si is præviderit, prohiberi ne ingrediatur. Quidquid autem eorum ceperis, eo usque tuum esse intelligitur, donec custodia tua coerceatur. Cum vero tuã evaserit custo-diam, & in libertatem naturalẽ se recepe-rit, tuum esse desinit, & rursus occupantis fit. Naturalem autem libertatem recipere intelligitur, cum vel oculos tuos effuge-rit, vel ita sit in conspectu tuo, ut difficilis sit eius persecutio. Illud quæsitum est, an si fera bestia ita vulnerata sit, ut capi possit, statim tua esse intelligatur. Et quibusdam placuit, statim esse tuam, & eo usque tuam videri, donec eam persequaris. Alii vero putaverunt, non aliter tuam esse, quam si eam ceperis: sed posteriorem sententiam nos confirmamus, quod multa accidere soleant, ut eam non capias.

COMMENTARIUS.

1 *Ius adquirendi feras.*
2 *De fera capta contra prohibitionem domini fundi.*

PRincipalis ex jure gentium modus adquirendi est, occupatio, quæ latissime patet, ut post dice-mus. In hoc textu agitur de ea specie occupationis quæ dicitur venatio, cuius objectum sunt bestiæ, quæ sunt nullius; & pro triplici diversitate obje-cti illius distinguitur in aucupium, piscationem, & venationem in specie dictam: ceteroquin latius accepto verbo, & piscatio & aucupium venationis
1 sunt species. Occupando igitur feras † bestias nostras facimus. Quæ propositio ampliatur. 1. Etiamsi jam ante ab illo semel fuerint occupatæ, & rursus in naturalem libertatem reverse hoc text. *vers. quidquid.* hæc enim est natura istorum ani-malium, ut captæ non exuant feritatem, sed tales ma-neant, eoque non diutius sint occupantis, quam dum sunt occupatæ, & adhuc ejus custodia coer-centur. 2. Ampliatur, ut fera fiat occupantis, etiãsi capta sit in fundo alieno h. text. *vers. nec interest*: nec enim propterea sunt ejus, est fundus vel sylva. Sed
2 quid si capta sit, cum † dominus prohibuisset ingredi in fundum suum? Hoc enim ita potest, ut & actionem injuriarum habeat, si alter contra ipsi-us prohibitionem fuerit ingressus, *l. iniuriarum 13. §. ult. de iniur. l. divus 16. de serv. rust. prad.* Et hoc ipsũ, quod ingressus hoc modo coercetur, indicio est, captam feram fieri occupantis; quæ sententia duplici insuper ratione fulcitur; tum quod occu-patio est modus adquirendi, nec prohibitio domi-ni ne ingrediatur, & quæ ab ipso occupationis actu omnium remota est, facere potest, ut ea ne sit mo-dus occupandi, tum quia prohibitio illa non po-

teſt eſſe modus adquirendi, adeo cum fera capta non poſſit fieri domini prohibentis, neceſſe eſt, ut ſit capientis. Neque obſtat *l. in laqueum 55. de adq. rer. dom.* neque enim hæc illius loci principalis quæſtio eſt, cuius fiat aper captus, ſed qua actione teneatur, qui aprum laqueo exemit. Et hæc quoque eſt communis interpretum ſententia hoc loco; nec placet limitatio Angeli, ut non faciat ſuum, ſi fructus fundi conſiſtant in venatione. Quod ſi enim vere hi eſſent fructus fundi, nullo modo ingreſſus, licet domino non prohibente, poſſet feram captam facere ſuam. Quid autem ſi quis jam ingreſſus ſit fundum, poterit à domino juberi, ut egrediatur? Mihi quidquid gl. & Angel. ſentiat, videtur eadem ratio, ut dominus hoc poſſit & pariter habet actionem iniuriarum, ſi contra interdictum porro in fundo moretur. Tertiam addo ampliationem extra textum, ut fera ſit capientis, etiamſi capta ſit in fundo vel ſilva aliena circumſepta: eadem hic enim ratio eſt, quam dedimus ſup. de piſcibus, qui ſunt in fluminibus vel lacubus privatis; quoniam licet ex ſilva evadere beſtiæ non poſſint, ſunt tamen adhuc in libertate naturali, nec poſſidentur ab eo, cuius eſt ſilva, ut docet *lib. 3. §. Item feras 14. de adq. poſſ.* Propoſitio habet: quod occupando feras beſtias noſtras efficiamus. Occupatio eſt ipſius corporis apprehenſio, ex quo recte reſponſum eſt & probatum Juſtiniano contra Trebatium, beſtiam vulneratam nec dum eſſe aut cenſeri occupatam, eoque non eſſe vulnerantis, *hoc textu in fine adde l. 1. §. 1. l. 3. & l. 5. § 1. de adq. rer. dom.* Notat tamen *Accurſ. in d. l. 5. §. 1.* de conſuetudine Trebatii ſententiam obſervari.

Quæ mari, cœlo, terra.] Ita & ſup. *de iur. nat. in pr.* verbo, *cœli* uſus eſt, poſt *IC. in l. 1. §. 1. eod.*

Quod nullius eſt.] De ambiguitate huius verbi *nullius*, in hac materia dixi *ad §. nullius ſup. h. t.*

Feras beſtias & volucres.] Feræ beſtiæ in pr. ſignificant in ſpecie, feras quadrupedes quæ vagantur in terra & Hot. notat hic omiſſos eſſe piſces, qui in alieno piſcari non liceat. Id falſum eſſe patet ex iis, quæ diximus paulo ante & *ſup. h. t. ad §. flumina.* Neque neceſſum fuit, omnes ſpecies repetere.

Venandi aut occupandi.] In ſpecie utitur verbo *venandi*, nam generalius loquendo, & aucupari & piſcari, eſt venari.

Ita ſit in conſpectu tuo.] Velut ſi lepus captus elapſus è manibus petat rurſum ſilvas; utcunq; enim adhuc ſit in conſpectu, tamen fiet rurſus alterius capientis.

Quibuſdam placuit ſtatim eſſe tuam.] Itaque hic ſolam vulnerationem habuerunt pro occupatione, ita ut vulnerans perſequatur: quorum ſententia forte non improbabilis ſit ſi ponamus ita vulneratam eſſe, ut evadere non poſſit; quomodo eos ſenſiſſe, argumento eſt, quod Juſtin. ita format quæſtionem, ſi vulnerata ſit ita, *ut capi poſſit*, ſed nihilominus tamen non poteſt dici occupatio; & iſta certitudo non eſt abſoluta; quoniam ut in fi. §. dicitur, poteſt fieri, ut quis eam non capiat. Et igitur licet non difficilis futura ſit perſecutio beſtiæ vulneratæ tamen non eſt vulnerantis. Cui minime obſtat quod eſt *in §. fera in fi. & in §. ſeq. in fi* quia ibi agitur de feris quæ ſemel per occupationem meæ factæ ſunt, & quarum dum non difficilis eſt perſecutio, videor retineri poſſeſſionem. Theoph. notat fieri poſſe, ut impediat ab occurrente beſtia, vel ut alia beſtia vulneratam feram rapiat, vel ut incidam in loco confragoſa, quæ faciant, ne commode feram perſequi poſſim & capere.

TEXTVS.

10. Apum quoque fera natura eſt: itaque apes quæ in arbore tua conſederint, antequam à te alveo includantur, non magis tuæ intelliguntur eſſe, quam volucres, quæ in arbore tua nidum fecerint: ideoque ſi alius eas incluſerit, is earum dominus erit. Favos quoque ſi quos effecerint, eximere quilibet poteſt. Plane integrare, ſi prævideris ingredientem fundum tuum, poteris eum jure prohibere ne ingrediatur. Examen quoque, quod ex alveo tuo evolaverit, eo uſque intelligitur eſſe tuum, donec in conſpectu tuo eſt, nec difficilis perſecutio eius eſt: alioquin occupantis fit.

COMMENTARIVS.

PErſequitur eandem tractationem. Apes ſpecies ſunt avium. Et errat tamen hic paulo major ratio dubitandi, non tam in iis, quæ de novo in fundum meum advolaverunt, & in arbore aliqua hæſerunt, quam in iis quæ ex alveo meo evolaverunt, & jam meæ effectæ videbantur. Sed ex hypotheſi, quod ſunt feræ beſtiæ, hoc conſequitur;

Dictum

Dictum enim jam eſt, feras tamdiu eſſe meas, quamdiu cuſtodia mea continentur. Sed & illud præſupponendum eſt, quod v.c ex cerva capta natum eſt. illud ejuſdem conditionis eſſe, cuius eſt mater, & nimirum feram beſtiam; itaque & ipſum in libertatem naturalem ſe recipere poſſe, & ſi evaſerit cuſtodiam meam, rurſus eſſe occupantis. Hinc enim fit, ut ſiquidem apum revera natura eſt fera, & examen vetus & novum apum recenter natarum, ſi ex alveo evolaverit, ita ut perſecutio ejus ſit difficilis, dicendum ſit recepiſſe naturalem libertatem, & rurſus fieri occupantis. Hæc inquam, ita procedunt ex iſtis hypotheſibus: cetera iſta non ſatis forte videantur certa & liquida. Nam Plinius *lib. XI. cap. 5.* apes facit mixti generis, & ait eas eſſe nec manſueti nec feri generis. Et *Varro libr. 3. de reruſt. cap. 16.* diſerte apes in feras & cicures diſtinguit. Sed tamen ut innuat non revera eſſe cicures, ſed ut ſeparet ab apib. ſilveſtribus, & cicures vocet, quæ habentur in locis cultis. Et licet ſecundum quid poſſint videri mixti generis, & aliquid participare de natura manſuetorum animalium; tamen nihil prohibeat, eas in hac tractatione & quo ad jus adquirendi, cenſeri inter feras. Neque ferri poteſt, quod Hottoman. *hunc* §. ad apes ſylveſtres reſtringit, contra mentem & verba Juſtiniani & JCti *in l. 5. §. 2. deadq, rer. dom.* quib. non contradicit Pompon. *in l. Pomponius 8. §. 1. in fin. fam. erc.* furtum committi; ſi quis apes noſtras averterit, hoc enim dicitur de iis qui vetitis rationibus ad avertendas columbas utuntur & apes, quæ conſuetudinem & animum revertendi habent, & avolant & revolant: quæ interim cicurum jure ſunt, ut docet ipſe *Juſtin. in § ſeq.* An hic intelliguntur apes, quæ catervatim agmine facto ex alveis noſtris evolant, animo diſcedendi & alias ſedes quærendi; quod ſæpiſſime accidere conſtat. Et ita accipiendum eſt, quod dicitur de apibus feris *in l. ſi apes 26. de furt.* ut non propterea, ceteras omnes manſuetas eſſe inferatur.

Antequam alveo includantur.] Hæc nimirum inclusio facit occupationem, ut jam apes in meo ſint dominio.

Volucres quæ nidum fecerint.] Si ex nido exemeris pullos avium, ii jam tui ſunt; ceteroquin quod in arbore mea nidus eſt cum pullis, non facit ut aves occupatæ cenſeantur.

Favos quilibet eximere poteſt.] Quæ ratio apum, eadem eſt favorum, quos apes non incluſe forte in arbore fecerunt.

Poteris eum prohibere.] Sicut & eum qui venaturus ingreditur fundum tuum, *ſupra §. fera* 12. eſt enim eadem ratio. Prohibere autem non manu & armis, ſed verbis & denuntiationibus. Ideo enim prodita eſt actio injuriarum, ſi ille prohibitus intraverit fundum.

TEXTVS.

11. Pavonum quoque & columbarum fera natura eſt: nec ad rem pertinet, quod ex conſuetudine evolare & revolare ſolent: nam & apes idem faciunt, quarum conſtat eſſe feram naturam. Cervos quoque quidam ita manſuetos habent, ut in ſilvam ire & redire ſoleant, quorum & ipſorum feram eſſe naturam nemo negat. In his autem animalibus, quæ ex conſuetudine abire & redire ſolent: talis regula comprobata eſt, ut eo uſque tua eſſe intelligantur, donec animum habeant revertendi: nam ſi deſierint animum habere revertendi, etiam tua eſſe deſierunt, & fiunt occupantium. Revertendi autem animum videntur deſinere habere tunc cum revertendi conſuetudinem deſeruerint.

COMMENTARIVS.

RVrſus ferri non poteſt, quod Hottoman. hunc textum reſtringit ad columbas ſilveſtres & feras 1. quia textus loquitur indefinite. 2. quia comparat pavones & columbas cum apibus, quas tamen ſimpliciter pro feris haberi oſtendimus ad §. *præced.* & probat evidenter hic locus, quod etiam apes illæ cenſeantur feræ, quæ ex conſuetudine eunt & redeunt, evolant ex alvearibus ſuis & revolant; quod utique de ſilveſtribus apibus dici non poteſt 3. & præcipue, in hoc genere animalium non agnoſcere Juſtinianum diſtinctionem inter feras & manſuetas evidentiſſime oſtendit, §. ſeq. quo Juſtin. anſeres & gallinas opponit apibus, pavonib. & columbis, de quibus hactenus egit, & illorum ſcilicet anſerum naturam manſuetam eſſe inde probat, quod alii ſint anſeres qui dicantur feri, ad diſtinctionem manſuetorum; & igitur nullam talem diſtinctionem in priorib. agnoſcit Juſt. quia illas beſtias ſimpliciter pronuntiat eſſe fe-

Digitized by Google

ras Regionum tamen & locorum conditio poteſt hic aliquid mutare ; & ſane apud nos pavones pro manſuetis animalibus habentur: & ſi quo evolaverint , eos repetendi jus eſt ; quod de gallinis & anſeribus manſvetis §. ſeq. traditur. Et colligitur tamen ex hoc ipſo §. ſingulare aliquid præ reliquis feris beſtiis , eſſe in apibus , pavonibus & columbis ; quod ſcilicet eorum natura talis ſit , ut quadam conſuetudine evolent & revolent : quod non eſt in ceteris , ſed illæ & quædam tantum & quadam doctrina ita aſſuefieri poſſunt , quod exemplo quorundam cervorum hic oſtenditur : atquin hoc ipſum, ita natura ſua ire, redire, eſt quædam pars manſuetudinis ; & hactenus apes, pavones, columbæ, ad manſuetorum naturam accedũt; ex quo ſit, ut qui hoc agit , ut ne conſuetudinem iſtam ſuam ſervent, teneatur furti, quod de columbis & apibus reſponſum eſt *in L.* 8. §. 1. *Fam. ercisc.* Et cum hæc ſit iſtorum natura , ſi accedat aſſuefactio inſuper , tanto magis tum manſuetorum natura cenſebuntur : Unde explicandum eſt , quod *in l. ſi pavonem* 37. *de furt.* dicitur de pavone manſueto: Itidem huc referri poteſt quod *Varro* 3. *de re ruſt.* alios pavones vocat agreſtes, alios qui gregatim in prædiis aluntur. Et ipſe tamen Varro columbas aliquas manſuetas non audet appellare , ſed *d. lib.* 3. *cap.* 7. unum genus columbarũ facit agreſte , quod habeatur in turribus & columinibus ville, alterum clementius , quod cibo domeſtico contentum intra limina januæ ſolet paſci.

Revertendi animum.] Abutitur verbo animi, qui tantum ſolet dici de hominibus. Exemplo id declarat Theoph. quod hic dicitur de animo revertendi. Si fera in ſilvas egrediens , ſolita ſit, primo, ſecundo vel tertio die ad ſummum redire , ſi quis eam intra tertium diem capiat , mihi eſſe contra eum actionem: ſed ſi quarto, non eſſe, quia jam cenſeatur non fuiſſe reditura.

TEXTVS.

12. Gallinarum autem & anſerum non eſt fera natura : idque ex eo poſſumus intelligere , quod aliæ ſint gallinæ quas vocamus feras : item alii ſunt anſeres , quos appellamus feros. Ideoque ſi anſeres tui, aut gallinæ aliquo modo turbati turbateve evolaverint, licet conſpectum tuum effugerint , quocunque tamen loco ſint, tui tuæve eſſe intelliguntur : & ſi quis lucrãdi animo ea animalia detinet, furtum committere intelligitur.

COMMENTARIVS.

GAllinarum & anſerum appellatione initio §. utitur in ſpecie , pro domeſticis : ceteroqui cum ipſe mox diſtinguas duas ſpecies manſuetorum & ferorum , non poſſit ſine vitio affirmare de anſeribus & gallinis , quod ſint animalia manſueta Et feras ſcilicet gallinas, ruſticas videtur appellare *Varro lib.* 3. *cap.* 9 qui *cap. ſeq.* etiam quoddam genus anſerum ferum eſſe ſcribit. Huic, & quod iſta animalia manſueta ſunt, conſequens eſt , quod hic ſubjicitur , ut licet è conſpectu noſtro effugerint, tamen noſtra maneant, nec ſit occupationi locus. Atque ita regula vel propoſitio , quam diximus *in § fera* 12. *h.t.* Beſtiam eſſe occupantis , procedit in feris beſtiis, quę ſunt in libertate naturali, vel poſtquam ſemel captę rurſus in eam evaſerunt: fallit in beſtiis manſuetis, quæ non poſſunt dici nullius, licet poteſtatem noſtram & poſſeſſionem effugerint. Fallit item in manſuefactis , qua talibus, quatenus adhuc animum revertendi habent , ut dictũ §. *trac.* Atque hinc etiam pendet deciſio *in l. Pomponius de adq. rer. dom.* Si lupus porcum aut ovem meam rapuerit, ea manere mea , & mihi reſtituenda, licet alius opera & canibus ſuis ea ex lupi quaſi faucibus eripuerit : quoniam ſcilicet iſtæ beſtiæ objectum venationis non ſunt.

Furtum committere.] Actio furti eſt famoſa , an igitur ea dabitur pro re minima & unica gallina? Dicemus *infr. lib.* 4. *tit.* 1. ibidem etiam de illo requiſito furti, ut fiat lucrandi animo.

TEXTVS.

13. Item ea quæ ex hoſtibus capimus, jure gentium ſtatim noſtra fiunt: adeo quidem ut & liberi homines in ſervitutem noſtram deducantur : qui tamen ſi evaſerint noſtram poteſtatem, & ad ſuos fuerint reverſi, priſtinum ſtatum recipiunt.

COMMENTARIVS.

OCcupationis quoque iſta ſpecies eſt: Occupamus enim vel res quæ ſunt nullius , de quo modo adquirendi hactenus : vel quæ ſunt alicujus, cujus ſpecies eſt occupatio rerum hoſtilium, quæ ſcilicet ſemper tales fuerunt ; nam quæ noſtræ

ante

by Google

ante fuerunt, & jus poſtliminii habent, non cenſentur hoſtiles hactenus, eoque priſtinis dominis ſunt reſtituendæ *juxta l. 2. de captiv.* Inprimis autem hic diſtinguendum eſt, inter principem aut ducem belli, imo Reipublicæ vel principis cujus auſpiciis & autoritate bellum geritur, & inter v. c. privatum & ſingulos milites. Ad illos pertinet locus quem ſupra *lib. 1, tit. 8.* ubi de poteſtate dominica egimus, retulimus ex Xenophonte, ſi quis urbes hoſtium capiat, victoris eſſe & corpora hoſtium & bona eorum; & ex hiſtoriis Romanis notiſſimum eſt, ituris ad bellum ducibus, quæſtorem adjungi ſolitum, qui prædam & ſpolia ex hoſtibus colligeret, venderet, & pecuniam poſt in ærarium referret, de quo etiam videre eſt *Gellium 7. noct. Att. 4. & lib. 13. cap. 23.* eoque pertinet, quod eſt *in l. pen. ad L. Iul. pecul.* eum teneri (peculatus, qui prædam ab hoſtibus captam) ſcilicet tamquam publicam) ſubripiat. Atquin conſtat Juſtinianum hic tractare de modis, quibus ſinguli & privati res adquirunt, non quibus Princeps aut Reſpubl. & igitur, quod jam diximus, nihil ad explicationem hujus §. Plane hac de cauſa Hottoman. iſtud reſtringit ad ea, quæ milites in excurſionibus, hoſtibus eripiunt. Sed nimia reſtrictio eſt, & plures ſunt caſus, quibus milites, quæ ex hoſtibus capiunt, ſua faciunt, & quibus bona hoſtium occupare ipſis hoc effectu licet. Et ante omnia quæ in prælio proſtratis hoſtibus detraxiſſent milites, ea citra injuriam & juſtam indignationem vix iis eripi aut publicari potuiſſe exiſtimo, nec facile factum fuiſſe.

Deinde in poteſtate Imperatoris fuit, an urbis obſeſſæ & expugnandæ prædam in publicum totam redigere, an partem militibus dividere, an vero excitando militum ardori & alacritati, & in præmium fortiter navatæ operæ, urbem illis diripiendam promitteret; quod poſtremum conſtat, ſæpiſſime factum, & hoc caſu quemque ſibi habuiſſe, quod occupaſſet: quo referendum eſt, quod traditur *hoc §. ex lib. 5. §. ult. & l. 7. in pr. de adq. rer. dom.* Et de hujuſmodi caſu accipienda eſt *l. transfugam 51. de adq rer. dom.* res hoſtiles, quæ apud nos ſunt, id eſt, quas in noſtram poteſtatem redigemus, eſſe occupantium, id eſt noſtras, non autem fieri, vel eſſe publicas. Atque ita pertinet hic locus ad res mobiles: immobilia enim, agri & fundi hoſtiles, non ſunt objectum occupationis privatorum de qua hic agitur: ſed jus in ea eſt victoris principis aut populi, & hoſtibus victis vel urbe eorum expugnata, & civibus ſub haſta venditis, aliquando totus ager publicabatur; aliquando ex pactione, agri parte multabantur hoſtes: qui fiebat publicus populi Romani, aliquando ille civibus Romanis in coloniam deductis aſſignabatur, aut alias Legibus agrariis in tenues cives dividebatur; & ſub Imperatoribus non raro recta militibus in præmium victoriæ cedebat: quo pertinet, quod eſt in *l. ſi captivus 20. §. 1. de captiv.* agrum ex hoſtibus captum aut publicari, aut prædæ loco cedere; præda enim fit, dum aſſignatur militibus.

Illud forte hic admonendum, non recte huc referri iſtum modum adquirendi, qui eſt ex jure gentium ſecundario: minime vero ex eo, quid cum ipſo genere humano cepiſſe profitetur Juſtin. *in §. ſingulorum ſup. h. t.* An forte Juſtin. Jus naturale in genere accepit, omne quod non eſt jus civile, ut apparet *ex d. §. ſingulorum*: & ob id quod cepiſſe dicit cum ipſo genere humano, non ita præciſe accipiendum eſt, ſed ſecundum ſpeciem nobiliorem: Contemno plane quod Baro hinc conſurari ait eos, qui duplicem ſpeciem faciunt juris gentium, quaſi vero adeo accurate ſemper JCti, aut Tribonianus loquantur, aut quaſi illa quæſtio de ſpeciebus juris gentium, ex autoritate JCtorum decidenda eſſet; ea nimirum ex principiis Ethicis & Politicis ſumenda eſt; contra quæ nihil poteſt autoritas ullius JCti, aut Imperatoris. Et tamen nihil eſt in jure noſtro quod eam diſtinctionem directo impugnat, ſed illi inepti, qui textus juris cavillari & captare, quam ea commode explicare malunt.

Qui ſi evaſerint.] Juſtin. loquitur de his quos Romani ex hoſtibus ceperunt, proinde ut de iis quos hoſtes ex Romanis ceperunt. Hæc enim ſunt ex jure gentium, ut qui capti ab hoſtibus, eorum poteſtatem evaſerunt, reverſi ad ſuos priſtinum ſtatum recipiant; quamvis propria quædam Romani jure & fictione poſtliminii (de quo dictum *ſub lib. tit.*) habuerint. Quod de recipiendo priſtino ſtatu dicitur, eo quoq; pertinet, ut intelligamus, ex ſervitute hoſtium reverſos, non libertinæ, ſed ingenuæ conditionis eſſe: idque, ut maxime apud hoſtes fuerint manumiſſi; & hoc jus poſtliminii quoque facit.

TEXTVS.

14. Item lapilli & gemmæ, & cærera, quæ in littore maris inveniantur, jure naturali ſtatim inventoris fiunt.

COM-

COMMENTARIVS.

HIc locus novam distinguendi nobis materiam præbet. Diximus occupationem esse vel rerum quæ sunt alicujus, vel quæ nullius. Hujus occupationis species duæ sunt, Venatio, de qua ante dictum; & inventio; quæ rursum vel est rerum, quæ numquam alicujus fuerunt, de qua h. §. vel quæ fuerunt, & habet obiectum duplex thesaurum, de quo *supra h. tit. §. thesauros* 40. & res pro derelicto habitas, de quibus *in fin. 6. penult.* Gemmæ & lapilli, de quibus h. §. numquam in dominio alterius fuerunt, de iis enim intelligitur hic locus, quæ scilicet in mari & littore nascuntur; nam si qua ejusmodi in tempestate maris à periclitantibus ejecta, & à fluctibus in litus expulsa sint, ea non fiunt inventoris, de *quo infra §. ult. h. t.* Hic autem cavillatur Hottomanus, quasi non magis istud de gemmis in littore repertis huc pertineant, quam tractatio de ipso littore, quod commune esse supra dixit Justin. Omnino inepte; quoniam diversa plane ratio est litoris, utpote rei immobilis, & gemmarum in littore repertarum. Et littus occupamus hactenus, dum illud & quod ibi ædificavimus, tenemus, numquam autem in dominium nostrum revera redigimus, sed id retinet naturam suam; & destructo ædificio manet commune.

Atquin gemmas ita occupamus, ut eas perpetuo nostras faciamus, & in patrimonium sicut alias res redigamus; & penitus inepte quis gemmas dixerit communes non minus quam feras, sed illæ nullius sunt, & occupatæ fiunt omnino occupantis; & ut jam ostendimus, est ista propria species occupationis, quæ inventio appellatur.

Ex istis apparet errare, qui lapillos & gemmas, citra apprehensionem possessionis, occupari existimant, & fieri ejus, qui eas vidit; ex quorum numero est Porcius; qui falso putat inveniisse dici eum, qui falsum vidit; & quid si enim viderit ex turri, aut ex ædibus suis? Et alia ratio est casuum in *l. 1. §. si jusserim* 21. *l. quod meo* 18. §. 2. *de adquir. possessione*, ubi & titulus præcedit & voluntas domini, in cujus res est possessione, quam dum dimittit hoc animo, ut alius eam habeat, facilis est ejus apprehensio; at hic quærimus de occupatione sine titulo, & rei quæ in nullius est possessione,

Lapilli & gemmæ.] An igitur & quomodo ista inter se distant? Et Ulpianus *in Locum aurum* 19. §. *gemmæ* 17. *de aur. & arg. leg.* ex sententia Servii, gemmas distinguit à lapillis, quod illæ sint pellucidæ, ut ita lapillus generis locum obtineat: & alius sit pellucidus, qui in specie gemma, alius non pellucidus, qui in specie lapillus; neque enim ita accipienda est sententia d. l. 19. quasi gemma non possit dici lapillus, generaliori significatu; qua explicatione corruunt fere quæ contra istam distinctionem affert *Laur. Valla 6. elegant. cap. ult.* à cujus etiam cavillationibus istam distinctionem tuetur *Alc. lib. 4. de verb. signif. in apolog.* quæ plurima alia loca, in quæ maxima parte *d. lib. 6.* ex professo disputat Valla vindicat ab ejus reprehensionibus; & quod ad hanc rem facit, gemmæ appellationem a Plinio & alibi latius accipi fatetur, ut etiam lapillos non pellucentes comprehendat; sed inde non impediri, quominus in specie de pellucidis affirmetur & usurpetur, argumento à notatione nominis, quod gemma dicatur, quasi gemina.

TEXTVS.

15. Item ea quæ ex animalibus dominio suo subjectis nata sunt, eodem jure tibi adquiruntur.

COMMENTARIVS.

HIc rursus nova dividendi materia, ut capita diversa sub certa membra referamus. Occupationem puta constitui posse aliam veram, aliam fictam, quæ ab aliis dicitur accessio. Illius explicavimus jam unam speciem, venationem, & ex alia inventione, itē unam speciem infimam, inventionem lapillorum Occupationem fictam dico, quæ fit mediante re, quæ dominio nostro jam subjecta est, & cui aliquid accedit, ita ut hoc quod accedit, quasi mediante illa re occupare videamur. Cujus occupationis rursus duplex cōstitui potest species. Altera quādo intercedit factum hominis, de qua paulo inferius: Altera, ubi citra factum hominis sola operatur natura. Hujus rursus duæ hoc tit. sunt species sive mēbra. Alterum in fœtura nostrorum animaliū, de qua in hoc §. Et est id rationi acquirendi naturali conveniens, ut fœtus sequatur ventrem, & sit ejus cujus est mater, non cujus pater, quod hic præsertim in bestiis non possit dici certus, cum nulla hic sint conjugia: & ut maxime certus esse possit, tamē & fœmina plus confert, dum fœtum in utero gerit, quam interim dominus alere cogitur, ut propterea quoq; fructū hunc percipere debeat; tum non dissimilis hic est ratio, quæ seminum in agrum alienum sparsorum, quæ domino soli adquiruntur, de quo infra. At, ni[illegible] quid

Digitized by

quid eadem ratione huc referri poſſit, quod partus ancillæ ſequitur ventrem, & ei, cujus eſt ancilla, adquiritur? Exiſtimo ideo hoc non adjectum hoc loco, vel quia in fructu non eſt ancillæ partus, de quo infra; vel potius, quoniam hic agitur de modis adquirendi naturalibus, & ex iis rebus, quas ipſa natura ad hoc produxit; in quem uſum animalia bruta producta ſunt, at minime producti ſunt in uſum iſtum homines: ſed accidit id propter malitiam hominum aliena invadentium: ex quo non jure naturali, ſed jure gentium ſecundario, prætextu humanitatis, ut hoſtes captivi ſervarentur, nec occiderentur, introductum fuit, ut & ipſi capti, & porro ex captis fœminis nati ſervituti ſubjicerentur; de quo expoſitum eſt *ſupra l. 1. de iure perſon.*

TEXTVS.

16. Præterea, quod per alluvionem agro tuo flumen adjecit, jure gentium tibi adquiritur. Eſt autem alluvio incrementum latens. Per alluvionem autem id videtur adjici, quod ita paulatim adjicitur, ut non poſſit intelligi, quantum quoque temporis momẽto adjiciatur. Quod ſi vis fluminis de tuo prædio partem aliquam detraxerit, & prædio vicini attulerit, palam eſt eam tuam permanere. Plane ſi longiori tempore fundo vicini tui hæſerit, arboreſque quas ſecum traxit, in eum fundum radices egerint, ex eo tempore videtur vicini fundo adquiſita eſſe.

COMMENTARIUS.

IN §. præced. actum de una ſpecie occupationis fictæ, ſive acceſſionis, quæ fit citra factum hominis operatione naturæ. Altera quæ fit citra factum hominis, cauſam habet, operationem aliquam naturalem fluminis. Et hujus quatuor porro hoc tit. proponuntur ſpecies. Duæ in propoſito textu; aliæ duæ in duobus §. §. proxime ſequentibus Prima eſt Alluvio, cum flumen latenter ſenſim alluendo aliquid agro meo adjicit, quoniam, quod ita de fundo & ripa vicini detrahitur, quaſi interire, & dum meo fundo adjicitur, mihi quæri intelligitur, juxta *hunc text. in pr. l. adeo* 7. § 1. *h. t. l.* 1. *inf.* & *l.* 3. *C. de alluvion.*

Alluvio eſt incrementum latens.] Non debemus cavillari verba; Alluvio proprietate verbi non eſt incrementum: ſed ita dicitur per quandam metonymiam cauſæ; ſiquidem dum alluit vicinum fundum vel ripam, & ita alluendo & quaſi lambendo aliquid detrahit, quod fundo meo adjicitur, cauſam huic incremento præſtat. Hæc eſt prima ſpecies iſtius acceſſionis vel adjectionis per flumen, & dicitur alluvio, & habet locum in agris non limitatis. *l. in agris* 16. *de adquir. rer. dom.* Alteram dico conſtitutionem, de qua in *verſ. ſive* §. *quod ſi vis*: quæ tamen, ut ipſum nomen arguit, præter factum fluminis aliquid amplius deſiderat, ſed flumen prima ejus cauſa eſt, quod nimirum partem integram de prædio alterius, & quidem non latenter detraxit, & alterius prædio adjecit. Hactenus nondum adquiſitio ulla. Imo ait Juſtinianus, palam eſſe, quod ea pars maneat ejus, de cuius prædio detracta fuit. Sed ea mox ſubjicitur limitatio, ex qua iſta adquiſitionis ſpecies conſtituitur, in *verſ. plane*, ſi pars illa detracta longiori tempore fundo vicini hæſerit, ita ut arbores ſimul avulſæ in fundo vicini radices egerint; ex eo enim tempore intelligi adquiſitam illam partem vicino, mutata jam proprietate, propter coalitionem cum fundo cui adjecta fuit. Quidquid enim ſentiant hic Hottomann. & alii, quidquid etiam probent lectionem in plurali numero, *videntur adquiſita eſſe*, rectior & omnino vera eſt lectio in numero ſingulari; *videtur adquiſita eſſe*. Et ita habet lectio Florentina in *l.* 7. § 2. *de adquir. rer. dom.* cui præceteris fides habenda eſt, niſi rationi repugnet. At hæc lectio omnino rationi convenit, & ei quod & hic & in *dict. leg.* 7. procedit, & tractatur, nimirum de parte prædii avulſa, quam initio negat JCtus & Juſtinian. protinus adquiri fundo vicini, ſed tum demum ex quo cum fundo coaluit, & unum facta eſt: ideoque *adquiſita eſſe videtur*, referendum eſt ad partem prædii avulſam. Inepte autem plurali numero, *adquiſita*, referetur ad arbores, de quibus quomodo adquirantur, non tractatur hoc loco, ſed quo modo adquiratur aliquid interveniente & mediãte flumine: & arborum quæ radices egerint in vicinum fundum, mentio ideo fit, quoniam ex quo hoc factum eſt, & arbores ſimul avulſæ radices egerunt, deprehendimus, & concludimus, partem illam cum fundo vicini coaluiſſe. Itaque inepta eſt objectio Hottomanni, quod ridiculum ſit, cauſam adquiſitionis ponere in arboribus; neq; enim

cauſa adquiſitionis ſunt arbores, ſed indicium coalitionis præſtant: quam coalitionem ſpeciem adquiſitionis facere omnino contendo, ſi aliis argumentis, omnino partem avulſam unitam cum fundo cui adjecta fuit, probetur. Itaque rurſus falſum eſt, quod ait Hottomannus, ſi nullæ in parte avulſa arbores fuiſſent, eam vicini fundo adquiri non potuiſſe. Rurſus ineptum eſt, quod Hottoman. veteres JCtos tantum dubitaſſe de arbore quæ ſimul fuerit translata, & adeo pro certo & explorato habuiſſe terram prioris dominī manere. Et enim non tantum de arbore quæ cum parte terræ avulſa eſt, quæri poteſt, ſed etiam de arbore ſeorſim, quæ in alieno poſita eſt, quod ſane tractat *Paulus in l. ſed ſi 27. §. pen. de adquir. rer. dom. & Vlp. in l. 5. §. de arbor. dè rei vind.* Et vero ſi de arbore tantum translata cum terra alterius quæreretur, & terram alterius manere præſupponeretur, abſurde & falſo diceretur ſimpliciter, arborem eſſe vicini, ſed utique eam ad minimum communem eſſe fuerit reſpondendum. Et imo vero etiam unionem partis terræ cum fundo alterius quam coalitionem appello, facere ut dominium mutetur, & alteri quæratur, probatur ſatis eſt. *l. hoc amplius 9. §. Aſſeſſus 2. verſ. ita demum. de dam. infect.* Ubi Juriſconſultus negat cruſtam terræ poſſe amplius vindicari, ſi coaluerit, & unitatem cum terra alterius fecerit: ubi & expreſſe cruſta ab arbore diſtinguitur.

At dicet quis iniquum videri, ut vicinus dominium partis avulſæ amittat, & ita vicinus cum damno ejus locupleretur, ſed præterquam quod negligentia quædam domini argui poteſt, qui rem ante non vindicavit, alia quoque & faciliis eſt reſponſio, aliam eſſe quæſtionem, de adquiſitione dominii ex ratione juris gentium; aliam an omne jus prioris domini, & actio omnis extincta ſit: quæ quæſtio inferius hoc tit. ſæpe occurret; & ſcilicet non ſi dominium rei alteri ex jure gentium ſine facto domini quæſitum eſt, protinus omnis actio domino priſtina negatur; & minime hæc inter ſe pugnant, dominum quem factum eſſe, & tamen contra eum priori domino actionem aliquam ſupereſſe. Et in his ipſis terminis ſere arboris translatæ & cruſtæ avulſæ, & coalitio, actio in rem, directa ſcilicet negatur priori domini, ut dicat rem jure Quiritium eſſe ſuam *dict. leg. 9. §. 2. de damn. inf.* ſed utilis tamen ei conceditur ex æquitate *dict. leg. 5. §. 3. de rei vind.* qua utique id conſequetur, ut pretium novus dominus ſolvere cogatur. Nec novum eſt, ut ei qui jure ſummo dominus nō eſt, aut eſſe deſiit, utilis in rem actio accommodetur, cujus rei exempla ſunt, *in l. qui mortis 30. de mortis cauſ. donat. l. 1. Cod. de donat. ſub mod. l. uxor. 55. in fin. de donat. conjug. Novell. 61. cap. 1. §. 1. l. inverbur. 30. C. de jur. dot.* Non placet autem, urquod de utili vindicatione dicitur in *dict. leg. 5. §. 3. de rei vind.* ad eum caſum reſtringatur, quo facto illius in cujus fundo radices egit, arbor translata fuit; quod probat *Mynſ. hic & Weſemb.* eamque opinionem fuiſſe antiquorum refert Angelus hic, ubi tamen addit opinionem illam priorem, quam retulit & quam tenuit Azo, magis eſſe æquam.

TEXTVS.

17. Inſula quæ in mari nata eſt, (quod raro accidit), occupantis fit, nullius enim eſſe creditur. At inſula in flumine nata, (quod frequenter accidit,) ſiquidem mediam partem fluminis tenet, communis eorum eſt, qui ab utraque parte fluminis prope ripam prædia poſſident, pro modo ſcilicet latitudinis cuiuſque fundi, quæ prope ripam ſit. Quod ſi alteri parti proximior ſit, eorum eſt tantum, qui ab ea parte prope ripā prædia poſſident. Quod ſi aliqua parte diviſum ſit flumen, deinde infra unitum agrum alicuius in inſulæ formam redegerit, eiuſdem permanet is ager, cuius & fuerat.

COMMENTARIUS.

1 *Cauſa acquiſitionis Inſulæ.*
2 *Error Hottomanni.*
3 *Explicatio l. pen. de adq. rer. dom.*
4 *Cavillatio Pauli.*
5 *Species inſularum.*
6 *Alius error Hottomanni.*

DIximus de duabus ſpeciebus adquiſitionis, quas cauſatur flumen. Alluvione & coalitione. Tertia eſt, † Inſulæ in flumine productio. In flumine, inquam, nam ut in *prin.* §. docet Juſtin. ex *l. 7. §. 3. de adquir. rer. dom.* ſi in mari nata ſit, ad hanc ſpeciem adquiſitionis non pertinet, ſed eſt nullius, & proinde cedit occupanti. In flumine autem nata adjicitur vicinis prædiis. Ex quo confirmatur, quod ſupra contra Hottoman. diſputavi, ipſum alveum

alveum quodammodo videri esse partem vicinorum prædiorum, qui tamen interim videtur esse publicus, quoniam à flumine contegitur, & nullum sui usum præbere potest. Nam utique insula de qua hic loquimur; & quæ immobilis est, eadem pars quædam alvei est: sed quia prominet ex superficie fluminis, & ita ejus usus privatis esse potest, ut vicinorum prædiorum pars, dominis eorum cedit. Confirmatur amplius, quod insula non omnino æqualiter accedit vicinis prædiis, sed tum demum, si & medium fluminis teneat, & prædia utrimque æqualis sint latitudinis: Ceteroquin, aut tota accedit prædiis, qui sunt ab una parte fluminis si ei parte propior sit, aut si medium teneat, & prædia non sint æqualia, pro modo latitudinis eorum dividitur: hinc enim intelligimus, non aliam esse rationem huius adquisitionis, quam quod insula pars alvei est, nam & in alveo relicto ita observatur, ut dicemus ad §. seq. & de ea re tractant Juriconsulti *in l. inter 29. & l. insula 56. de adq. rer. dom.* Atque hinc est, quod si qua insula non cohæreat alveo, sed ex virgultis, aut alia materia concreta in superficie fluminis hæreat, ut solum & scilicet alveum non tangat, sed moveatur in flumine, ea non sit vicinorum prædiorum, ut Paulus scribit *in l. penultim. §. si qua 2. de adquir. rer. dom.* cujusmodi insulæ meminit *Livius libr. 2. in princ.* quæ nata fuit, ex segete farris (quæ creverat in Campo Tarquiniorum, consecrato Marti) demessa & dejecta in Tiberim Ex

2 quibus rursus apparet, falso ab † Hottomanno hanc rationem reddi huius adquisitionis, quod qui vicini sunt, præsumantur primi eam occupaturi. Neque enim per occupationem fit hæc adquisitio, sed per accessionem; & posset utique alius prævertere vicinum occupando, & si ita esset, insula quoque in mari nata deberet esse eorum, qui prope littus possident prædia, quia & hi possent dici primi occupasse. Amplius si hæc ratio vera esset, procederet etiam hæc adquisitio & accessio, licet prædia vicina essent limitata; quod tamen contra est. *l. 1. §. si insula 6. de flum.* Ubi dicitur insula ea esse occupantis, non vicinorum; ut appareat hic omnino à veritate aberrasse Hottomannum.

Huic tamen sententiæ, quod in insula in flumine publico enata, sit vicinorum, & non publica,

3 objicitur *l. penult. §. 1. † & §. ultim. de adquir. rer. dom.* quo utroque loco non obscure affirmatur insulam esse publicam, & quidem in *d. §. ultim.* ex hac ratione, quoniam ipsum flumen sit publicum; itaque ista loca ad casum quo vicina prædia sunt limitata, referri non possunt. Facilior est responsio ad §. 1. *d. l. pen.* quod insula ibi publica dicatur ratione non proprietatis, sed usus & nimirum non tota, sed quoad partes extremas, quæ fungantur ripæ vicem; nam insula enata facit ut quasi duo sint flumina, quo usque se insula extendit, utique duæ partes fluminis. Itaque quod juris est navigantibus, aut piscantibus in ripis fluminis proprie dictis, juxta dicta ad §. *riparum 4. supr. h. t.* idem jus est, in partibus extremis & oris insulæ enatæ, ut ibi quoque alligare arboribus funes, naves appellere, & retia liceat siccare. Quam sententiam omnino efficit vulgata lectio illius, (Florentina enim obscura & corrupta est,) *in eo genere insula est, quo ripa flumini, & littora mari proxima, &c.*

Ripæ nimirum usum publicum præbent, ut diximus; ad eundem modum & hæc insula. Et ut tanto minus incommoda videatur hæc explicatio,

4 observandum est, quod in *dict. leg. penultim.* † Paulus, qui in epitomen redegit pitharia id est, verisimiliæ Labeonis, revera argutetur, & studio quodam contradicendi cavilletur Labeonem. Dixerat Labeo insulam in flumine natam proxime meum fundum, meam esse. Verissima hæc sententia est: quam tamen Paulus *in §. 2. d. l. pen. de adq. rer. dom.* cavillatur, falsam esse dicens in insula, quæ in fluminis superficie coaluerit & moveatur; quasi vero Labeo de ejusmodi insula senserit. Eodem modo, verissima propositio est, Labeonis in *§. 1. eiusdem l. pen.* In insula quæ mea propria est, nihil est publici. Senserit enim Labeo de proprietate, ut ansam cavillandi haberet Paulus, subjicit, usu utique in ea esse aliqua publicum. Neque enim negat illud prius in ea propositione, (& hoc notandum est,) quod insula sit propria. Sed posterius, quod ita sit propria, ut nihil plane in ea sit publici. Et ita quoque oportet accipi *l. penult. §. ult.* ut intelligatur insula publica ratione usus: Ceteroquin Labeo, cui *d. §. ult.* tribuitur, secum ipse pugnaret: siquidem in *§. 2. eiusdem L.* hæc ejus assertio refertur: insulam in flumine publico natam, esse vicini propriam; ut mihi compilatores videantur non sine vitio ita absolute retulisse in *§. ultim.* tamquam ex sententia Labeonis insula publica esset. Ad hunc modum etiam Accurs explicat *dict. §. ultim.* quamvis alii aliter, nec desint etiam, qui textum emendent; ut videre est apud *Donell. 4. commen. 29. Hottom. 1. obs. 23. Cuiac. 14. obs. 11. Robert. 1. recept. act. 11.*

5 Hæc quæ de adquisitione diximus, † procedunt in insula vera & proprie dicta. Ea producitur & fit duobus modis, 2. Cum flumen partem alvei siccam relinquendo circumfluit. 2. Cum sensim colluendo partem alvei extra superficiem aquæ extollit, *leg. ergo* 30. §. 2. *de adquirend. rerum domin.* nam qui tertius modus ibi refertur, cum partem agri vicini, qui alveus non fuit, circumfluere incipit, æquivoce additur, non quod revera insula ea fit, quoad hunc effectum adquirendi, sed ratione formæ exterioris insulæ, ut docet *hic* §. *in fin.* Ubi Justinian. agrum illum, quem ita circumdedit flumen, manere domini ejus cujus fuerat, respondet; & hoc est, quod ait, *si redegerit in formam insulæ*: at significet formam quidem externam insulæ adesse, sed revera & in his terminis pro insula non haberi, nec adquiri vicinis prædiis, quomodo & in *dict. leg.* 30. §. 2. *inf. h. t.* ait JCtus, isto modo causam proprietatis non mutari.

6 Ridicule hic rursus † Hottomannus ait, quamvis, inquit, talis quoque insula fiat primi occupantis, tamen credibile est eum primum fore occupantem, cujus ante erat. Ita enim sequeretur, amissum semel ipso jure esse dominium agri, & postea de novo adquiri, quod aperte est contra hunc locum & *leg.* 7. §. 4. *eod.* tum, ut præmonuimus, totum istud commentitium & falsum est, quod insula in flumine nata adquiratur per veram & proprie dictam occupationem. Prorsus cum iste ager nec pars alvei sit, nec fuerit, nec à flumine productus sit, sed tantum circumluatur, fieri non potest, ut qui dominus fuit, ejus proprietatem amiserit.

Quod raro accidit.] Ait Justinian raro accidere ut in mari insula nascatur, frequenter, ut in flumine, rationem quidam reddunt, quod plures sint modi, quibus insula in flumine producatur, sed falsa ratio est; & hæc vera, quod modis duobis prædictis, quibus fit insula, frequentius locus est in flumine, sed per quam raro & vix in mari, propter maris & alvei marini profunditatem, & constantissimum maris fluxum, tum etiam propter æstus reciprocationem. Ex quo fit, ut nec alveus extra superficiem maris attollatur, nec pars alvei facile sicca relinquatur. Terræ motum inter causas enascentium insularum refert Plinius, quem de insulis in mari natis vide *lib. 2. nat. hist. c.* 84. *& 3. seqq.* Et hoc de insula in mari nata occasione tractatus de insula in flumine nata, adspergit Justinianus: tractatus enim de illa adquirenda pertinet ad superiora.

Illud fortassis supervacaneum sit admonere, per translationem insulas dictas ædificia & domus, quæ non communibus parietibus, sed singulæ propriis muris ambiuntur, quomodo Nero post ingens illud incendium urbem extrui voluit, ut refert *Tacit. 15. anna. v. Alcia. in l. urbana* 166. §. *insularius de V. S.*

TEXTUS.

1. Quod si naturali alveo in universum derelicto ad aliam partem fluere cœperit, prior quidem alveus eorum est, qui prope ripam eius prædia possident, pro modo scilicet latitudinis cuiusque agri, quæ prope ripam sit: novus autem alveus eius juris esse incipit, cuius & ipsum flumen est, id est, publicus. Quod si post aliquod tempus ad priorem alveum reversum fuerit flumen, rursus novus alveus eorum esse incipit, qui prope ripam eius prædia possident. Alia sane causa est, si cuius totus ager inundatus fuerit: neq; enim inundatio fundi speciem commutat: & ob id si recesserit aqua, palam est fundum ejus manere cujus & fuit.

COMMENTARIVS.

1 *Alvei relicti adquisitio.*
2 *Lapsus Hottom.*
3. *Explicatio l.* 30. §. 3. *h. t.*
4 *De L.* 23. *Quib. mod. usufr.*

HÆc denique quarta species est adquisitionis & accessionis per flumen, quam voco destitutionem alvei, qui desertus à flumine, vicinis prædiis adjicitur. Ex quo rursus probatur, quod jam sæpe dixi, alveum † fluminis videri quasi partem quandam prædiorum vicinorum: cæteroquin nulla ratione solida esset, propter quam relictus alveus à flumine, vicinis prædiis cederet. Et hæc sententia diserte probatur ex *l. ergo* 30. §. 1. *h. t.* ubi cum dixisset JCtus, ripam usu publicam, sed proprietate privatam esse, subjicit: Ideo alveum exsiccatum proximorum fieri, quoniam jam populus eo non uratur. Quæ comparatio perspicue probat, quod dixi, alveum etiam dū adhuc continetur à flumine, partem

tem videri vicinorum prædiorum : & dici publicum vel ratione uſus: vel quia ut ante dixi, flumen eum adhuc tenens facit ne privatorum jus in eo ſe
2 exſerere poſſit. Et ridiculus eſt † Hottom. qui negat ſe aſſentiri poſſe Celſo ICto hoc affirmanti in *d. l.* 30. §. 1. quaſi plus tribuendum eſſet Hottomanno, cujus præſertim rationes ſupra exploſæ ſunt: & ea quoque quam hic repetit , quod niſi alveus proprietate eſſet publicus , fieri non poſſet, ut qui ante agri fuit dominus, ex quo alveum fecit flumē, amitteret proprietatem, & ea non reverteretur ad veterem dominum rurſum flumine diſcedente. Etenim quodammodo dicimus fluminis quoque alveum eſſe publicum: ſed id non impedit, quominus ſuo reſpectu dicatur pars vicinorum prædiorum. Deinde alveum eum facit ex agro flumen, eum ſibi proprium facit, & quidem præſumptive perpetuo: eoq; receptum fuiſſe videtur , ut ne amplius prioris domini ratio, ſed jam alveus pro parte quadam vicinorum prædiorum habeatur. Tertio in hoc §. proponitur ſumnii juris ratio , quod alveus rurſus relictus fiat vicinorum: Caius autem in *l. 7. §. Quod ſi 5. inf. h. t.* adjicit, vix eſſe ut id obtineat: quoniam æquitas dictat, ut priori domino reſtituendus ſit alveus ſive ager: Quæ limitatio Caii manifeſto deſtruit opinionem Hottomanni. Et de eo forte ſtatuendum fuerit ex circumſtantiis, & inprimis an novum alveum flumen diutius tenuerit, an paulo citius diſceſſerit. Hoc enim ſi factum ſit prope inundationem iſta occupatio eſſe videtur, & ei aliquatenus ſimiles. Etenim ut huic adquiſitioni & ſententiæ huius §. ſit locus, oportet omnino verum eſſe alveum, factum ex agro alieno. Idque apparet ex fin. huius §. ubi docetur, per inundationem non mutari ſpeciem agri , eoq; recedente flumine manere ejus cujus & fuit. Nam ſicut ad *§. prec.* diximus, oportet inſulam eſſe veram , ut illi adquiſitioni ſit locus, non nudam eſſe formam inſulæ: ita & hic oportet alveum eſſe verum , non tantum externam alvei formam. Equidem inundatio proprie eſt, ubi flumē v. c. imbribus auctum, & egreſſum ripas , in vicinos campos ſe effundat, ita ut ſimul alveum ſuum teneat. Et tamē licet flumen deſerto loco ſuo perrumpat per alterius agrum , & eum occupet, ſi eum non ita multo poſt deſerat, non videbitur longe hoc abeſſe ab inundatione: eoque merito hunc agrum prior dominus rurſus ſibi vindicabit. Et ad huiuſmodi caſum (non ubi flumen vere alveum fecit) pertinet reſponſum
3 in *d. l.* † 30. §. 3. *h. t.* (nam & nominatim inundationis fit mentio) ubi dicitur : quod recedente ut flumine ager ſit ejus cujus ante fuit. Non quidem loquitur de ſimplici exundatione , ſed nec tamen de vera alvei factione , quæ non niſi tum habet locum ubi flumen diuturno lapſu excavavit agrum: oſtendit autem jam *d. l.* 30. §. 3. quam ineptum ſit argumentum Hot. quod paulo ante confutamus Ita ille colligit. Niſi alveus publicus eſſet revera, nō poſſe fieri , ut alveus relictus adquireretur vicinis prædiis Atquin ICtus in *d.* §. 30. agrum ait eſſe factum publicum, ut tamen recedente flumine eum reſtituendum dicat priori domino : ut hinc appareat, iſta inter ſe non pugnare, alveum dici publicum, ut tamen ob id nihilominus vicini in cujus aliquod h. beant quæſitum , quod ſeſe exſerat ubi
4 diſceſſit flumen. Porro ei † quod diximus ex *h. §. inf.* agrum inundatum manere domini prioris, & per inundatum non mutari ſpeciem agri , aut proprietatis cauſam, (quoniam ſcilicet non factus eſt alveus) non parum videtur obſtare *l. ſi ager* 23. *Quibus mod uſufruct. am.* ubi inundatione facta proprietas dicitur amiſſa. Reſpondet Accurſius, quod proprietas improprie & paulo laxius dicatur amiſſa propter omnino interverſum uſum, in quo omne emolumentum proprietatis conſiſtit, ſed forte rectius, & his quæ hactenus tractavimus, conſequenter, dicimus, quod in *d. l.* 23. agat ICtus non de ſimplici inundatione, cum flumen alveum ſuum ſervans effunditur extra ripas , ſed cum flumen totum uno impetu alveo deſerto in agrum aliquem ſe effundit: ita quidem ut dubium eſſe poſſit, an flumen in eo agro ſit manſurum , & ex eo novum alveum reverſurum. Et in illum eventum, quo alveum ex agro flumen facturum eſt, ſane recte dicimus, amiſſum proprietatem videri, adeo ut nec deſertus ille alveus domino priſtino reſtituatur, ſed cedat prædiis vicinis. Hoc reſpectu , & in iſto dubio dicitur interim amiſſa proprietas , quæ tamen, ſi iſtud quod dixi, non accidat, ſed flumen agrum necdum alveum factum deſerat , priſtino domino reſtitui debet, ut adjicitur in *d. l. ſi ager* 23. *Quib. mod. uſuf. amitt.* Porro pluſquam perſpicuum eſt quid hic alveus ſignificet : ideoq; ſupervacuo monet Mynſ. alveum etiam alibi capi pro loco in quo apes mellificant §. *apum* 14. *ſup. h. t.* itemque pro tabulis quibus teſſeris luditur.

Pro modo latitudinis.] Eadem eſt hic ratio alvei adquirendi vicinis, quæ eſt inſulæ & de eo diximus ad §. *præced.*

TEXTVS.

19. Cum ex aliena materia ſpecies aliqua facta ſit ab aliquo, quæri ſolet, quis eorum naturali ratione dominus ſit: utrũ is, qui fecerit an potius ille, qui materiæ dominus fuerit: ut ecce, ſi quis ex alienis uvis aut olivis, aut ſpicis, vinum aut oleum, aut frumentum fecerit: aut ex alieno auro vel argento vel ære, vas aliquod fecerit: vel ex alieno vino & melle mulſum miſcuerit, vel ex medicamentis alienis emplaſtrum vel collyrium cõpoſuerit: vel ex aliena Lana veſtimentum fecerit, vel ex tabulis alienis navem vel armarium, vel ſubſellia fabricaverit. Et poſt multam Sabinianorum & Proculianorum ambiguitatem placuit media ſententia exiſtimantium ſi ea ſpecies ad priorem & rudẽ materiam reduci poſſit, eum videri dominum eſſe, qui materiæ dominus fuerit: ſi non poſſit reduci, cum potius intelligi dominum, qui fecerit. Vt ecce, vas conflatum poteſt ad rudem materiam æris vel auri, & argenti reduci: vinum autem vel oleum aut frumentum, ad uvas, vel olivas, vel ſpicas reverti non poteſt: at ne mulſum quidem ad vinum & mel reſolvi poteſt. Quod ſi partim ex ſua materia partim ex aliena ſpeciem aliquam fecerit quis: veluti ex ſuo vino & alieno melle mulſum miſcuerit: aut ex ſuis & alienis medicamentis emplaſtrum, aut collyrium, aut ex ſua lana & aliena veſtimentum fecerit, dubitandum non eſt, hoc caſu eum eſſe dominum, qui fecerit: cum non ſolum operam ſuam dederit, ſed & partẽ eiuſdem materiæ præſtiterit.

COMMENTARIVS.

HIc novus adquirendi modus tractatur, qui dicitur ſpecificatio, & qui ſub occupationem nec veram nec fictam poſſe referri videtur: utique ubi ſpecies tota ex aliena materia eſt: niſi quis per introductionem formæ dicatur occupaſſe materiam alterius. Hinc enim, quoniam forma dare dicitur eſſe Rei, tota deciſio hujus rei dependet: Et in hoc etiam fundatur diſtinctio, quam poſt relata varia ſpecificationis, ſed non eiuſdem conditionis exempla, ſubjicit Juſtin. in *ver. Et poſt.* Etenim ut ex hoc, quod forma dat eſſe Rei, defendatur adquiſitio dominii, & ut res ſit ejus, qui formam dedit, oportet veram eſſe formam, à qua principaliter totum corpus æſtimatur, non vero accidentariam magis & nudam extrinſecam figuram: idque præcipue accidit in iis, de quibus loquitur alterum membrum diſtinctionis, quæ ad priſtinam rudem materiam citra inſigne aliquod damnum reduci poſſunt, veluti ſunt pocula ex auro vel argento alterius confecta: ad quæ pertinet, quod eleganter Paulus ſcribit in *l. quæſitum* 78. §. *illud* 4. *de legat* 3. ea quæ talis naturæ ſunt, ut ſæpius redigi poſſint in ſua initia, ea materiæ potentia victa, numquam ejus vires effugere. Ex quo in genere ſtatuere liceat, ubi potior eſt materiæ ratio, ibi rem debere manere ejus cujus materia eſt: contra, ubi dignior & præſtantior eſt forma, ut tum ſit dominus, qui formam dedit, quemadmodum ſi egregius artifex ex rudi lapide ſtatuam fecerit: ſecus enim fuerit in iſtis quoque teraminis ſtatuæ factæ, ſi citra majorem aliquam operam ex ære meo vel auro quis conflarit ſtatuam, ut ſcilicet hic materiæ dominus, idem ſit ſtatuæ dominus per *l. in omnibus* 24. *h. t.* ubi Paulus idem ſtatuit in ſtatua facta ex ære meo, & ſcypho facto ex meo argento: quo caſu me dominum ſcyphi manere conſtat, ut patet ex *hoc* §. *inf.* & haud dubie in *d. l.* 24. legendum eſt affirmative, *reduci poſſunt*, ut vulgata habent exemplaria: & recte in Florent. Particula *non* virgulis, ut ſpuria incluſa eſt. Et igitur pro hac diverſitate modo materia cedit formæ, modo forma cedit materiæ: quæ nec pro vera forma habenda eſt. Et hæc ſane diſtinguendi ratio rectior eſt, quam ea, quæ contra JCtos adhibetur à Connano, (quem recte hic confutat Hottom.) à pretio & valore rei, an materia pretioſior ſit, an forma opus & rem totam pretioſiorem fecerit: Neque enim à valore rei recte ad jus dominii inferri poteſt: ſed magis ex eo an res videatur adhuc eſſe eadem quæ prius, an non: ſiquidem ubi res non poteſt reduci ad priſtinam materiã, videtur quodammodo interiiſſe, & novum quid effectum: quo reſpicere videtur *Paulus in l.* 3. § *genera* 21. *de adq. poſſ.* his verbis, *quæ ipſi, ut in veriũ naturã eſſent ſocianda*, quod non

Digitized by Google

non recte dicitur, ubi in eandem materiam res poſſit reduci : quod ad effectum iſtum de quo hic quærimus, adquirendi dominii: nam quod id alium effectum, ut quis tamquam qui dolo deſiit poſſidere teneatur actione ad exhibendum, ſi ex ſcypho meo maſſa facta fuerit, res quaſi pro extincta habetur *l. Iulianus* 9. *§. ſed ſi* 3. *ad exhib.* ubi tamen additur, propter mutatam formam PROPE videri extinctam ſubſtantiam rei. Et huc pertinet quod in *l. mulieris* 13. *de V.O.* rem videri abeſſe, cujus forma mutata eſt, licet maneat idem corpus.

Porro Juſtin. in *verſ. ut ecce vas* diſtinctionem propoſitam applicat ad exempla in pr. §. propoſita, vas, inquit, conflatum poteſt ad rudem materiam reduci : ex quo intelligimus, eum ex cujus ære auro vel argento ſcyphus factus eſt, eſſe dominum ſcyphi: neque de hoc eſt controverſia. Pergit Juſtin. vinum, oleum aut frumentum, ad uvas, olivas aut ſpicas reverti non poteſt. Ergo erit dominus, qui ex uvis & olivis vinum aut oleum fecit. Nam quod ad frumentum attinet, omnino, quod hic prætermiſit Tribonianus, addendum & ſupplendum eſt ex JCto in *l.* 7. *§ cum quis* 7. *in f. h. t.* frumentum excuſſum eſſe ejus cujus fuerant ſpicæ, quoniam qui excuſſit, non fecit novam ſpeciem, ſed detegit tantum eam quæ eſt : ſiquidem frumentum jam in ſpicis perfectam ſuam habet ſubſtantiam, cui nihil addit, qui tantum frumentum excutit : quæ certiſſima ratio facit, ut hoc exemplum & hic caſus ad ſpecificationem non pertineat & planiſſime erravit Azo relatus à Gl. & probatus *Ioh. Plat.* quod per hunc §. corrigatur *dd.* 7. §. 7. *eod.* Sed & quod ad uvas vel oleas attinet, abeſt id exemplum non longe à ſpicis, & proinde non videtur rationi congruum, ut dominus ſit, qui ſcil. ex uvis alterius torculari ſubjectis expreſſit vinum: nam vix eſt ut poſſit hic dici novam formam feciſſe, quippe quæ jam erat in uvis potentia proxima, & ad hoc ut fieret ex ipſis vinum deſtinatis, nec aliam formam recipere aptis natis. Et mihi omnino poſterius iſtud membrum quo res ad priſtinam materiam reverti non poteſt, ſubdiſtinguendum videtur, ut tum demum dominium amittat materiæ dominus, ſi vere forma & omnino nove fuerit addita, & que fuerit quodammodo remota, ut ita dicam à materia, quæ pluribus formis ſuſcipiendis apta erat. Hæc ſententia probatur argumento ejus controverſiæ, quæ tractatur de navi facta ex lignis alienis: ut videlicet ſi lignum fuerit rude ex ſylva cæſum, navis ſit ejus, qui fecit: ſin vero tabulæ fuerint jam deſtinatæ navi faciendæ, ſit navis ejus cujus lignum & ſcil. tabulæ fuerunt. Ita enim ſolent componi textus in ſpeciem pugnantes (Hottom. putat eos vere pugnare) in *l. ſed ſi* 26. *de acquir. rer. dom. & in l. Minicius* 61. *de rei vind. infr.* Deinde & directe probatur ea ſententia, ex *l. de eo* 12. *§. ſi quis* 3. *ad exhib.* ubi in terminis Paulus reſpondet pio domino uvarum & olearum ; ſubjecta ratione, quod noſtrum debeat eſſe, quod ex noſtro fit: videlicet citra veram mutationem, & veram novam formam; quam ſi revera addit alius, tum rationi illi locus non eſt. Neque movet, quod ibi ſcivit alter uvas vel oleas eſſe alienas; quoniam adquiſitio dominii ex jure gentium, de qua hic tractatur, ubi alias cauſa habilis eſt, per malam fidem non impeditur, ut mox dicemus ad *§. ſi tamen h. t.* licet gl. & communiſſime Interpp. diſſentiant, qui requirunt bonam fidem. Nec rurſus movet, quod bonæ fidei poſſeſſor fructus præceptos ſuos facit *§. ſi quis à non infr. h. t.* non autem malæ fidei poſſeſſor. *l. 4. C. de crim. expil. hered l. 3. C. de condict. ſine cauſ.* quoniam perceptio fructuum per ſe non eſt modus adquirendi dominii, ſed quatenus quis jus in fundo habet: bonæ autem fidei poſſeſſor interim domini loco eſt, ut dicemus ad *d. §. ſi quis* 36. Atque hoc malo, quam ut cum VVeſemb. & aliis diſtinguam inter rationem naturalem & civilem: quaſi ex hac non fiat dominus qui eſt in mala fide: hac enim juxta rationem juris gentium tractant JCti. Nec quidquam facit, quod in *l.* 7. *§.* 7. *h. t.* dicitur, *ſuo nomine*, nec inde infertur, opus eſſe bona fide: nam & mala fide meo nomine facere poſſum: & prædo fundum alienum ſuo nomine poſſidet.

Supereſt hoc circa caſum, quo ex aliena plane materia quid factum eſt. Juſtinianus in *f.* §. dum applicat diſtinctionem, & decidit, non meminit quorundam caſuum quos in pr. propoſuerat, ſcil. emplaſtri confecti ex medicamentis, veſtimenti ex lana, navis vel armarii ex tabulis. Et quid igitur de his ſtatuimus? Nimirum applicanda eſt iis eadem diſtinctio hujus §. & ut ego quoque exiſtimo, ſubdiſtinctio quam addendam dixi. Et de tabulis paulo ante diximus: nec aliter videtur ſtatuendum de lana. Si quis ex detonſa ovibus meis lana veſtimentum fecerit, non dubitandum, quin ipſe dominus ſit : ſed ſi lana jam præparata ſit, & pannus factus, dixerim v. c. ex hoc tunicam vel pallium factum, eſſe ejus cujus pannus erat. Sic ita erunt conciliandi textus in *l. ſed ſi* 26. *in pr. de adq. rer. dom. & in l. de eo* 12. *§.* 3. *ad exhib.* & in hac ſcilicet quæ negat dominum eſſe qui veſtimentū fecit, lano pro panno accipienda

& eſt

& ex utraque Lex Pauli, quem ſecum pugnaſſe probabile non eſt. Quod ad medicamenta attinet, ſiquidem ea jam parata fuerint & perfecta, non dubitarim emplaſtrum ejus eſſe cujus medicamenta fuerunt, ceteroquin emplaſtrum erit facientis, *l quidquid* 27. §. 1. *h.t.*

Hæc de caſu, quo quid totum ex aliena materia factum eſt. Si materia communis fuit alterius & facientis, ait Juſtin. palam eſſe, nec dubitandum eum eſſe dominum qui fecit, quia & operam, & partem de ſuo præſtiterit. Hottomannus poſt alios id ita accipit, ut eadem adhibeatur diſtinctio, quæ in §. *praced.* & iſtud tum procedat, ſi res ad priſtinam materiam non poſſit reverti. Quod mihi non videtur convenire ſententiæ Juſtiniani: quippe qui in caſu §. *praced.* proponit quæſtionem cujus ſit ſpecies, dubitat, & diſtinguit. Atquin in caſu altero negat eſſe dubitandum, & proinde nec diſtinguendum hic videtur. Neque movet quod Hottom. objicit, materias poſſe ſeparari & debere, & cuique ſuum reſtitui per §. *ſi duorum in f. h.t. iunct. l. Lacus* 12. §. 1. *eod.* etenim id procedit, veſubi ab alio tertio duorum materiæ confuſæ ſunt & ſpecies facta, ubi quæritur an res communis ſit nec ne: vel ubi ſimpliciter confuſæ ſunt citra conſtitutionem novæ ſpeciei, quam non intendit ille, qui ſimul partem addidit de ſuo. De quo forte plenius cogitandum. Hæc omnia ita diſputantur, ut intelligamus, quis dominus ſit & rem vindicare poſſit, non autem propterea, cujus materia fuit ejus damnum ſentit ſed ei propriis actionibus proviſum eſt, de quibus commodior dicendi locus erit ad §. *ſi tamen in f. h. t.* Ait Juſtin. in *pr.* §. quæri, quis naturali ratione dominus ſit. Ubi naturalis ratio accipitur latius, & pene abuſive, ceteroquin naturalis ratio omnibus inſita eſt: à qua quæ fluunt, de iis utique inter doctos controverti non ſolet. Recte hic Baro, quædam, inquit, leviter tracta ſunt à natura, quorum ratio non cuivis perſpicua eſt.

Armarium] Meminit *Varro* 4. *de Lin. Lat.* 28. & videtur ei eidem eſſe, quod armamentarium. Apud Plaut. ſignificat locum in quo reponuntur cibi, in *Capiv. ſc. Dieſpiter.* cellas refregit omnes, recluſitque armarium. Ulpianus uſurpat pro loco in quo reponuntur libri *l. librorum* 52. §. *libris* 3. & §. *ſed ſi* 7. *de leg.* 3.

TEXTVS.

Sequitur apud Juſtin. §. ſit tamen. Verum ob affinitatem materiæ, cum ſpecificatione, ſubjicio §. *ſi duorum* 28. *cum* §. *ſeq. h. t.* Nam d. §. ſi tamen commodius connectitur cum §. cum in ſuo & ſeqq.

20. Si duorum materiæ voluntate dominorum confuſæ ſint, totum id corpus quod ex confuſione fit, utriſque commune eſt: veluti ſi qui vina ſua confuderint, aut maſſas argenti vel auri conflaverint. Sed & ſi diverſæ materiæ ſint, & ob id propria ſpecies facta ſit, forte ex vino & melle mulſum: aut ex auro & argento electrum, idem juris eſt: nam & hoc caſu communem eſſe ſpeciem non dubitatur. Quod ſi fortuito & non voluntate dominorum confuſæ fuerint vel ejuſdem generis materiæ vel diverſæ, idem juris eſſe placuit. Quod ſi frumentum Titii, frumento tuo mixtum fuerit, ſiquidem voluntate veſtra, commune eſt, quoniam ſingula corpora, id eſt, ſingula grana, quæ propria cujuſque fuerunt, conſenſu veſtro communicata ſunt. Quod ſi caſu id mixtum fuerit, vel Titius id miſcuerit ſine tua voluntate, non videtur commune eſſe: quia ſingula corpora in ſua ſubſtantia durant. Sed nec magis iſtis caſibus commune fit frumentum, quam grex intelligitur eſſe communis, ſi pecora Titii tuis pecoribus mixta fuerint. Sed ſi ab alterutro veſtrum totum id frumentum retineatur, in rem quidem actio pro modo frumenti cujuſque competit, arbitrio autem judicis continetur, ut ipſe æſtimet, quale cujuſque frumentum fuerit.

COMMENTARIVS.

AFfinis tractationi præcedenti de ſpecificatione, eſt tractatio iſta de cõfuſione & commixtione materiarum, quæ ſunt diverſorum dominorum: eoque coheret quaſi cum eo quod in §. *Quod ſi par-*

ſi partim 26. dictum fuit, de ſpecie facta ex materia duorum dominorũ. Hottomannus quidem hanc tractationem hoc tantum diverſam putat, ab eo, quod tractatur in §. *cum ex aliena*, vel potius §. *quod ſi partem*, hactenus diximus: Quod ibi ab uno materiæ diverſæ conjunctæ ſint: hic ab ipſis dominis communi conſenſu, aut à tertio vel etiam fortuito. Sed mihi iſta amplius & quidem principalis inter utrumque iſtum locum videtur eſſe differentia: quod illic unus ex duplici materia ſpeciem fecit, hic vero nulla ſpecies nova facta eſt, ſed tantum materiarum unitio & conjunctio: idque exempla hujus §. confirmant, de vinis & maſſis auri confuſis, de frumentis commixtis: excepto quod de confuſione vini & mellis proponitur: qui caſus etiam ſub ſpecificatione refertur in §. cum ex aliena: ſed nimirum ſola confuſio materiarum id operatur, citra ullum artificium: & ego differentiam ab Hottomanno relatam non improbo: ſed alterius quoq; illius vel præcipue rationem habendam dico. Et occaſione tractationis præcedentis de ſpecificatione hæc quaſi obiter adjecta videntur, ut quæ alias ad hanc materiam de adquirendo novo rei alicuius dominio non multum pertinere videantur, ſed rem ipſam explicemus. Confuſio & commixtio poſſunt quidem pro iisdem & mixtim uſurpari, ſed hic ita diſtingui videntur, ut illa ſit conjunctio materiarum, quæ ad duos dominos pertinent, in unam maſſam & corpus unicum: hæc autem ſit magis conjunctio in unũ acervum, & in corpus quod poteſt dici dejunctum, *arg. l. rer. 30. de uſucap.* Circa confuſionem non una occurrit diſtinctio. Nam aut confuſæ ſunt materiæ ejuſdem generis, veluti aurum & aurum: vel diverſi, veluti vinum & muſſum, unde propria ſpecies exiſtit. Rurſus materiæ confuſæ aut poſſunt revera ſeparari, ita ut cuique quod ante ejus fuit, reſtitui recte queat, aut ita ſeparari non poſſunt. Amplius, confuſio aut facta eſt utriuſq; domini voluntate, aut citra eam: & hic rurſus aut facta eſt confuſio per unum ex dominis, aut fortuito. Secundum quas diſtinctiones ita ſtatuendum eſt. 1. Confuſio facta voluntate dominorum, ſine diſtinctione materiarum inducit communionem: ſiquidem conſtat ex conventione res quasvis fieri communes. Hic eſt autem effectus omnis communionis, ut res quæ ante ſingulorum erant diſtinctim, jam ſint utriusque conjunctim, & pro partibus indiviſis: (in ſolidum enim res duorum eſſe non poteſt) quia contradictoria ſunt, eſſe commune & diviſum. Itaque hic obtinet, quod alias in rebus quibusvis communibus: ut quia partes non amplius ſunt diſtinctæ, non poſſit unus vindicare ſeorſim, quod ſuum fuit ante, ſed partem pro indiviſo, tertiam, dimidiam aut quartam, pro rata, quam ante habuit: veluti ſi mea pondo duo auri, tuum pondo unum fuerint confuſa, ego vindicabo duas partes pro indiviſo, vel quod eodem redit, agam communi dividundo, ut res dividatur, & ex maſſa diviſa duo pondo, mihi reſtituantur. Huic addenda eſt ſecunda propoſitio, ſi materiæ ejuſmodi confuſæ fuerint quæ ſeparari non poſſunt & deduci, itidem inducitur communio, ſive confuſio ſit caſu facta, ſive ab alterutro domino tantum; quoniam ipſa cõditio materiarum & qualitas facit, ut corpus ſit commune, quod ſeparari non poteſt: itaque hactenus eſt eadem ratio huius caſus & prioris, ut agatur vindicatione pro rata aut communi dividundo, ut docet *l. 3. §. ult. cum l. ſeq. de rei vindicat.* in qua additur, etiam furti agi poſſe & ad exhibendum, ſi quis dolo malo confuderit materias, ut appareat idem eſſe hic ubi unus dominus materias confudit (nam ubi utriusque conſenſu vel fortuito confuſio facta eſt, iſtæ actiones non habent locum) videlicet ut eſt in *l. 5.* quæ ſeparari non poſſunt. Quod ſi enim (& hæc tertia propoſitio eſt,) materiæ recipiant veram ſeparationem, & non communi conſenſu, ſed facto unius vel caſu confuſio facta eſt, corpus non fit commune: & ideo non agitur communi dividundo, ſed quivis partem ſuam diſtinctim & pro diviſo vindicabit, ut expreſſe docet *l. idem 5. §. 1. verſ. ſed ſi plumbum de rei vindicat.* Illa autem propoſitio, quod confuſis materiis ab uno domino quę ſeparari non poſſunt, vindicatio competat partis pro indiviſo, aut actio communi dividundo procedit ſi utraque materia confuſa, licet eſſentiam veterem retineat: nam ſi pro extincta quodammodo habeatur, & ſcilicet nova ſpecies ex confuſione extiterit, quæ ad priſtinam ſpeciem reduci non poſſit, veluti ſi Titius vinum ſuum & meum mel confuderit, mihi in rem actio non competit, ſed Titius totius corporis dominus factus eſt per ſpecificationem, juxta §. *cum ex aliena ſup. h. t.* idque docet *d. l. 5. §. 1. in pr. & fin. de rei vindicat.* itaque hic caſus ad iſtum §. non pertinet. Et aliis actionibus hic ſuccurritur ei cujus materia fuit, de quibus mox: non pertinet, inquam ad hunc §. ſi ſuo nomine ita quis ſpeciem fecerit: ceteroquin ſi utriusque nomine vel ſi voluntate utriuſque domini, aut caſu ea confuſio facta ſit, cor-

pus erit commune: de quo casu hoc §. loquitur Justinianus. Et igitur in summa, aut res confusæ sunt voluntate dominorum, & indistincte fit communio: aut citra eam: & hoc casu aut separari possunt, & rursus indistincte nulla fit communio, sive facto unius sive casu confusæ materiæ sint: aut separari non possunt: & sic rursus, aut materiæ retinent substantiam suam & fiunt communes: non retinent, sed exstitit nova species: & iterum aut confusio facta est casu, & fiunt communes, aut facto unius, & corpus totum fit specificantis, & ille domino priori materiæ propriis actionibus tenetur.

Et hic apparet, recte in *fin. §. si duorum*, lege affirmative, *idem iuris esse placuit*, quomodo & in *l. 7. §. sed etsi 9. h. t.* quæ sententia hic magis esset aperta, si legeremus, *Quod etsi*. Etenim in toto h. §. ut exempla ostendunt, agitur de materiis confusis quæ deduci integræ, quales prius erant, non possunt: itaque de iisdem in *f. §.* agere intelligendus est: in hoc autem casu ipsa materiarum conditio inducit communionem, ut paulo ante diximus. Itaque aut mendum aut error est Theophili, qui in hic legit negative ὑπὸ ἀυτὸ γενομένας. Putat autem Hottom. hic legi posse & legendum est τῶν αὐτὸ: licet idem 4. *obser.* 12. magis probet lectionem negativam: quæ vera sane est, si ponamus, materies separabiles casu confusas esse, hic enim communio non inducitur. Intelligimus autem materias separari non posse, quæ ejus conditionis sunt, ut non possint eadē numero restitui & prorsus eadem singulis dominis, quo ad ipsum corpus individuum, non quo ad quantitatem aut pondus. Ita enim in *l. 3. § 2.* argentum duorum confusum negatur separari posse, quoniam scil. fieri non potest, ut sciatur quæ pars ante cuiusque fuerit. Contra plumbum cum argento mixtum si fuerit, singula possunt accurate separari, qualia ante fuerint *l. 5 §. 1. vers. quod si plumbum de rei vindicat.* ubi additur, æs & aurum mixtum non posse deduci, cui tamen contradicit *l. lacus 12. §. 1. de adq. rer. dom.* quæ causa fuit, ut quidam ex *d. vers. Quod si*, negationem detraxerint: aut an ICtus in *d. l. 5.* agit de casu quo separatio in proclivi est & expedita: non de ea quæ fit artificio aliquo accuratiori & laboriosiori: ad quem casum referam *d. l. 12. §. 1.* aut an potius aliud in ære & argento, de quo in *d. l. 12.* aliud in ære & auro, de quo in *d. l. 5. de rei vind.* quod ego peritis dijudicandum relinquo. Notat plane *Alciat. 6. parerg. XI.* hodie inventam esse aquam quæ chrysallis dicitur, cujus vi aurum à quovis alio metallo separari possit: eoque non amplius fore locum sententiæ *d. l. 5. §. 1.* Fortassis autem an ista detractio non fiet sine corporum deterioratione & imminutione: quod si ita est, hodieque defendam decisionem *d. l. 5. § 1.*

Hæc de confusione. De commixtione breviter ita jus est, ut siquidem voluntate utriusque domini facta sit, acervus frumenti fit communis §. *Quod si frum. in pr. h. textu.* ceteroquin si hoc vel facto alterutrius vel casu contigerit, nulla inducitur communio: quoniam natura & essentia sua separata & distincta manent, *h. textu. vers. Quod si casu.* Itaque summo jure quisque dominus singulorum corporum & granorum habet vindicationem: sed quoniam granorum quæ cuiusque fuerunt accuratam separationem fieri impossibile est: oportet vindicationem institui pro modo frumenti, v. c. in tot modios, adjecta qualitate frumenti, ita ut judex æstimet quale cujusque frumentum fuerit, *h. text. inf.* videlicet, ut si alterius frumentum melius fuerit, judex ei plus ex acervo frumenti, vel ratione bonitatis aliquam pecuniæ summam adjudicet: ut perinde pene effectu res sit, ac si communio facta fuisset. Et hactenus exemplum à pecoribus commixtis h. §. laborat dissimilitudine: quoniam haud dubie ipsa corpora quæ cuiusque fuerunt, possunt vindicari. Sed Justin. ei fini tantum hoc adduxit, ut ostenderet, subtili jure non fieri communionem frumentorum.

Electrum.] Plin. *lib. 33. cap. 4.* Omni auro inest argentum: ubi quinta portio argenti est, electrū vocatur. Fit & cura electrum, argento addito. Aliter Suidas ἤ ἐστιν, ἀλλήλοις χρυσὸς μεμιγμένος εἰλικῶς. Homerus videtur illi tribuere secundas post aurum 4. *Odyss.* χρυσὸν ἠλεκτρῶ τε καὶ ἀργύρῳ ἠδὲ σιδήρῳ. Alio sensu electrum appellat *Plin. lib. 37. cap. 2. & v. Isid. de Metall. 16. cap. 23.*

TEXTUS.

21. Hic subjicio §. *si tamen* ex ratione quam dedi ad §. *prec.* & mox pluribus exponam.

Si tamen alienam purpuram vestimento suo quis intexuerit, licet sit pretiosior purpura, tamen accessionis vice cedit vestimento; & qui dominus fuit purpuræ, adversus eum qui subripuit, habet furti actionem, & condictionem, sive ipse sit qui vestimentum fecit, sive alius; nam extinctæ res,

ctæ res, licet vindicari non poſſint, condici tamen à furibus, & quibuſdam aliis poſſeſſoribus poſſunt.

COMMENTARIVS.

1 *Adquiſitio per acceſſionem.*
2 *Quæ actio detur amiſſo ita dominio.*
3 *De L. 12 §. 3. ad exhib.*
4 *De L. 9. §. 3. eod. tit.*
5 *De purpura attexta.*
6 *Et quid ſi id bona fide factum.*

HIc 5. præ aliis difficilis eſt. Revocandum in memoriam eſt, quod ſup. diximus, occupationem aliam eſſe veram, aliam fictam, ubi res noſtra rem aliam ſibi adjectam ad ſe trahit, & quaſi 1 occupat: qui modus acceſſio vel † adjectio dici ſolet: Adjectio autem illa aut fit per naturam, cuius ſpecies in præcedentibus expoſitæ ſunt: vel facto hominis, cuius ſpecies plures in ſeqq. exponuntur. Et habet hæc ſpecies adquiſitionis hoc fundamentum, & hanc rationem, quod acceſſorium cedit principali, & adjunctum ſubjecto; utcunque forte principale ſit minoris precii, velut hic Juſtinianus docet, purpuram attextam veſtimento, huic cedere, (ita ut veſtimenti dominus ſit dominus purpuræ) licet purpura pretioſior ſit. Et ita enim diſputat Paulus in *l. in rem* 23. §. 3. *de rei vind.* neceſſe eſt rei cedere, quod ſine illa eſſe non poteſt, quod tamen pertinet ad poſterius illud, de adjuncto, ut cedat ſubjecto: latius autem patet hic modus, ut principali cedat acceſſorium; veluti in ſpecie huius §. ſiquidem purpura poteſt eſſe abſque veſtimento, ſed quoniam conjuncta & quaſi incorporata veſtimento partem ejus facit, ut ſequatur conditionem ipſius veſtimenti, quoniam alicui rei adjicitur, cedit toto *l. ſed ſi* 26. §. 1. *h. t.* ut principali *l. cum aurum* 19. §. *parvimanus* 13. *de auro & arg. leg.* & adjunctum quaſi habetur pro extincto *h. §. iunct. l. tigni.* 7. *in pr. ad exhib.* ubi negatur adjunctum iſtum poſſidere. Duplex autem circa hunc modum adquirendi inſpectio eſt, quod quis vel rem alienam adjicit rei ſuæ, vel rem ſuam alienæ, quo caſu itidem dominium rei ſuæ amittit: [illegible] trinſque exempla h. t. proponuntur. Illud autem addit Juſtin. quod in omnibus ejuſmodi caſibus obtinet, quod licet amittam dominium purpuræ, tamen pro ea habeam alias, & proprias actiones. Etenim ratio adquirendi facit, ut dominus veſtimenti fiat dominus purpuræ: Sed & ratio facit, ut ne alter cum injuria mea locupletur. Et hic in genere, aut paulo latius videndum eſt, quæ a- 2 ctiones † in hujuſmodi caſibus propoſitæ ſint ei, qui dominium rei ſuæ amiſit. Plane ubi res quæ nullius, vel hoſtilis fuit, occupata eſt, quæſtio hæc non habet locum: ſed ubi quæ fuit alterius civis, per acceſſionem & ſpecificationem dominium mutavit; & quidem fere ubi factum hominis interceſſit; non ubi per naturam ſolam adjectum alteri quid fecit, extra illum unicum caſum quem tractavimus in §. *præterea ſup. h. t.* ubi per coalitionem pars agri à flumine avulſi, effecta fuit vicini, ubi utili actioni locum eſſe diximus ex *l.* 7. §. 3. *de rei vindicat.* Fere hic diſtinguendum eſt, an res adjuncta, ſeparari poſſit nec ne; & an bona an mala fide adjuncta ſit nec ne, & item an adhuc cohæreat nec ne? pleriſque caſibus accidit, ut licet rei adjunctæ dominium adquiratur alteri tamen quoniam adjunctio eſt adquirendi cauſa, hac ſublata etiam ceſſet effectus, & jus prioris domini redeat, ita ut rem ſeparatam vindicare poſſit, ut in § *cum in ſuo ſolo* 30. *in fin. infr. h. t.* dicitur de materia alterius, ex qua ædificium extructum, & poſt diſſolutum fuit: imo tantum videtur hinc excipi unus caſus ferruminationis: per *l. in rem* 23 §. *Item* 5. *inf. de rei vind.* ubi ſi brachium ex materia aliena ferruminationem quis ſtatuæ ſuæ adjunxerit; etiam abruptum brachium vindicari à domino poſſe negatur. Itaque hoc caſu omnimodo agendum eſt ſubſidiaria in factum actione *d. §. 5. inf.* & omnib caſibus, quibus aliæ actiones deficiunt, de quibus jam dicemus. Et itaque tum quoque actio eadem neceſſaria erit, ubi quis ex materia mea vel ſola vel cum ſua ſpecie fecerit, & ſibi dominium adquiſivit, & nimirum talem ſpeciem, ut materia mea ſeparari non poſſit, veluti ſi ex melle meo & vino fecerit mulſum, vel melle meo & vino ſuo; nimirum ſi bona fide putans iſta ſua ſpeciem fecerit; nam ſi dolo malo & ſciens aliena hæc fecerit, tenetur actione ad exhibendum, per text. *in l. Iulianus* 9. §. *ſed ſi* 3, *in f. & l. de eo* 11. §. 3. *ad exhib.* perinde ac ille tenetur, qui rem quæ mea fuit, dolo deſiit poſſidere §. *nunc admon.* 2, *verſ. ſed ſi nummi inf. quib. alien. licet.* non autem tenetur tamquam ſi res adhuc mea eſſet; quoniam, ut ſupra diximus, iſtis modis adquiritur dominium, etiamſi mala fides intervenerit; quod hic §. expreſſiſſime docet, ubi proponitur etiam fur junxiſſe rem alienam & tamen negatur res vindicari poſſe. Duplex hanc cauſa eſt actionis ad exhibendum & quod quis rem meam poſſidet, & quod eam dolo malo poſſidere deſiit. Et pro qualitate diver-

Digitized by Google

ſorum caſuum modo iſta ratio ſola eſt, modo utraque concurrit, quod præſertim non omnino idem in tam diverſis caſibus, omnibus JCtis placuiſſe videatur. Et nimirum ubi quis ex uvis meis vinum fecit, Juſtinian. in §. *cum ex al. jup.* dixit eum fieri dominum; ſed diximus, id paulo pinguius dictum, & cum uvæ ad hanc unam formam deſtinatæ fuerint, & nuda tantum expreſſio acceſſerit, rationem magis facere ut qui uvarum dominus fuit, fit etiam dominus vini: quam rationem ſe-

3 cutus eſt *Paulus* † *in d. l.* 12. §. 3. *ad exhiben.* ubi hac ratione utitur, quod vinum ſit meum, tamquam ex re mea factum; Ceteroquin ſi rationem Juſtiniani ſequamur, & ſpecificantem dominum factum dicamus, non tenebitur ille actione ad exhibendum, quia res mea ſit, ſed quia eam dolo poſſidere deſiit. Itaque in *dict. leg.* 12. §. 3. illa ratio Pauli potior & principalior attendenda eſt, quod meum ſit, quod ex re mea factum eſt (ſcilic. in illo caſu) non autem illa, quod ſciens alienas uvas fecerit vinum: nam ſi illa concludere debet, neceſſe eſt, ut idem ſit, etiamſi bona fide uvas expreſſiſſet: eoque poſterior ratio magis ex ſuperfluo adiuncta eſt intelligenda. Eadem obſerva-

4 tio neceſſaria eſt, *ad l.* 9. † §. 3. *al. exhiben.* Ait ibi Juriſconſultus, ſi dolo malo res mea in aliud corpus translata ſit, competere mihi actionem ad exhibendum: & ſubjicit exemplum, ſi quis ex ſcypho meo maſſam fecerit; quoniam per mutationem formæ prope ſit interempta ſubſtantia rei. Quandoquidem ubi ex maſſa mea argenti ſcyphus factus eſt ſcyphus meus manet, ut ſupra dictum, & convenit inter JCtos, etiam & magis maſſa mea erit & manebit, quæ ex ſcypho meo facta eſt, itaque cum illa forma ſcyphi non ſit ex eo genere, quæ introducta dominum faciat eum qui ſcyphū fecit, neceſſario ſequitur, paulo pinguius loqui JCtum, dum ibi ait, videri interemptam ſubſtantiam rei; & porro actionem ad exhibendum ibi mihi competere, non tantum quia dolo ſcyphus in maſſam conflatus eſt, ſed etiam quoniam res mea eſt, eoque idem omnino eſſe, etiam ſi quis ſcyphū ſuum eſſe putans, redegerit in maſſam. Quę omnino notanda ſunt. Supereſt ut dicamus de adjun-

5 ctione quæ non facit † quod minus res adjuncta ſit integra re ipſa & eſſentia ſua, ſed tamen ut ſecundum quid habeatur pro perempta, quatenus alteri rei cedit cui adjuncta eſt. Hoc ſenſu purpura attexta veſtimento manet integra, & tamen quia alterius ſit domini, & cedit veſtimento, tamquam pars dicitur hoc §. exuncta. Eadem ratio eſt, ſi quis ex metallo vel materia alterius pedem vel brachium ſtatuæ ſuæ adjungat, vel lecto pedem, aut navi tabulam *leg. ſeq. l.* 26. §. 1. *de adquir. rer. domin.* Itemque ſi quis gemmam alterius includat auro & annulo ſuo *l. gemma* 6. *ad exhiben.* ubi negatur domino priori gemmæ vindicatio, quoniam ea annulo & huius domino cedit. Et reſpondetur de hoc caſu, non quidem poſſe vindicari gemmam, ſed poſſe ad exhibendum agi, ut excludatur, *d. l.* 6. & ſc. ita ſublata cauſa dominii, veteri domino reſtituatur. Nec dubito idem reſpondendum in ſpecie *d. l.* 26. §. 1. & in caſu quem tractat §. *noſter*, de purpura attexta veſtimento, poſſe agi ad exhibendum, ut ſeparetur à veſtimento & reſtituatur. Loca ſcil. ex locis ſuppplenda ſunt, neque quod hanc actionem non proponit Juſtinianus, ideo eam negatam eſſe credendum eſt, nec enim ulla apparet ratio, quominus idem hic obtinere debeat, quod ingemma incluſa auro juxta *d. l. ad exhib.* commentitium enim eſt, quod quidam hic purpuram non ſimpliciter attextam, ſed penitus ita intertextam & intextam veſtimento, ut ſeparari non poſſit, interpretentur. Et ratio illa jurisgentium adquirendi non facit, quominus ratio iniri debuerit, per quam adquiſitionis cauſa illa ad irritum redigeretur, & dominus rem ſuam ite-

6 rum adipiſceretur. Sed quæritur an † quod diximus ad exhibendum agi ut res adjuncta ſeparetur & reſtituatur, etiam locum habeat, ubi quis bona fide rem adjecit rei ſuæ. Et magis eſt, ut id affirmandum exiſtimem; nec enim qui bona fide vel maxime junxit, denegare debebit quominus domino res reſtituatur, nec habebit, quod opponat, ut effugiat neceſſitatem ſeparationis; quamvis hoc tentari poſſit, judicis arbitrio permittendum, an non hic bonæ fidei poſſeſſor, qui rei factus eſt dominus, audiri debeat, ſi æſtimationem rei adjunctæ offerat, & ſolvere ſit paratus; idque omnino dixerim, ſi ex ſeparatione aliquid detrimenti & damni ſit poſſeſſor ſenſurus: & hæc ex iis quæ paulo poſt dicemus, de pictura, confirmabuntur magis; ut autem hoc malæ fidei poſſeſſori præſtetur, ratio non eſt. Hæc pro iſtius rei explicatione ſatis, ſuperſunt adhuc nonnulla pro huius §. enucleatione, quem nimis ſicco pede tranſeunt Interpp. noſt. i.

Ait Juſtinianus, eum qui dominus fuit purpuræ, habere furti actionem, & condictionem. Ubi cum condictionem furtivam ſine dubio intelligat, (quia ait dari eam contra hunc qui ſubripuit) illud occurrit, quod condictio furtiva dicitur dari

dari

ſoli domino *l.* 1. *de condict. furt. l. eum qui* 14. §. *qualis* 16. *de furt.* & quiſque dicitur rem ſuam condicere furti *l. ult. infr. uſufr. quemadmod. caut.* non videtur adeo ei hic locus eſſe, quia dominus ampliùs non eſt, ſed fuit. Reſpondendum eſt, quod condictio furtiva domino ſoli dicitur competere, pertinere ad excludendos eos, quibus ob id tantum actio furti datur, quoniam eorum intereſt, juxta §. *furti* 13. *infra de obligat. ex del.* non autem ad excludendum eum, qui cum res ſubriperetur, dominus fuit, & qui ſine facto ſuo ex ratione juris gentium dominium dicitur amiſiſſe; nec enim rationis eſt, ut condictio ſemel mihi quæſita, per factum alterius, maxime ſi ipſe fur fecerit veſtimentum ſine facto meo auferatur, quæ explicatio dictæ præpoſitionis perſpicue ſatis probatur ex *dict. leg.* 14. §. 16. *de furt.* & hoc ſenſit Joh. Faber, dum ait condictionem furtivam non adquiri niſi domino, & penes eum durare, ſi dominium ſine facto ſuo amiſerit. Ait

Adverſus eum qui ſubripuit.] Hoc ideo, quia res mobilis facile ſubripi poteſt, & facile in furti vitium cadit, §. *unde in rebus infr. de uſucap.* Ceteroquin poteſt etiam res non ſubrepta eſſe, & extra vitium furti. Et qui ſciens alienum jungit, hoc ipſo videtur furtum committere *argument. d.* §. 3. ut adeo tantum exempli loco poſitum hoc appareat & qui bona fide jungit, licet non faciat furtum, tamen, ſed alia actione tenetur, ut ſupr. diximus.

Sive ipſe ſit qui veſtimentum fecit.] Hinc perſpicue probatur, quod ante diximus, malam fidem non obſtare his adquirendi modis, fur enim non poteſt non eſſe in mala fide; & tamen licet hic veſtimentum fecerit, rem pro extincta haberi, atque ita furi adquiſitam eſſe docet Juſtin. hoc §.

Licet vindicari non poſſint.] Quia dominium amiſſum eſt; & ſc. vindicari non poſſunt hæ res, directo, quatenus tales & ſcil. adhuc junctæ ſunt: Ceteroquin diximus paulo ante, poſſe ad exhibendum agi ut ſeparetur, quomodo in ſimili reſponſum eſt, gemmam incluſam auro vindicari non poſſe, ſed ut excludatur, ad exhibendum agi poſſe, quo facto poterit vindicari, *l. in rem* 23. §. *item* 5. *de rer. vind.* Itaque, quod itidem monuimus, non eſt res revera extincta, ſed ſecundum quid pro tali habetur. Nihil plane obſtat *l. item ſi* 15. §. *ult. cum l. ſeq.* (quam objiciunt Interpp. ut probent etiam rem extinctam vindicari) *de re vind.* quia ibi periit res poſt litem conteſtatam. Magis obſtat quod etiam re cõſumpta eſt actio ad exhibendum §. 2. *infr. quib. alien. licet.* & vulgatum eſt eum, qui dolo deſiit poſſidere, teneri utili actione in rem. Equidem non dubito hoc caſu eſſe locum actioni ad exhibendum, non tamquam pro re conſumpta, ſed ut ſeparetur res. At cum etiam pro re conſumpta & dolo amiſſa ſit actio utilis ad exhib. & vindicatio, non videtur recte hic ſimpliciter dici, quod res extinctæ non poſſint vindicari, de quo dicemus aliquid ad 5. ſeq.

Condici tamen.] Variat hic lectio. Quidam libri habent *furibus & quibuſq.* (ſeu quibuſcunque) *poſſeſſoribus poſthum.* Sed rectior lectio eſt & eadem receptior, *quibuſdam*, & nimirum qui ſunt ſimiles furibus: ad quod adduci ſolent *l. rerum* 25. *rerum l. ſi procuratori* 14. *de condict. cauſ. dat. l. ſi pignore* 22. §. *ſi prædo* 12. *de pign. act.* Sed enim & uxor quæ amovet res, revera fur eſt, *leg. 1. rerum am.* & procurator nod. *l.* 14. furtum feciſſe dicitur, & quiſquis ſciens rem alienam vendit, itidem furtum dicitur committere *in d. §. unde* 3. *infr. de uſucap.* ut proinde Juſtinianus hic furem quem ſeparat ab aliis ſimilibus poſſeſſoribus, in ſpecie uſurpare videatur, pro eo, qui rem clanculum alteri aufert. Etenim omnino neceſſaria eſt hæc explicatio, ut hic poſſeſſores alios ſimiles furi intelligamus, quoniam Juſt. agit de condictione furtiva, quæ non niſi contra eos dari poteſt, qui furum inſtar ſunt, cuiuſmodi etiam eſt prædo, qui mala fide fundum alienum tenet, & inſtar furis habetur in fructibus, qui ob id etiam conſumpti ei condicuntur *leg.* 22. §. 2. *de pign. act. l. pen. Cod. de condict. ſine cauſ. l. 4. infr. Codic. de crim. explic. hæred.* quamvis enim Accurſ. *in d. l. 3. & d. l. 4.* intelligat condictionem ſine cauſa, verior tamen fortaſſis eſt eorum ſententia, qui de condictione furtiva illa loca interpretantur. Aut dicendum erit, licet verba præcedd. ad condictionem furtivam pertineant, non tamen propterea, quod ef in extremo §. neceſſario de condictione furtiva accipiendum: ſiquidem, ut vulgo dicunt Doctores, contra furem & alios id genus condictiones degenerant, ſcilicet, ut etiam dominis dentur; itaque commune hoc erit furibus & aliis, id genus poſſeſſoribus, ut res condicatur, ſed non propterea eodem genere condictionis. Ut autem intelligamus quoſvis poſſeſſores etiam bonæ fidei, vix admitti poteſt, per prædicta: nec etiam verum videtur, quod hic Weſembee ait, etiam bonæ fidei poſſeſſoribus condici æſtimationem; neque id ex *l.* 13. §. *Item* 5. *de rei vind.* Sed imo contrarium inde probatur; quoniam actio in factum, quæ ibi proponitur, omnino diverſa eſt à condictione. Magis vi-

detur pro Weſemb. facere, quod eſt in §. *nunc adm. t. inſ. quib. alien. lic.* Si pecunia bona fide conſumpta ſit, eſſe condictionem, ſin mala fide, agi ad exhibendum: Verum 1. quod actio ad exhibendum datur, non ob id intelligendum eſt excludi condictionē, ſi mitius quis agere velit; illa autem gravior eſt tamquam contra eum, qui dolo deſiit poſſidere, in qua juratur in litem. Deinde quod ad removendam iſtam objectionem pertinet, ſpecialis ibi ratio eſt condictionis, quia per conſumptionem ut Dd loquuntur, conciliatur mutuum, quod ab initio, nummis à pupillo datis non conſtitebat: itaq; hic inter duos aliquid actum eſt; quod locum facit condictioni; extra caſum furis & ſimilium perſonarum. Et tamen videtur condictiones latius patere, quam ut opus ſit aliqua expreſſa vel tacita conventione. Et explicato Weſembec. quæ etiam Baronis eſt, videtur inde confirmari, quod Juſtinian. proponit duplicem caſum, quo fur junxit, & quo alius ad quem res poſtea pervenit; itaque etiam in fine ad utrumque caſum reſpexiſſe videtur, poſſe condici furi, & quibuſvis aliis poſſeſſoribus; Secundum quod in præcedentibus verbis, *furti actionem & condictionem*, condictio non neceſſario de condictione furtiva accipienda eſt, ut autem condictionis verbum accipiamus in genere pro actione perſonali, quod Myn ſing. cenſet, non placet, cum eius uſurpationis jure noſtro vix extet exemplum. Cogitandum autem, ſiquidem Weſembec. & Baronem ſequimur, cuinam condictioni poſſit eſſe locus contra eum qui bona fide junxit. An forte condictioni ſine cauſa: de quo tamen dubitare licet, cum ex jure gentium dominium conſecutus ſit jure acceſſionis. Ego hæreo. Illud non capio, quod Theoph. contra furem det actionem furti, contra alios condictionem furti; hæc enim non niſi contra furem & heredes datur; & qui ſciens alienum junxit, furti quoque tenetur. Sed cur Juſtinianus ait, condici POSSESSORIBUS, cum tamen condictio utpote actio perſonalis, non requirat ut reus ſit poſſeſſor, & conſtat condictionē furtivam etiam re peremta competere. Non putandum eſt, hoc ideo dictum, quaſi neceſſaria ſit poſſeſſio, ſed quia poſſeſſores ſemel fuerunt, & quia in hoc §. de eo qui etiamnum poſſidet veſtimentum, Juſtinianus tractare videtur; utique *in d. l. 3. C. de condict. ſine cauſa*, pro fructibus conſumptis condictio datur.

TEXTVS.

22. Cum in ſuo ſolo aliquis ex aliena materia ædificaverit, ipſe ædificii dominus intelligitur; quia omne quod ſolo inædificatur ſolo cedit. Nec tamen ideo is, qui materiæ dominus fuerat, deſinit dominus eius eſſe, ſed tantiſper neque vindicare eam poteſt, neque ad exhibendum ex de re agere, propter Legem duodecim tabularum, qua cavetur ne quis tignum alienum ædibus ſuis iunctum eximere cogatur, ſed duplum pro eo præſtet per actionem, quæ vocatur, de tigno iuncto. Appellatione autem tigni omnis materia ſignificatur, ex qua ædificia fiunt. Quid ideo proviſum eſt, ne ædificia reſcindi neceſſe ſit. Quod ſi aliqua ex cauſa dirutum ſit ædificium, poterit materiæ dominus, ſi non fuerit iam conſecutus duplum, tunc eam vindicare, & de ea re, ad exhibendum agere.

COMMENTARIVS.

1 *Materia dominium an retineatur.*
2 *Diſtinctio domus à materia.*
3 *Tignum iunctum cur non vindicetur.*
4 *Actio tigni iuncti.*
5 *Ad l. 98. §. ult. de ſolut.*
6 *An iſta actio detur in eum qui bona fide iunxit.*
7 *De L. 1. de tign. iunct.*
8 *An poſſit quis eximere tignum & reſtituere.*

ALia hæc eſt ſpecies acceſſionis, per inædificationem, & fit ille dominus ædium cujus eſt ſolum. *in pr. h. §.* ſive quis ex aliena materia ædificaverit in ſuo ſolo, ſive ex ſua materia in alieno; de hoc *in §. ſeq.* de illo iſto quem propoſuimus §. tractatur. Et traditur initio cauſa adquiſitionis iſtius, quod quidquid inædificatum eſt cedat ſolo, quippe ſine quo eſſe non poteſt, ut Paulus in genere ratiocinatur *in l. in rem 23. §. 3. de rei vindic.* & hoc naturalis juris eſſe ut ſuperficies ſolo cedat, ait *Ofilius in l. qui domum 50. ad L. Aquil. iunct. l. qui rem 98. §. ult. verſ. non eſt de ſolut.* ubi ſuperficies cedit arece facit *l. numquam 26. de uſucapionib. & l. redemptores 39.*

de rei vindic. & in terminis *l. si in* 5. *C. de ædif. priv. l.* ß *supra* 28. *de adq. rer. dom.* Atque ita ſolum quaſi occupat, & ad ſe trahit, quod eſt inædificatum. Ubi
1 ſtatim occurritur, quod † ſi quidem ille dominus fiat, cujus eſt ſolum, falſum eſſe oporteat, quod ſtatim ſubjicit, ut eum qui fuit materiæ dominus, non deſinere eſſe dominum, nec enim duo ejuſdem rei in ſolidum domini eſſe poſſunt. An quia jus iſtud ſummum adquirendi, ſæpe non ſatis conveniens æquitati, non videtur extinxiſſe omnino jus prioris domini? An hoc dictum accipimus inſpecto eventu ſoluti ædificii, quo ſublata cauſa dominii, jus priſtini domini quaſi reviviſcit, & is etiam materiam vindicare poteſt, ut eſt *in fin. hujus* §. quæ eſt explicatio Theophili ὁ δεσπότης ἀναλαμβάνει τὸ ἴδιον πράγμα, ἐὰν μὴ ἐφ' ἑτέρου ὑπῆρξε τὸ οἰκοδόμημα, an potius diſtin-
2 guimus inter ædificium & materiam. Ea † quidem qua conſideratur, ut incluſa ædificio videtur adquiſita domino ſoli: ſed poteſt etiam conſiderari in ſe, & tanquam ſubſtantiam extra ædificium habens: eaque conſideratione verum poteſt eſſe, quod hic Juſtinian. ait, non deſinere eum dominum eſſe, cujus materia erat antequam ædificio jungeretur: quo facit bonus textus *in l. habitator* 59. *de rei vind.* Itemque facit, quod in ceteris etiam rebus quæ junguntur vel attexuntur, non plane expirat jus prioris dominii, ſed ad exhibendum actio datur, ut ſup. diximus ex *l. in rem* 23. § *item* 5. *de rei vind. l. gemma* 6. *ad exhib.* & præcipue, diverſam cenſeri materiam ab ipſo ædificio, evidenti argumento eſt, quod licet dominus ſoli tanto tempore poſſederit ædificium, quo alias res quævis mobiles uſucapiuntur, tamen ſoluto ædificio, competit vindicatio materiæ, domino priori *d. l.* 23. §. *ult. l. cum qui* 23. *per tot. de uſucap.* unde qui inſulam, id eſt ædes petiit, licet victus, poteſt poſtea cementa petere, neque enim cujus inſula eſt, ejuſdem protinus & cementa ſunt *l. ſi quis* 7. §. *ſed in* 2. *de except. rei indic.* Non abs re tamen eſt, quod hic annotat. Hottom. non idem videri, ſi forma rei quodammodo mutata ſit, veluti ſi quis arborem alienam vivam exciderit, & ex ea tigna, & tabulas fabricaverit, cum ita nova ſpecies facta ſit *arg. l. ſed ſi* 26. *de adq. rer. dom.* Sed & ſecus eſt, ſi quis jam materiam ceperit uſucapere, & ad implendam uſucapionem pauci forte dies ſuperſint, intra quos probabiliter dominus materiam non vindicaſſe, tum enim materia ſi juncta ſit, poterit uſucapio impleri *l. rerum* 30. §. 1. *de uſucap.* Ceteroquin aliud erit, etiam ſi bona fide ſtatuto tempore materiam junctam ædificio poſſederit: quia negligentia non poteſt objici omnino, qui propter L. XII. Tabb. materiam vindicare non poteſt. Sequitur in h. §. tantiſper, &
3 interim dum ædificium ſtat, † materiam nec poſſe vindicari, nec ad exhibendum agi: Eaque in re diverſa ratio eſt tigni vel materiæ alienæ, ædificio junctæ, & v. c. alienæ gemmæ auro incluſæ; hæc enim, ut ſeparetur & reſtituatur ad exhibendum agi poteſt *d. l.* 6. *ad exhib. d. l.* 23. §. 5. *de rei vind.* at tignum ut ſeparetur, agi non poteſt, quæ differentia nominatim traditur *in d. l.* 6. *verſ. aliter, ad exhib. l.* 23. §. *pen. de rei vind.* Ratio differentiæ hic & *in d. l.* 23. *Item in l.* 1. *de tign. junct.* traditur. Lex XII. Tabb. quæ cavet, ne quis tignum alienum ædibus junctum eximere cogatur: & additur ratio rationis, quæ movit Legislatorem, ne ædificia reſcindi neceſſe ſit, & ne ita ruinis urbs deformetur, quæ eadem redditur *in l.* 1. *in pr. de tign. juncto* & facit *l. præſes* 7. *de off. præſ.* Sed an ita nullum remedium habebit dominus materiæ, ſed cogetur & re & precio carere, donec ædificium ſit diſſolutum?
4 Minime vero, ſed datur † ei interim actio de tigno juncto in duplum *h.* §. *d. l.* 1. *de tign. junct. d. l.* 23. § *pen. de rei vind.* Sed objicitur *l. qui res* 98. §. *ult. de ſolut.* ubi JCtus, Lex inquit XII. tabb. tignum vindicari poſſe ſcit, id eſt, ſciſcit ſive ſancit; cum tamen in textibus citatis & nominatim *d. l.* 6. *ad exhib.* vindicatio negetur; & videtur ſibi contradicere JCtus *in d. l.* 98. §. *ult.* dum ſtatim addit, prohibere L. XII. Tabb. ne tignum ſolvatur, eo autem vindicatio tendit, ut res reſtituatur, qui id fieri non poteſt, niſi ſolvatur; & difficultatem auget, quod dicitur *in* § *ſi tamen* 27. *ſup. h. t.* rem quæ juncta eſt, pro extincta haberi & ob id vindicari non poſſe. Equidem ſcrupulum quem nectit *d. l.* 98 §. *ult. de ſolut.* expediunt *d. l.* 23. §. *pen. de rei vindic. & l.* 1. §. *ult. de tign. junct.* Nam *in d. l.* 23. ait JCtus non poſſe agi ad exhibendum, niſi adverſus eum qui ſciens alienum tignum junxit, & *in d. l.* 1. §. *ult.* non ita conveniri hunc quaſi poſſidentem, ſed ita quaſi dolo malo fecerit, quo minus poſſideret: & itaque de eo qui ſciens junxit, accipienda eſt *d. l.* 98. § *ult. de ſolut.* nec adeo ſecum pugnat JCtus, dum ait non ſolvi debere tignum licet vendicetur, quia non convenitur tanquam poſſidens, ut reſtituat, ſed tanquam qui dolo deſierit poſſidere, ad hunc effectum, ut contra eum in litem juretur, quaſi qui dolo fecerit ne poſſet reſtituere; quo eodem reſpectu & effectu, contra eum qui mala fide nummos ſolutos conſumpſit, eſt actio ad exhib. §. *nunc admonendi inſ.* & *quib. alien. lic.* Eadem eſt a ratio actionis.

nis ad exhib. & utilis rei vindicationis, ut probet *l. 23. §. pen. de rei vind.* quæ vindicationem conjungit cum actione ad exhibendum. Itaque errat § VVesembec. qui hanc putat esse sententiam † *d. l. 98. §. ult.* quod actio quidem in rem competat, sed quæ sit differenda in tempus soluti ædificii. His consequenter in similibus terminis, ubi quis gemmam alienam inclusit auro, vel purpuram alienam adsuit vestimento suo, mala fide & sciens rem alienam, & ad exhibendum & utili actione in rem tenebitur, adeoque textus qui negant vindicare posse *l. 6. ad exhib. l. 23. §. Item 5. de rei vind.* aut de eo qui bonam fidem habuit, aut de actione directa erunt accipiendi; & hoc posteriori modo, explicandus *d. §. 27. h. t.* qui non obscure contra ipsum furem qui rem junxit, negat rei vindicationem; quoniam non facile quis utitur rei vindicatione, qui actionem furti habet & condictionem furtivam; cum in rei vindicatione sit probandum dominium, quod difficile est. Et in hoc quoque casu cum per vindicationem utilem non consequatur rei restitutionem: utilior est actio tigni juncti in duplum, quam introduxit L. XII. Tabb. Cogitandum tamen, an forte speciale sit in tigno juncto, ut hujus facilior sit utilis vindicatio, cum adhuc dicatur hoc §. prior esse & manere materiæ dominus, quam adeo directo vindicare posset, nisi obstaret L. 12. tabb. alia ceterarum rerum quarum species dicitur mutata aut ea quasi extinctæ per accessionem, ut *in d. §. 27. h. t.* Nec obstabit §. 2. *infra quib. alien. lic.* vel quia non eadem est omnino ratio actionis ad exhibendum & rei vindicationis: vel potius, quia ibi res eadem manens consumpta est, adeo habetur pro possidente ob dolum; at illis casibus res non manet eadem, sed mutatur, & adeo propria ratione pro extincta habetur. Quod cogitandum propono, occurrit & istud, aliam esse rationem earum rerum, quæ adjectæ & junctæ cum eo cui adjunguntur faciunt quidem unam speciem, & ob id ipso jure vindicari non possunt, retinent tamen omnino essentiam suam, & non ita difficulter separari possunt: aliam earum, quæ substantiam priorem mutant & novam induunt formam. Ex illorum numero est gemma auro inclusa, eoque ad exhibendum recta agitur, ut separetur *d. l. 6. ad exhib. junct. l. 29. §. 5. de rei vind.* Ex horum numero est, navis ex alienis tabulis ita facta, ubi quis arborem vivam exciderit, & navem fecerit. Quod si ita est, tanto magis mancus fuerit Just. *in d. §. si tamen 27. sup. h. t.* aut intelligenda erit pura non simpliciter & leviter adsuta vestimento, sed ita attexta & intertexta, ut omnino integra ficut prius erat, reparari à vestimento non possit. Et quod dixi facilius posse esse utilem vindicationem tigni juncti, eo argumento confirmatur, quod Lex XII. Tabb. non tantum de tigno ædibus, sed etiam vineæ juncto locuta est *l. 1. de tign. junct.* cujusmodi junctio sane non mutat essentiam rei: sed sustulit directam vindicationem LXII Tabb. ne cultura vincarum turbetur. Non tamen placet, quod eo argumento Hottomann. hic censet, Legem XII. Tabb. tantum locutam esse de temporali usu tigni in ædificio mox rursum dissolvendo, non eo quod extruitur, ut quam longissime duret. Et hæc sententia evertitur *per l. 1. de tigno junct. & nunc §.* ubi hæc ratio redditur LXII. Tabb. ne ædificia diruere necesse sit, & ita ne urbs ruinis deformetur; parum autem curanda esset dissolutio ædificii ad temporalem usum extructi; tum etiam absurdum est, textum, imo Legem indistincte & generaliter loquentem, restringere ad ejusmodi ædificii genus. Nec obstat, quod vindicari posse dicitur materia soluto ædificio. Etenim sæpe etiam de casibus qui non ita frequenter contingunt, respondent JCti; & potest etiam pars ædificii solvi ut locus fiat vindicationi: & idem plane dicitur in paulo superius citata *l. 7. §. 2. de except. rei judic.* quæ alienis ædibus juncta fuerunt, si separata sint vindicari posse: & loquitur ibi de insula & simpliciter de ædibus: Sed nec omnia ita juncta sunt, ut citra ruinam ædificii solvi non possint; adeo etiam non captanda sunt verba, quasi totum ædificium protinus corruere necesse sit. Sed redeamus propius ad textum nostrum. Dicitur contra eum † qui junxit, esse actio 6 de tigno juncto in duplum. Quæritur an hæc etiam competat contra eum, qui junxit tignum, ignorans esse alienum. Affirmans sententia suadetur his rationibus. 1. Quod h. §. indistincte ea actio proponitur contra eum qui junxit. 2. Id vel maxime confirmatur ex *l. in rem 23. §. pen. de rei vind.* Ubi JCtus ait contra jungentem esse actionem de tigno juncto in duplum, non autem vendicationem neque actionem ad exhibendum, nisi adversum eum, qui junxit sciens: Ubi cum opponantur actio de tigno juncto & rei vindicatio actioq; ad exhibendum, & hic in specie subjiciatur, quod detur adversus scienter jungentem, optima consequentia efficitur, actionem de tigno juncto contra quemcunq; possessorẽ dari. 3. Facit *l. de re 63. de donat. int. vir. & ux.* ubi excipitur solus ille casus,

quo

quo tignum alienum volente aut ſciente domino junctum eſt, in ceteris igitur omnib caſibus actioni de tigno juncto in duplum erit locus. Quarto ſolide iſta ſententia hoc argumento confirmatur. Per quam actionem de tigno juncto inſtitutam ſtante ædificio, conſumitur rei vendicatio, ut ſcil. ſoluto ædificio materia amplius vindicari non poſſit, illa datur contra bonæ fidei poſſeſſorem. Atqui per quandam actionem de tigno juncto ita conſumitur materiæ vindicatio. Ergo &c. Ratio majoris eſt, quoniam actio de tigno juncto in duplum contra furem & omnem eum qui ſciens junxit, & qui pro fure eſt, pura eſt pœnalis, ut expreſſum eſt *in l. 2. de tigno iuncto*, itaque non poteſt conſumere rei vindicationem, ſed hæc etiam ſoluto ædificio ſupereſt, idque eſt quod ait JCtus *in d. l.* 2. licet ſit

7 actum tigni † juncti in duplum, videlicet, contra eum qui ſciens junxit, de quo *in l.* 1. *§. ult. eod. tit.* extrinſecus tamen eſſe rei vindicationem, prorſus ut loquitur Juſtin. *in §. ult. Inſt. de furt.* quod præter actionem furti dominus habeat extrinſecus rei vindicationem; & eodem ſenſu JCtus *in l. ut tantum* 14. *§. in hac* 5. *de ſervo corr.* ait, in ea actione duplum non eſſe. Extra rem, id eſt, eam non eſſe pure pœnalem, ſed mixtam adeoque ferri non poteſt, quod Weſemb hic *in d. l.* 2. pro *extrinſecus* vult legi *extincta*, & inepta plane eſt ratio, quod bona fides non patiatur bis idem exigi: ita enim omnino nec duplum peti poſſet actione licet mixta: & certiſſimi juris eſt, actionem furti contra furem non manifeſtum eſſe dupli mere pœnalem: furis autem inſtar eſt, imo fur eſt, quisquis rem alienam ſciēs ædificio ſuo jungit, *argum. §. unde* 3. *ſup. de uſucap.* Non etiam obſtat, quod *h. §. in fi.* dicitur, non poſſe vindicari materiam, ſi quis jam ſtante ædificio egerit de tigno juncto, & duplum ſit conſecutus: Etenim textus textibus ſunt conjungendi, & propter *d. l.* 2. *de tigno iuncto. hic §. in fi.* de eo qui neſciens alienum junxit eſt accipiendus; cum præſertim hanc explicationem & ratio & textus expreſſus ſuadeat, improba autem eſt textuum mutatio. Atque ita & ex *hoc §. in fin* propoſiti argumenti aſſumptum, quod per quandam actionem tigni juncti rei vindicatio conſumatur; Ex quo ſequitur concluſio, quod etiam detur actio tigni juncti in duplum contra eum qui ignorans alienum junxit. Cui ſententiæ non obſtant textus; quos citat Weſemb *in l.* 98. *§. ult. de ſolut. l.* 23. *§. pen. de rei vind.* Quin ut oſtendimus hæc contrariū docet: ſimul & hoc, vitioſe adduci *d. l.* 98. *§. ult.* ubi dicitur pretium dari debere: id enim non de ſimplo ſed omnino duplo accipiendum, inde probatur, quod ille locus qui vindicationem concedit, ad eū qui ſciens alienum junxit referendus eſt, contra hunc enim utilem dari vindicationem, tamquam contra eum qui dolo deſiit poſſidere, docet *d. §. pen. iunct. l.* 1. *§. ult. de tign. iunct.* Magis obſtat, quod L. XII. Tabb. videtur locuta eſſe de tigno furtivo *arg. l. de eo* 63. *de donat. int. vir. & d. l.* 1. *de tign. iunct.* Sed præterquam quod etiam tignum furtivum poteſt bona fide à tertio jungi, qui ignorat furtum, vitium a furti rem ipſam comitatur: dici poteſt, Legem 12. Tabb. uſam eſſe appellatione furtivi, non quod omnino neceſſum eſſet, tignum eſſe furtivū, ſed quod ut plurimum ita accipit, ut res alienæ mobiles cadant in vitium furti. *arg. §. unde in rebus* 3. *inſ. de uſucap.* Et in h. §. non tigni furtivi ſed tantum alieni fit mentio, cum tamen id proponatur ex L. XII. Tabb. ſicut & in *d. l.* 13. *§. pen. de rei vind.* obſtat etiam, quod iniquum videatur, ut qui tignū putans eſſe ſuum, junxit ædibus teneatur in duplum. Verum & habet quod ſibi imputet: & non tantum jungentis, ſed etiam domini tigni habenda ratio eſt, qui invitus cogitur carere ſua re, quam quaſi injuriam, conceſſa actione tigni juncti in duplum, compenſare L. XII. Tabbl. voluiſſe videtur, & ita comm. Interpp. hic pro damno & injuria quam patitur dominus materiæ, quod eam vindicare non poteſt, hoc ei commodum datum, ut in duplum poſſit agere, etiam contra bonæ fidei poſſeſſorem: & tamen poterat hic pro æſtimatione actio in factum concedi, quæ alias quoque datur, ubi res non recipit ſeparationem *l. in rem* 13. *§. Item* 5. *in fi. de rei vindic.* Accedit denique

8 quod neceſſitatem † ſolvendi duplum vitare poteſt qui bona fide junxit, ſi tignum exemptum reſtituat. Hoc autem quoniam dubium eſt, confirmare oportet plenius. Quæritur de ſententia L. XII. Tabb. An bonæ fidei poſſeſſor eximere tignum poſſit ſi velit, atque ita evitare & exludere actionem vel condemnationem in duplum. Plerique putant, hæc eum non poſſe. Loquor de bonæ fidei poſſeſſore: nam qui convenitur ut fur actione mere pœnali, hanc pœnam non poteſt evitare. Sed nec illum poſſe eximere, probant aliqui ex *l.* 98. *§. ult. de ſolut.* ubi JCtus ait, Quod L. XII. Tabb. prohibeat ſolvi tignum, & *in l.* 1. *de tign. iunct.* Lex XII. Tabb. inquit JCtus, non permittit ſolvere tignum. &c. & *in l.* 6 *ad exhib.* L. XII. ſolvi vetat, & etiam in ultro tollente militat ratio nec publicus adſpectus deformetur; quā fuiſſe rationem L. XII. tabb. colligere licet ex *l.* 2.

C. de ædif. priv. l. 2. §. si qua 17. *& l. ult. ne quid in loc. pub. iuncti. l. prætor* 20. *§. hoc ius* 10. *de nov. op. nunc. fac. l. præses* 7. *de off. præt.* Contra adducitur hic *§. iuncti. l* 7. *§. eii in fine* 10. *h. t.* ubi cautum dicitur L. XII. Tabb. an quis tignum eximere COGATUR: & rursus hoc §. redditur ratio L XII. Tabb. ne ædificia rescindi necesse sit, & in *d. l. 2. §. 17. & l. ult. Ne quid in loc. pub.* non cogendum esse demoliri. Ex quibus locis videntur priora illa loca explicanda: & nimirum Lex XII. Tabb. voluit inhibere ordinariam naturam actionis ad exhibendum & vindicationis, juxta quam nisi actor in litem contra contumacem jurare malit, invito etiam possessore alias res auferetur *l. qui restituere* 68. *de rei vind.* & potest eo respexisse L. XII. Tabb. siquidem verbis prohibitivis usam præsupponas, quod nemo facile cum periculo ruinæ tignum sit soluturus. Nec valde movet, quod vulgo traditur hæc ratio fuisse L. XII. Tabb. ne ruinis urbs deformaretur. Potest enim dici illam non esse adæquatam rationem, sed tantum impulsivam, sed & ei qui ædificavit in alieno solo ex sua materia, aliquando permittitur tollere ædificium *l. Iulianus* 37. *de rei vind. l. sin autem* 27. *§. ult. eod l. 9. de impens. in res dot. l. domum 5. in fi. C. de rei vind.* nec omnia tigna ejus sunt conditionis, ut eorum exemtio secum trahat ruinam ædium. Quin nec omnimodo ea ratio videtur ne ruinis urbs deformetur: quippe cum L. XII. Tabb. etiam de tiguo vineis juncto loquatur, & proinde dubio procul ad ædificia ruri etiam posita pertinent: quæ tamen ratio firmatur *ex l. præses* 7. *de off. præs.* Cogitandum an non quæ L. XII. Tabb. eadem fuerit sententia SCti, quod proponitur *in l. catera* 41. *& l. Senatus* 43. *de leg. 1. l. Senatus* 52. *de contr. empt. l. ult. de dam. inf. l. 2. C. de ædif. priv.* quo cautum fuit, ne quæ juncta essent ædibus, legarentur, & omnino, ut ne eorum commercium & negotiatio esset, nulla alia de causa, nisi ut occurreretur ruinis ædium, quib. per separationem ejusmodi & exemtionem causa præbetur; & nimirū textus citati satis ostendunt, omnino id non licere, nec domino quidem; & hæredem enim sponte detrahentem quæ juncta fuerunt, incidere in pœnas, docet *d. l. Senatus* 43. *in pr. de legat. 1.* Cum istud ad præcavendas ruinas cautum fuerit *arg. d. l.* 52. *de contr. empt. l. ult. de damn. inf.* crediderim, cessare pœnas, si quid citra ullum ruinæ periculū fuerit separatum: atque ita forte etiam in tigno juncto statuendum, & facilius hujus separationem permittendam; eo quod possessor bonæ fidei id facit ad evitandam condemnationem dupli. Et hæc ad istum §. sufficiant. Istud enim perspicuum, quod appellatione tigni omnis materia significari dicitur, ex qua ædificia fiunt, *l.* 7. *§. cum ita ius* 10. *in fin. de adq. rer. dom.* quod plenius proponitur *in l. 1. §. 1. de tign. iuncti.* ubi tamen parum subtiliter tam quam ad id confirmandum adducitur notatio nominis; quod tignum dicatur à tegendo: neque enim istud omnibus illis convenit ex quibus fiunt ædificia, & quæ ibi enumerantur; nisi tegere paulo latius & pene abusive accipias. Idem de hac generali tigni appellatione, *in l. tigni* 7. *in pr. ad exhib. l. tigni* 62. *de verb. sign.*

TEXTVS.

23. Ex diverso, si quis in alieno solo ex sua materia domum ædificaverit, illius fit domus, cujus & solum est, sed hoc casu materiæ dominus proprietatē ejus amittit, quia voluntate eius alienata esse intelligitur, utique si non ignorabat se alieno solo ædificare: & ideo licet diruta fit domus, materiam tamē vindicare non potest. Certe illud constat, si in possessione constituto ædificatore, soli dominus petat domum suam esse, nec solvat precium materiæ, & mercedes fabrorum, posse eum per doli mali exceptionem repelli: utique si bonæ fidei possessor fuerit, qui ædificavit: nam scienti alienum solum esse, potest objici culpa, quod temere ædificavit in solo, quod intelligebat alienum esse.

COMMENTARIVS.

1 *Pugna huius loci cum l. 2. C. de rei vind.*
2 *Quæ sit ratio conservandi impensas.*

ALter hic casus est, quo quis in alieno ponit ædificium ex sua materia: & ex ratione eadem, quam explicavimus in § præced. qui dominus est soli fit dominus ædificii: adeo materiæ dominus quodammodo proprio facto materiæ dominium amittit, quatenus scilicet ut ædificio juncta consideratur, & qua formam jam aliam habet; ceteroquin sicut in casu præced. non amittit dominus, eo sensu, ut ibi explicatum est, materiæ dominium, nec desinet ejus dominus esse, ut in §. præced. loquitur Justinian. ita nec hic desinet esse. utiq; qui posuit ædificiū, ignorans solum esse alienū; quippe cum

pe cum nominatim Juſt. cum demum dicat amittere dominium materiæ, qui poſuit ædificium, cum ſciret ſolum eſſe alienum, hic amittit, ut loquitur Juſtin. dominium, facto ſuo, & cenſetur alienaſſe materiam, & eam donaſſe domino ſoli: ex quo fit, ut quod ſtatim ſubjicitur, licet ædificium ſolutum ſit, eam tamen vindicare non poſſit; neque enim quis poteſt vindicare, quod alienavit, & cuius ita dominiū amiſit? Cui ſententiæ objicitur *l. 1. C. de rei vind.* † ubi dicitur, ſoluto ædificio redire materiam ad priſtinum dominum, licet mala fide ædificium fuerit extructum. Non pauci, quod in h. §. traditur, ad merum & ſummum jus referunt, & quod in d. l. 2. contra reſcriptum eſt, ad æquitatem pertinere. Sed fortaſſis ſunt aliæ iſtius deſidii componendi rationes. Ait ibi Imp. redire ad priſtinum dominum materiam, licet mala fide ædificaverit, ſi non donandi animo ædificium ſit impoſitum. Et igitur cenſet Imp poſſe quem mala fide ædificare, ut tamen id non faciat donandi animo. Atquin Juſtin. putare videtur, ſemper ædificium quod quis in alieno ſolo ſciens poſuit intelligi poſitum donandi animo. Hoc ita accipiemus, ſi non poſſit eſſe locus alii præſumptioni, quæ excludat animum donandi; nam ut vulgo traditur, non præſumitur animus donandi. Finge ædificantem non poſſediſſe ſolum, haud dubie tum præſumimus donationem *arg. l. ſi ſervus 27. §. ſi olivam 25. ad L. Aquil.* quæ communiſſime & recte de caſu non poſſidentis accipitur. Idem ſtatuam, ſi quis in area quam initio poſſeſſionis ſcivit alienam, impoſuerit ædificium. Quod ſi enim cum in conditione eſſe uſucapiendi (ſiquidem jure civili mala fides ſuperveniens non interrumpit uſucapionem) id fecerit, negabo id factum animo donandi, quippe cum ſpem haberet uſucapiendi ſolum; multo magis igitur tum dabimus vindicationem materiæ ſoluto ædificio; ſi poſt id impoſitum, mala fides ſupervenerit. Aut an ſimpliciter dabimus vindicationem & domino ſoli imponemus neceſſitatem, ut probet animum donandi? quod tamen minus conveniet cum hoc §. ſed potius ædificanti incumbet, ut probet alio animo quā donandi ædificium impoſitum fuiſſe; quod ex Bart. notat *Myns. hic* Eſt & alia reſponſio Bartoli *in l. fundo 38. de rei vindic. num. 11. ut d. l. 2.* intelligatur non de eo qui ædificium de novo poſuit, ſed qui veteri aliquid addidit, cui facilius ſuccurratur. Hæc de caſu ſoluti ædificii. Sequitur in verſ *certe*,

2 quid juris † ſit ſtante ædificio, an ædificans aliquod remedium habeat, quo pretium materiæ & impenſas ædificii conſequatur; nam ut agat ad exhibendum & demoliendum, ratio non patitur, etiamſi bona fide id fecerit, per dicta *ad §. prec.* Diſtinctio prima eſt, an poſſideat ædes nec ne? Et cum hic tantum tractetur de remedio, quod competat poſſidenti, hoc ipſo tacite innuitur, ei qui non poſſidet, nullam competere actionem; quod & ſatis perſpicue traditur *in l. ſi in area 33. de condict. indeb. & in l. Paulus 14. de doli mali exc. iunct. l. ſumptus 48. de rei vind.* ubi negantur ſumtus peti poſſe, *Lid. 45. §. 1. de act. empt.* ubi ideo in illo caſu actio empti datur, quia propria pro impenſis nulla eſt, ſed tantum exceptio; & errant, qui actionem neggeſt. locum habere putant; quoniam ponimus non alieno, ſed proprio nomine impenſas factas; nec quidquam inter dominum ſoli & ædificantem actum eſt, ex quo actio naſci poſſit. Equidem *Cuj. 10. obſ. 4. & Hottoman. hic & in l. 1. Codic. de condict.* ne alter cum aliena jactura fiat locupletior, condictionem incerti concedunt. Verum licet hoc videatur æquitas ſuadere jure tamen deficimur. Neque probatur illa opinio per *l. indebiti 15. §. 1. & l. qui exceptionem 40. §. 1. de condict. indeb.* Etenim intereſt an quis in rem alienam qua talem, & quam ſcit ſibi reſtituendam, adeo animo alium ſibi obligandi, faciat impenſas, qui caſus eſt dd. textuum, an nomine ſuo tamquam in rem propriam, qui caſus hic tractatur; quæ diſtinctio innuitur *in l. domum 5. C. de rei vind.* & diſerte traditur à JCto *in l. 1. hoc 14. §. 1. verſ. diverſum. Com. dtv.* Ineptius à *Gœdd. in l. impenſa 79. de V. S.* adducuntur textus *ex l. 8. de pign. act. l. 7. §. ult. ſol. mat. l. in rebus §. 2. Comm.* quibus proponuntur impenſæ factę bona fide in rem, quam quis ex voluntate domini penes ſe habebat, & reſtituendam ſciebat, & notant comm. Dd. hic quod qui habet cauſam & aliquod jus in re, impenſas conſequi poſſit. Non obſtat etiam *l. 5. C. de rei vindic.* in qua verbum *repetitionis* recte cum Cyno, Caſtr. & Saliceto explicatur de exceptione, quam qui opponit, cum eo reſpectu actoris partes obtineat *l. 1. de except.* recte petere dicitur; idque inde confirmatur, quod ibi agitur de impenſis, vel iis quæ in ædificata fuerunt tollendis, ut proinde ædificatorem in poſſeſſione fuiſſe oporteat. Tum etiam ideo iſte textus huc non pertinet, quoniam agitur de impenſis neceſſariis, quales non ſunt, quæ fiunt in ædificium, quod imponitur in alieno ſolo. Nec admitti poteſt, quod Weſemb. deficiente actione, officii judicis implorationi locum facit; inepte adductis textibus in *l. qui per 49. §. 1. de act. emti. l. plane 38. de*

Digitized by Google

petit. her. ubi apertiſſimum eſt de officio judicis, quod Dd. vocant mercenarium, agi, & quod ſubſervit actioni ordinariæ, ita ut poſſeſſor conventus omiſſa etiam exceptione petere poſſit, ut impenſæ ſibi præſtentur. Quod attinet ad L. 7. de ann. leg. præterquam, quod iſta clauſula in ſi L. videtur eſſe addita à Tribo. utique intra eum caſum id reſtringendum eſt, quod nimis abſurde ad quoſvis caſus, quibus actio negatur, porrigeretur.

Poſſit tamen ex æquitate ſententia Cuj. & Hottom. admitti eo caſu quo ipſe ædificans reſtituit ædificium omiſſa exceptione, quam cum opponere poſſet, ſi per errorem eam omiſerit, videri poſſit aliquid contractum vel actum cum domino, & plus debito reſtitutum; quæ ratio poteſt parere condictionem indebiti; utique ſi bona fide impoſitum ædificium fuerit; Ceteroquin vix poſſit condictioni eſſe locus, utique ſi ſequimur ſententiam h. §. qui etiam exceptionem negat ei, qui ſciens in ſolo alieno ædificavit. Et hic nimirum alter ſupereſt tractandus caſus, quoqui ædificavit, eſt in poſſeſſione. Et Juſt. hoc loco, ut dixi, tantum ei, qui bona fide ædificavit exceptionem doli concedit contra dominum ſoli, vendicationem quæ etiam proponitur *in l. 5. ſumpt.* 48. *de rei vind. l. idq;* 45. §. 1. *de act. emt. l ſin a.* 27. §. *ult. de rei vind.* quippe dolo malo facit, qui ædificium ſimul petit, & recuſat præſtare impenſas, atque ita ex alterius jactura captat & quærit lucrum. Qua exceptione ſi utatur qui mala fide poſſidet, replicationi locus eſt, quod temere in alieno ſolo, ſciens ædificium poſuerit. Et hoc quidem ex ſententia Juſtin. hoc §. *& l.* 7. §. *ex diverſo* 12. *D. eodem tunct. l.* 5. *C. de ædif. priv.* ubi dicitur impenſas, quas quis improbe fecit, reſtituendas non eſſe: & *in d. l.* 17. §. *ult.* requiritur, ut impenſæ ſint factæ per errorem. Quæ ſummi juris ratio eſt, cui videtur repugnare æquitas, quæ proponitur *in l. plane* 38. *de petit. hared* ubi JCtus etiam in prædonis perſona vult haberi rationem expenſarum, utilium quoque, ut earum pretium conſequatur, ne petitor ex aliena jactura ſentiat lucrum; quamvis Dd. communiter ſpeciale eſſe putent in judicio univerſali petitionis hereditatis, & in hac mitius agi cum poſſeſſore, quam in ſingulari judicio vindicationis; de quo plenius hic agendi locus non eſt. Prorſus utcunque poſſeſſori malæ fidei dominus impenſas ſolvere non cogatur, tamen cogetur pati; ut poſſeſſor tollat quæ poſuit juxta *l. Iulianus* 37. *de rei vendicat.* qui tamen textus loquitur de eo, qui initio habuit bonam fidem, adeoque fuit in conditione uſucapiendi, ceteroquin nec hoc permittendum videtur, cum id ei tantum concedi videatur, qui per errorem impenſas fecit *l. non autem* 27. §. *ult. de rei vind.* quod tamen ita ut ſtatim dico limitandum erit; aut ad eum caſum referendum, quo domino tales impenſæ vix utiles ſunt, aut non multum. Plane quibus caſibus eo venitur, ut poſſeſſor tantum habeat jus tollendi, puto verius eſſe, ut petitor offerre poſſit, quantum ex rebus ſublatis conſequi ille poſſit, quamvis alii hac ratione non inſubtiliter contradicant, quod petitor offerendo æſtimationem hoc ipſo oſtendat & ſe eſſe ſolvendo, & quaſi ſic approbet factas impenſas. Sed contra dicam eum non ob id æſtimare eas quanti ſunt, ſed quanti pro iis alias poſſeſſor conſequi poſſit. Plane multa hac in re permittuntur officio & arbitrio judicis, ita ut aliquando res bonæ fidei poſſeſſor conſequatur omnimodo æſtimationem expenſarum, ſi forte dominus petitor ita ſit tenuis, ut eam ſolvere non poſſit, nec tamen fundo v. c. avito carere, nec eum vendere debeat; quo caſu non niſi jus tollendi ædificii permittitur poſſeſſori, ut tractat JCtus *in l. in fundo* 38. *de rei vindicat.* ubi & aliæ circumſtantiæ; ſi dominus ipſe facturus fuiſſet, ſi tanto majoris ſit fundum diſtracturus *d. l.* 38. *& l. niſi* 29. *de rei vind. iunct. l. quod ſi* 10. *de impenſ. in res dot.* Et ita inutilib. impenſis, quales ſunt, de quibus hoc §. agitur. Nam neceſſarias omnino cogitur præſtare dominus etiam malæ fidei poſſeſſori *d. l.* 5. *C. de rei vind.* Improbe enim facit, qui rem petit, & recuſat impenſas ſolvere, quæ ſi factæ non fuiſſent, res peritura, & ita omne jus petendi ſublatum fuiſſet. Sed iſte non eſt noſter caſus. Et hæc ad explicationem huius §. Plenior enim tractatio de impenſis, huius loci non eſt. Porro cum iſta acquiſitio ædificii fundetur in jure acceſſionis, quod adjunctum cedat ſubjecto, ſine quo eſſe non poteſt, conſequens eſt, ut prædicta non procedant in ædificio mobili, *l. Titius* 60. *de adq. rer. dom.*

TEXTUS.

24. Si Titius alienam plantam in ſolo ſuo poſuerit, ipſius erit: & ex diverſo ſi Titius ſuam plantam in Mævii ſolo poſuerit, Mævii planta erit: ſi modo utroq; caſu egerit radices: ante enim quam radices egerit, eius permanet, cuius fuerat. Adeo autem ex eo tempore, quo radices egerit planta, proprietas eius commutatur, ut ſi arbor vici-

Digitized by Google

vicini ita terram Titii preſſerit, ut in fundum eius radices egerit, Titii effici arborem dicamus: ratio enim non permitit, ut alterius arbor eſſe intelligatur, quam in cuius fundum radices egerit. Et ideo prope confinium arbor poſita, ſi etiam in vicini fundum radices egerit, communis fit. Qua ratione autem plantæ, quæ terræ coaleſcunt, ſolo cedunt, eadem ratione frumenta quoq; quæ ſata ſunt ſolo cedere intelliguntur. Ceterum ſicut is, qui ædificavit in alieno ſolo, ſi ab eo dominus petat ædificium, defendi poteſt, per exceptionem doli mali, ſecundum ea quæ diximus: ita eiuſdem exceptionis auxilio tutus eſſe poteſt is, qui alienum fundum ſua impenſa bona fide conſevit.

COMMENTARIVS.

1. *Cauſa huius adquiſitionis.*
2. *Obiectionum remotio.*

QUod imponitur ſolo, ei cedit, nimirum ſi ei ita cohæreat, ut ſine eo eſſe non poſſit, ex quo ædificium mobile non cedit ſolo *l. 60. h.t.* oportet enim rem vere conjunctam eſſe ſolo. Hinceriam 1 eſt, quod planta † in ſolo poſita ita demum cedit agro, ſi radices in agrum egerit; quo demum facto conjungitur ſolo, & ei unitur: ante autem manet prioris domini *h. § inprinc.* Radicibus nimirum actis inducitur, conditio, juxta *verſ. qua ratione*, ubi Juſtin. ait plantas coaleſcentes, (per radicum actionem,) cedere ſolo: eoque hæc adquiſitionis ratio pertinet quodammodo ad caſum quem tractavimus ad §. *præterea* 20. *verſ. quod ſi vinea ſupr. h.t.* Præterquam quod ibi natura omnimodo & ſola operatur, hic autem præcedit factum hominis, arborem in agro ponentis: operatur tamen dominii adjectionem natura, immediate, per coalitionem plantæ cum fundo: de cujuſmodi arboribus loquitur ICtus *in l. Quintus* 40. *de act. empt. inf.* arbores quæ fundo continentur, non eſſe ſeparatum corpus à fundo. Hunc collationis effectum, & quod ea facta dominus is fiat cujus eſt ſolum, confirmat. Juſtinian. in *verſ. adeo autem.* Quod etiam arbor quæ mea eſt, non mutato loco, tota mea eſſe deſinat, ſi in vicini fundum egerit radices: item & porro ex eadem ratione, quod pro parte mea eſſe deſinat & fiat communis, ſi radices pro parte immiſerit in vicinum fundum quoniam, ut inquit, ratio non patitur, ut alterius ſit arbor, quam cuius in fundum radices egerit, ſiquidem radicum immiſſio facit coalitionem arboris cum eo fundo, in quo ſunt radices; & quia per radices alitur arbor, adeoque eum fundum ſequitur arbor ex quo alimentum capit & ſuccum, citra quem vivere non poſſet, ſed exareſceret; ex quo reſpondet Juriſconſultus in *l. ſed ſi* 26. *§. arbor* 2. *h.t.* alia terræ alimento 2 cenſeri ipſam arborem † aliam factam. Verum huic ſententiæ Juſtinian. in *h. §. verſ. adeo* duo juris loca objiciuntur, unus ex *l. ultim. in princ. quod vi aut clam.* juxta quam radices magis pro acceſſionibus haberi videntur. Alter, & qui fortius obſtat ex *leg. ſi pluris* 6 § 2. *arbor. furt. caſ.* & quidem dupliciter. Nam 1. ait Juriſconſultus ſi arbor mea in vicini fundum radices egerit, cum poſſe & debere agere, hoc non eſſe ejus, ſicut non licet projectum, aut immiſſum habere, 2. in fin. §. ait, licet arbor alatur radicibus ex fundo vicini, tamen ejus eſſe, in cuius fundo origo ejus fuit. Equidem in *dict. leg. ultim. quod vi aut clam.* agitur de vite quæ in alienum fundum delapſa ibi coaluit; hanc eſſe ejus in cujus fundo coaluit, reſpondet ibi juriſconſultus convenienter ei quod hoc §. traditur, & videatur radices ibi abuſive dici, quæ antea radices fuerunt, cum necdum vitis in alieno fundo coaluiſſet, & quæ propterea ea jam revera amplius pro radicibus non ſunt habendæ, ſed cedunt viti, quæ alibi coaluit. Prius quoque illud, quod objicitur ex *l. 6. §. 2. Arb. furt. caſ.* non valde movet; poteſt enim quis nolle ut radices arboris in fundum ejus agantur, ex quibus plus damni ſit ſenſurus, quam utilitatis, utcunque arbor fieret communis: & cum alter ſe pro domino arboris geſſit, merito contra eum ita agi poteſt, quo etiam pertinet *lex* 1. *Cod. de interd.* alterum difficilius eſt, & putat Hottomannus 1. *obſerv.* 4. & 5. *obſ.* 12. pugnantes ſuper hac re juriſconſultorum ſententias fuiſſe. Verum Weſemb. putat hunc locum accipiendum non de arbore aliqua veteri, ſed nova, & quæ non tantum radices habet in fundo vicino, ſed etiam in eodem eminet ſupra terram, ſi nimirum vicini planta deflexa ramis ita premat Titii ſolum, ut ibi radices agat, & novam ſobolem producat: ſed iſta interpretatio plane commentitia eſt, & à verbis & mente Juſtiniani & Juriſconſulti in *l. 7. § ult. cum leg. ſeq. h.t.* alieniſſima. Ait Juſtinianus

proprietatem arboris commutari, & in hanc rem adducit exemplum, ſi arbor in Titii vicini fundum radices egerit; tum plane repugnat quod ſequitur, de arbore, quæ partem radicum immiſit, quod ea fiat communis, cum ante eſſet unius tota; & nimis improbabile eſt, quod Weſembec fingit fieri, vel eſſe arborem communem propter poſituram; Ita enim ab initio fuiſſet communis, non poſtea demum fieret, quoniam poſitura arboris non mutatur: & non ait Juſtinian. arborem in confinio poſitam, ſed prope confinium. ita ut pro parte radicis in vicinum fundum agere poſſit. Tum amplius diſſertiſſime rationem dominii arboris ſuſtit à radicibus, & negat alterius poſſe eſſe arborem, quam in cujus fundo egit radices: ut non intelligam, qua fronte Weſemb ſcribat, radices ſub terra nihil momenti conferre, ad jus dominii diſcernendum aut conferendum, & hinc non capio etiam quomodo Cui. diſtinguat inter arborem in fine poſitam, & non in fine. Utique enim ſi arbor mittere poteſt radicem in fundum alterius, oportet ut ſit in confinio poſita, & cum Juſtinian. per immiſſionem radicum arborem dicat fieri communem, oportet ante eam unius totam fuiſſe propriam. Accurſius inter alia, fingit, in ſpecie *dict. leg. 6. arbor. furt. caſ.* arborem ſatis ex primo adhuc fundo vivere potuiſſe, non autem hic: quod plane divinatorium eſt: & idem in *dict. leg. 6.* diſtinguit inter rigorem & æquitatem, inter adquiſitionem ex ratione juris gentium & juris civilis: vel quod in *d. l. 6.* tantum minorem partem radicum immiſerit in fundum vicini, quæ non adeo inepte dicuntur. Poſſunt & radices in fundo manere, ut tamen ex fundo vicino ſuccum & alimentum trahant. Sane aliquando obſcurius dicitur in *dict. leg. 16.* arborem ali radicibus vicini; quod non idem eſt cum eo, quod arbor radices ſuas in fundo vicini habet: & tamen difficile eſt dicere, arborem ali radicibus alienis, ſed de iſto ſatis; illud autem facile obtineri poteſt, in ſpecie *dict. leg. 6.* non omnino arborem totum alimentum hauſiſſe ex fundo vicini. Sed videndum, quomodo fieri poſſit, ut arbor vetus, omnes omnino radices in vicini fundum projiciat; hoc enim affirmat Juſtinian. eo ipſo dum per radicum immiſſionem arborem quæ antea erat vicini, totum alterius effici non obſcure ait: hoc ipſo etiam, quod eum caſum alteri opponit, quo ex parte immiſſis radicibus, arbor ſit communis. Weſembecius id impoſſibile eſſe ait: Hortulani hic conſulendi eſſent; & forte accidere poſſit, ut veteribus radicibus exareſcentibus vel putreſcentibus, radices arbor novas projiciat in vicini fundum, ex quibus ſolis alatur. Sed interim dicam Juſtiniani dictum accipiendum eſſe ex hypotheſi, ſiquidem id aliquando contingere poſſit, (non crediderim autem eſſe penitus impoſſibile) tum proprietatem arboris mutatam. Quod ſi hoc fieri non poſſit, dicâ Juſtinian. hoc ſaltem velle, ut pro parte adquiratur vicino: & hoc illuſtrare mox exemplo arboris in confinio poſitæ. Atque hæc hactenus. Ait Juſtinian. ſi Titus alienam plantam in ſuo ſolo poſuerit, ipſius eſſe, poſtquam coaluit, ſed an & quæ actio dabitur domino plantæ priori? Diximus ſupra actionem competere in factum *arg. l. 23. §. 3. de rei vind.* aut etiam utilem in rem actionē ex *l. 5. §. 3. de rei vindicat.* Neque enim facto alterius ita res mea mihi auferri poteſt, ut nec precium ejus perſequi poſſim. Sed quid ſi plantam meam in ſolo alieno poſuerim? Et ſcilicet hic ea obtinent, quæ in præced. diximus de eo, qui ex ſua materia in alieno ædificavit; & colligitur ex fin huius textus, ubi Juſtinian. eum qui agrum alienum conſevit, confert hactenus cum eo, qui ædificiū poſuit in alieno; eadem autem ratio hic eſt ſeminum ſparſorum in alienum agrum, & plantarum poſitarum in alieno fundo, quod innuit Juſtinian. in *verſ. quæ ratione.* Sed hactenus iſta comparantur, non omnimodo; nam ut eſt in *§. cum in ſuo ſolo ſupr. h. t.* materia diruto ædificio recte vindicatur à priori domino, qui nec interim omnino ejus dominus eſſe deſiit, at planta poſt coalitionem fit plane alterius, nec in eo habet locum duplex conſideratio, de qua diximus in *dict. §.* & nec radicitus quidem eruta à priſtino domino poteſt vindicari, quoniam per novum alimentum alia cenſetur effecta *l. ſed ſi 26. §. arbor. 2. h. t.* qui ipſe locus oſtendit, quantum JCti tribuerint alimentationi arboris per radices.

Frumenta quoque quæ ſata ſunt.] Verba, *Quæ ſata ſunt*, faciunt demonſtrationem, non limitationem, quaſi quædam frumenta non ſata ad hanc tractationem pertinerent, uti hæc verba carpit Hottomannus: & proinde vult legi, *frumenta, & quæcunque ſata ſunt*: quod minime neceſſarium eſt.

TEXTVS.

25. Literæ quoque licet aureæ ſint, perinde chartis membraniſque cedunt, ac ſolo cedere

cedere ſolent ea, quæ inædificantur, aut inſeruntur: idcoque ſi in chartis membranisve tuis carmen vel hiſtoriam, vel orationem, ſcripſerit Titius, non Titius hujus corporis, ſed tu dominus eſſe videris. Sed ſi à Titio petas duos libros, tuaſve membranas, nec impenſas ſcripturæ ſolvere paratus ſis, poterit ſe Titius defendere per exceptionem doli mali, utique ſi earum chartarum membranarumve poſſeſſionem bona fide nactus eſt.

COMMENTARIVS.

PErſequitur eandem tractationem de adquiſitione per acceſſionem, quæ fit facto hominis. Et habet iſta ſpecies idem fundamentum quod adjunctum cedat ſubjecto *l. 23. §. de rei vindic.* utcunque quod adjectum eſt, ſit pretioſius; unde purpuram etiam pretioſiorem veſtimento cedere dictum eſt, in §. *ſi tamen 27. h. t. & h.* §. ſi quid ſcriptum ſit aureis literis cedit chartæ membranæve: & ut plurimum ædificium preciоſius eſt area & ſolo cui cedit & accedit. Et hoc de chartis ita quoque ſcribit Paulus in *d. l. 23. §. 3. & in l. 3. §. pen. ad exhib.* quod in charta mea ſcriptum eſt, meum eſt.

Sed contra iſtam rationem adquirendi diſputat. Hottom. hic: abſurdum eſſe dicens, ut hic modus & ſcriptura comparetur cum ædificatione, cum charta utendo quodammodo pereat & conſumatur: abſurdum eſſe, ut ſi quis riſſimum forte librum ſcripſerit in aliena charta, ut ille ſit domini chartæ, ſi quis vir doctus meditationes ſuas ſcripſerit in charta aliena, quas plurimi ejus interſit, ne communicentur aliis, ut dominus chartæ eas vindicare poſſit. Sed ſane verum non eſt, quod charta hoc modo pereat & conſumatur: & ſingularia exempla non poſſunt facere ut in univerſum aliud jus ſtatuatur; ſed in his terminis & ſimilibus adhibebit æquitatem judex, & aliquando ſcriptorem poſſeſſorem chartæ abſolvit, ſi pretium chartæ, vel aliam æque bonam præſtiterit.

Sed ſi à Titio petas.] qui hoc modo dominus fit jure ſuo chartam membranamve cum ſcriptura, & ſcil. chartam ſcriptam petit: ſicut fundum cum ædificio, aut ſeminibus petit, in cujus ſolo ædificatum, aut ſemen ſparſum eſt. Quod de utroque caſu dixit Juſtinian. in §. *ex diverſo & in §. præced.* quod poſſeſſor poſita exceptione doli conſequatur impenſas; idem in terminis iſtis, in fi. hujus §. proponit. Sed quid ſi ſcriptor non poſſideat chartam? Et ſi caſuum iſtorum bona comparatio eſt, non habebit actionem per dicta ſup. ad §. *ex diverſo.* Et tamen fortaſſis exceptio hic admittenda erit, & in illis caſibus quos paulo ante ex Hottom. propoſuimus, argum. *l. 3. §. pen. ad exhib.* Scribit ibi Juriſconſultus, cum ſervus meus rationes uxoris meæ in charta aliena ſcripſiſſet, quas dominus chartæ poſſidet, non eſſe vindicationem, quia non ſum dominus: non etiam actionem ad exhibendam, quoniam ſcilicet, ſcriptura à charta ſeparari non poteſt: ſed tamen propter intereſſe meum eſſe actionem in factum. Adhunc modum defendam, ſi quis poſſideat chartam ſuam, in qua ego commentarios & meditationes meas ſcripſeram, competere mihi actionem in factum: cujus actionis hic procul dubio effectus erit, ut chartæ æſtimatione à me ſoluta, ea mihi cum ſcriptura reſtituatur, quod ipſiſſima dictat æquitatis ratio.

TEXTVS.

26 Si quis in aliena tabula pinxerit, quidam putant, tabulam picturæ cedere, aliis videtur, picturam, qualiſcunque ſit, tabulæ cedere. Sed nobis videtur melius eſſe, tabulam picturæ cedere. Ridiculum eſt enim, picturam Appellis vel Parrhaſii, in acceſſionem viliſſimæ tabulæ cedere. Vnde ſi à domino tabulæ, imaginem poſſidente, is qui pinxit eam petat, nec ſolvat precium tabulæ, poterit per exceptionem doli mali ſubmoveri. At ſi qui pinxit, eam poſſideat, conſequens eſt, ut domino tabulæ utilis actio adverſus eum detur: quo caſu, ſi non ſolvat impenſam picturæ, poterit per exceptionem doli mali repelli: utique ſi bona fide poſſeſſor fuerit ille, qui impoſuit picturam. Illud enim palam eſt, quod ſive is qui pinxit, tabulas ſubripuit, ſive alius, competit domino tabularum furti actio.

COMMENTARIVS.

1 *Ratio hujus adquiſitionis.*
2 *Pictura & pictoris dignitas.*

Digitized by Google

3 *De actione utili qua competat domino tabulæ.*

4 *Quid si sciens pinxerit.*

1 QUæritur de ratione † exceptionis, cur cum cetera cedunt subjecto, diversum hic & in *l.* 9. §. 2. *h. t.* receptum sit in pictura, ut huic tabula cedat. Videtur Justinianus rationem sumere à pretio picturæ, quam ridiculum sit cedere vilissimæ tabulæ. At enim literæ aureæ pretiosiores sunt vilissima charta; purpura sæpe prætiosior est vestimento, & ædificium ut plurimum longe pretiosius est arca. An dicimus majorem tamen esse distantiam pretii in pictura, quam in jam relatis? Idque hinc firmatur, quod Justinianus meminit picturæ insignium artificum Parrhasii & Apellis, quorum picturæ infinitis partibus superant pretium tabularum. Verum non sat rationis est ob casus singulares mutari jus regulare; Ceteroquin commentarii quoque in charta scripti sæpe longissimo intervallo superant pretium chartarum. Et quid si igitur sequioris notæ pictor imposuerit imaginem tabulæ, an tum aliud statuimus? Hoc sane non convenit, quia exempli tantum loco istorum pictorum meminit Justinian. Itaque inepte Porc. hic requirit, ut pictura sit nobilissima, tabula vilissima. Falso à precio rei sumit rationem adquirendi. Et inepte respondet ad textum in §. *si tamen purpuram*: quod purpura sit accessio: pictor autem imponat imaginem, non ut cedat tabulæ, sed ut pictura habeat locum principalis: quasi vero ab animo adjicientis, aut imponentis penderet ratio adquirendi dominii. Itaque, ut dixi, Justinianus saltem exempli causa meminit horum pictorum, Ceteroquin ratio generalis sumen-

2 da est, à pretio & dignitate artis † pictoriæ in se consideratæ. Ea enim & Græcis & Romanis habita in honore, & in ea pueros ingenuos institui vult *Aristot. 8. polit. 3. Arspictura* inquit *Plin. l. 35. nat. hist. c. 1.* quondam nobilis, tunc cum expeteretur à regibus populisque, & nobilitante illos, quos esse dignata posteris tradere: & *eodem lib. cap. 4.* docet quo in honore Romæ fuerit: & *cap. 10* primum inter liberales artes pictoriam locum habuisse, eaque servis interdictum.

Et huc referri potest, quod dicitur in *l. Labeo 14. de verb. sign.* in istis non substantiam sed artem spectari. Et tamen Paulus in *l. in rem 23. §. 3. de rei vind.* secutus est generalem rationem accessionis, quod necesse sit ei rei cedere id, quod sine ea esse non potest: & ex ea defendit tabulæ cedere picturam: quam quorundam sententiam fuisse hoc §. profitetur Justinianus: ut nimis abutantur charta & opera, qui ista apertissime & adversis frontibus pugnantia conciliare conantur. Doctores vulgo varia hic scribunt, imo nugantur. Verissime Joh. Faber hic, quod ex ratione stricta, pictura & scriptura cedant subjecto, sicut quæ inædificantur & seruntur: & quod hanc rationem consideraverit *Paulus in l. 23. de rei vind.* sed aliud placuisse Caio. Sed idem omnino erat, dum putat decisionem hujus §. solum procedere in tabula: quodsi quis pingat in membrana, tunc picturam cedere membranis. Gœddeus omnino inepte in *d. l. 14. de V. S.* Paulum in *d. l. 23.* explicat de scriptura in pugillaribus ceteris: cum tamen Paulus rationem dubitandi sumat à pretio picturæ, & à generali illa ratione pro domino tabulæ respondeat. Pacius 3. *antinom.* 43. non minus inepte putat, quod Paulus in *vers. licet*, corrigat opinionem priorem: cum tamen per rationem subjectam ab accessione diserte illam rationem dubitandi, à pretio picturæ, improbet & removeat. Distinctio gl. inter picturam vilem & pretiosam jam explosa est. Distinctio, an mala fide an bona quis pinxerit, itidem inepta est: tum quia mala fides non impedit istos modos adquirendi, ut probavimus ad §. *si tamen, sup. h. t.* tum quia in hoc modo adquirendi per accessionem bona fides non facit dominum, ut patet ex iis quæ in præcedd. de inædificatione, implantatione & scriptura dicta sunt: & dominus enim subjecti fit dominus ejus quod adjunctum est ab alio licet optima fide: & perspicue errant, inter quos est V Vesemb. qui hoc volunt referre ad specificationem, cum tabulæ substantia in nullo mutetur: nec minus falsum est, quod hic Hottom. tentat, tabulam habendam esse pro extincta. Ridiculum autem est, quod Mynsi. hic ita accipit Pauli locum in *l. 23. ad §. 4. de rei vind.* quasi prævalentia significaret pretium rei: & ob id etiam putat chartam hodie cedere scripturæ: qua sententia nihil est absurdius. Ita enim & solum ædificio, & vestimentum sæpe purpuræ cederet: quamvis *gl. Pisc. & alii* etiam (sed omnino male) velint attendi precium picturæ & scripturæ. Videamus modo cetera hujus §.

Unde si à domino tabula.] Consequens hoc est sententiæ Justiniani, secundū quam tabula cedit picturę, ut qui pinxit habeat actionē in rem contra dominum tabulæ. Istud rursus superioribus consequens est, ut possessor tabulæ quæ ipsius fuit, habeat exceptionem doli, qua consequatur tabulæ

precium

Digitized by Google

precium: idque tanto æquius, quod ſine facto ſuo dominium amiſit cũ etiam illi habeant exceptionem poſſidentes, qui facto ſuo dominum amiſerunt, in ędificando, implantando, ſerendo aut ſcribendo in re aliena §. *ex diverſo* §. *Titius* §. *qua ratione* §. *Litera h.t.* Porro ſecundum ſententiam Pauli vix eſt ut pictori competat actio contra dominum tabulæ poſſidentem, & ſimul factum dominum picturæ, per ea quæ diximus ad §. *ex diverſo h.t.*

At ſi is qui pinxit.] Ait Juſtin. ſi pictor poſſideat tabulam, conſequens eſſe, ut domino tabulæ utilis actio adverſus eum detur. Videbatur autem hoc conſequens non eſſe præmiſſis: ſiquidem dominus tabulæ qui fuerat, dominium eius amiſit, & tabula picturæ cedat: Putant hoc admiſſum propter illam naturalem rationem ſubjecti ad ſe trahentis adjunctum, quæ omnino non potuerit inſuper haberi. Itaque hanc mediam quodammodo eſſe ſententiam, ut licet pictor dominus fiat tabulæ, & ita ex ſententia Caii & Juſtiniani habeat directam actionem, tamen utilis competat domino tabularum. Et hoc modo pugnantes locos h. §. & in *l.* 23. §. 3. *de rei vind.* conciliare conatus eſt *Bart. in l. qua ratione* 9. §. 2. *h.t.* ſcilicet per diſtinctionem dominii directi & utilis, quod ſit adhuc & maneat penes dominum tabulæ; quæ etiam ſententia eſt *Donell.* 4. *comm.* 36. ubi fatetur revera diſſenſiſſe Paulum & Caium, ſed remotis JCtorum nominibus monente alibi Juſtin. hinc rationem conciliandi ſumi poſſe exiſtimat, quod Juſtinianus ipſe hoc loco domino tabulæ utilem in rem actionem concedat, cum pro eo ſit ratio naturalis adquirendi, non pro pictore. Iſtud quidem probabiliter dicitur; ſed mihi ſententiæ Juſtiniani convenire non videtur. Ait enim *iſtud eſſe conſequens.* Atquin nihil dixerat in præmiſſis, ex quo intelligi poſſit voluiſſe vel putaſſe tabulæ dominium aliqua manere apud dominum priorem: ſed omnino cedere tabulam picturæ reſponderat. Et igitur arbitror Juſtinianum eo reſpexiſſe, quod dominus tabulæ citra factum ſuum dominium tabulæ amiſit, quo caſu & omnibus eiuſdem generis, absque ſumma injuria, aliter ſtatui non potuit, niſi ut aliqua actione priori domino ſuccurreretur. Et variis actionibus ſuccurritur pro variorum caſuum diverſitate: ubi res quæ mea fuit, recipit ſeparationem, ad exhibendum agitur *l. gemma* 6. *ad exhibend. l.* 23. §. *Item* 5. *de rei vindicat.* ubi non recipit ſeparationem actio in factum datur *d.l.* 23. §. 5. Et propius ad rem noſtram, pro arbore quæ ſine facto noſtro in alienum fundum translata ibi coaluit, eſt utilis actio in rem *l.* 5. §. *de arbore* 3. *de rei vindicat.* & monuimus ſup. ad §. *præterea*, quod utilis actio non tam vere ex dominio quam ex quadam æquitate conceditur. Et nimirum hac de cauſa hic dixit Juſtin. conſequens eſſe ut domino tabulæ detur actio utilis. Poteſt videri ideo tanto facilius domino tabulæ data actio utilis, quoniam tabula omnino ſubſtantiam ſuam retinet: ut quodammodo hac conſideratione videatur dominium adhuc eſſe penes eum, utcunque propria ratione videatur ceſſiſſe picturæ; cum & dicatur manere dominus materiæ, quæ ædificio juncta eſt §. *cum in ſuo in pr. ſup. h.t.* Porro ubi utili hac actione experitur dominus tabulæ, ſubjicit Juſtinianus eum repelli per exceptionem, ſi non ſolvat impenſam picturæ. At quid ſi offerat hanc impenſam, contra pictor offerat pretium tabulæ, cujus prior erit ratio & potior? Et ſiquidem cum Juſtiniano tabulam picturæ cedere dicimus, & pictori directam actionem in rem contra dominum tabulæ poſſeſſorem concedimus, conſequens omnino eſt, ut potiorem faciamus conditionem pictoris: cum & alias utilis in rem actio effectum illum vix habeat, ut ab invito extorqueat reſtitutionem, aut ut contra eum tamquam contumacem in litem jurari poſſit, cum hic etiam poſſeſſor juxta diſputationem Juſtin. ſit dominus directus: idque omnino ad hunc §. ſubintelligendum, aut ſupplendum eſt, quod & communiter cenſet Interpp. & iſtud quoque recte, quod contra tertium poſſeſſorem præferatur pictor, quippe dominus verus. An autem & quando directæ actioni præferatur utilis, de quo hic late Faber, non eſt hujus loci: neque huc pertinet; quoniam in terminis noſtris omnino directa potior eſt; ſed illa quæſtio de prælatione habet locum in actionibus perſonalibus; vel ubi utile dominium quis habet ab ipſo directo domino, veluti vaſallus & emphyteuta. Pergit Juſtinian.

Vtique ſi bona fide.] Et an igitur opus eſt bona fide pinxiſſe, ut pictor fiat dominus tabulæ, & hæc cedat picturæ? probavimus ſupra ad ſæpe *d.* §. *ſi tamen* 27. non impedire malam fidem hanc acquiſitionem dominii, quæ fit per acceſſionem: cui ſententiæ videtur hic locus contradicere. Et an forte Juſtin. parum memor opinionis ſuæ, quod tabula cedat picturæ, hoc ita ſcripſit. Et enim ita loquitur de pictore, qui ſciens tabulam

alienam, in ea pinxit, quomodo locutus est de omnibus illis, qui alienæ rei quid imponunt & adjiciunt. Scilicet ei qui sciens ex suo in alieno solo ædificavit, vel plantam imposuit suam, alieno agro, semina in alieno fundo sparsit, in aliena charta scripsit, his etiam possidentibus negavit exceptionem, pro consequendis impensis aut pretio rerum suarum, quas scientes alienum subjectum ei adjecissent. §. *ex diverso*, §. *Qua ratione* §. *Litera sup. h.t.* Eadem ratione, hic pingenti scienter in aliena tabula videtur non obscure negare exceptionem.

Atquin non conveniebat hujus casus & illorum eandem hic statuere rationem: quandoquidem illis adjunctum cedit subjecto: hic autem contra adjuncto subjectum cedit: neque quod in *f.* §. subjicit, subrepta tabula, datur actio furti, efficit ut pictori ob id non sit dominium quæsitum: siquidem in §. *si tamen*: *sup. h. t.* utcunque subreptam purpuram ipse fur junxerit, & actio furti contra eū haud dubie locum habeat, tamen dominium purpuræ amissum esse, & purpuram haberi pro extincta, respondit Justinianus: qui adeo ut dixi, parum suæ sententiæ memor fuisse, & non satis sibi convenire videtur. Aut an dicimus hanc rationem adquirendi ut tabula cedat picturæ, non esse naturalem, sed magis civilem & artificialem: & proinde in ea non obtinere, quod supra ad §. si tamen, probavimus, dominium adquiri, nō obstante mala fide & scientia rei alienæ.

Non inepte pro tuendo Justin. Wesemb. hic censet negari saltem pictori exceptionem doli, qua consequi possit precium picturæ: ceteroquin hac omissa posse eum allegare dominium, & ita vincere, oblata (quod tum omnino necessum est) tabulæ æstimatione.

Illud enim palam est.] Meminit hic subreptarum tabularum: sicut & supra in §. *si tamen* subreptæ purpuræ, quia frequenter contingit, subripi res mobiles: ceteroquin sunt casus quibus res mobilis furtiva non est, licet sit aliena. Utiq; si pictor putet esse suas, licet furtivæ sint, quas forte à fure ignorans emit, non nocebit ei vitium hoc furti, quominus procedat quod in pr. §. dicitur. Licet enim vitium furti comitetur rem, id tamen non impediet hanc specialem adquirendi rationem quam hic describit Justinianus: & quod diximus jam *ex verſic. si bona* præcise restringendum erit ad casum, quo pictor scivit tabulas esse furtivas aut alienas. Plane ut hoc addam, oportet hunc §. intelligi de pictura in specie dicta: ceteroquin si quis pingat carbone vel creta aliquid in tabula quod nullius pretii sit, & facile deleatur, procul dubio dominium tabulæ integrum manebit. De Parrhasio cuius hic mentio vid *Plin. 35. histor. nat. 9. & 10.* (ut Græculus paraphrastes ineptit.) eodē cap. & seq. de Apelle, quem suaviter Johan. Fab. putat fuisse Judæum: an forte credidit esse Apellam? Horat. *credat Iudæus Apella.*

TEXTVS.

27. Si quis à non domino, quem dominum esse crediderit, bona fide fundum emerit, vel ex donatione aliave qualibet causa, æque bona fide acceperit; naturali ratione placuit, fructus quos percepit, eius esse pro cultura & cura. Et ideo, si dominus postea supervenerit, de fructibus ab eo consumptis agere non potest. Ei vero qui alienum fundum sciens possederit, non ibidem concessum est: itaque cum fundo, etiā fructus, licet consumpti sint, cogitur restituere,

COMMENTARIVS.

1 *Causa huius adquisitionis.*
2 *Percipere fructus quid sit.*
3 *Effectus perceptionis.*
4 *Quid si ex perceptione locupletior sit factus possessor.*
5 *Fructus extantes an restituantur.*
6 *An fructus naturales adquirat bona fidei possessor.*
7 *De mala fidei possessore.*
8 *Quid si mala fides superveneriit.*

HÆc quoq; species accessionis est, quam aliqui discretam vocant. Fructus enim cedunt solo: itaque hic §. conjungendus est cum §. *Item ea* 19. 1 *sup. h.t.* Etenim fructus adquirimus, tum jure † dominii veri, de quo in *d.* §. 19. tum jure quasi dominii, quod esse videtur in eo qui bona fide possidet, & cui datur Publiciana, quæ est actio in rem de quo dicimus §. *Namque ... inf. de act.* qui nimirum putans tradentem esse dominum, ab eo ex justa causa rem accipit, quæ in *pr. huius* §. significantur. Hic hactenus & quoad effectum percipiendi aliquo modo fructus & eos faciendi suos instar domini interim, dum verus dominus non appareat, habetur, ut docent *l. bona fidei* 48. *in pr. de adq. rer. dom.*

dom. l. qui ſcit. 25. §. 1. *de uſur.* & huc præcipue pertinet, quod dicitur, bonam fidem tantum præſtare poſſidenti, quantum veritas *l. bona* 136. *de R. I* ſcilicet non omnimodo, ſed ſecundum quid. Bona fides ſcil cum titulo, cuius expreſſiſſime etiam hic meminit Juſtin. nec poteſt vera eſſe bona fides ſine titulo, quippe ſine quo non transfertur dominium: error autem juris hic nocet: Itaque omnino errat poſt gl. Ang. n. 5. & alii, qui putant etiam poſſeſſorem bonæ fidei ſine titulo fructus facere ſuos: & præſupponendus eſt titulus in *l. ſi eius* 78. *de rei vind.* quæ male adducitur; & peius *l. qui ſcit.* §. 1. *de uſur.* cum ibi tractetur de emptore. Poteſt tamen admitti illa Dd. opinio cum explicatione Portii, quod ſit titulus putativus, ex juſta cauſa & errore cauſatus, de quo *infr. tit.* 6. Et hæc omnino principalis eſt ratio huius adquiſitionis, bona fides, ut ſcilicet putet ſe eſſe dominum; quod recte putat, dum credit eum fuiſſe dominum à quo rem accepit *h.* §. *in pr.* accepit videlicet juſto titulo; hæc enim faciunt ut jus ſit uſucapiendi, de quibus plenius agemus *inf. de uſucap.* Illa autem ratio minus eſt principalis, qua hic utitur Juſtin. quod fructus faciat ſuos pro cultura & cura. Quæ ſi ſola conſideraretur, & malæ fidei poſſeſſor adquireret fructus, quod falſum eſt in *f. huius* §. ſed & bonæ fidei poſſeſſor nec extantes reſtitueret, quod itidem falſum eſt, ût mox dicemus: ſed & amplius non adquireret bonæ fidei poſſeſſor fructus, ſi alius conſeviſſet agrum ab illo bona fide poſſeſſum: quod rurſus falſum eſt, *l.* 48. *h. t.* de quo in §. *ſeq.* Tractatur autem hic de fructibus qui ex terra proveniunt, & à natura producuntur, non iis quæ occaſione rei per commercia & conventione, & quaſi artificialiter acquiruntur, & jure percipi, & civiles fructus dici ſolent, veluti penſiones, mercedes, uſuræ; *l. ſi navis* 62. *in pr. de rei vind.* vice fructuum eſſe *l. uſura* 34. *de uſuc.* & in fructu (verbo hoc proprie ſumpto) non eſſe *l. uſura* 121. *de verb. ſign.* ceteroquin in fructu numerantur *l. videamus* 19. *in f. pr. & l. prædiorum* 36. *de uſucap.* loco fructuum *l. mercedes* 29. *de petit. hered.* Et iſtorum tamen quoque ratio in iſtis judiciis habebitur per dd. textus. Sed de iſtis Juſtin. hic non agit.

Ait Juſtinianus: fructus eſſe bonæ fidei poſſeſſoris, quos percepit. Nam licet fructus pendentes ſint pars fundi, & cenſeantur ejus eſſe cujus eſt fundus, adeo & interim bonæ fidei poſſeſſoris, qui loco domini interim eſt, tamen propter hoc ipſum quia pars fundi ſunt, interim fructuum rationem hic non habent, ubi fructus ut ſeparatos conſideramus, & quale habeat jus in iis poſſeſſor: præcipue quod hæc quæſtio tractatur in terminis, in quibus poſt dominus ante impletam uſucapionem vindicat & evincit fundum; quo caſu utiq; una cum fundo iſti fructus adhuc pendentes reſtituuntur. Et ita JCtus in *d. l. bona* 48. *in pr. h. t.* ait bonæ fidei poſſeſſorem facere fructus ſuos percipiendo: & in *d. l.* 25. §. 1. *de uſur.* hoc unicum tra-

2 ctatur, an bonæ fidei emptor fructus † perceptos ſuos faciat. Ubi contradicere ſibi videtur JCtus *in d. l.* 48. qui cum in pr. dicat, percipiendo fructus ſuos facere poſſeſſorem, ſtatim ſubiicit, fructus fieri bonæ fidei emptoris antequam eos percipiat. Ad quæ componenda & intelligendo diſtinguenda eſt homonymia in verbo, *percipere.* Et nimirum dupliciter dicuntur percipi fructus 1. ſimplici ſeparatione à ſubjecto, veluti ſi ſegetes demeſſæ aut poma pirave de arboribus dejecta fuerint. 2. ulteriori aliquo facto, veluti avectione & collectione in horreum, vel expreſſione vini aut olei ex uvis vel olivis. Ita in *l. ſi eius* 78. *de rei vind.* fructus dicuntur percepti, ſi cœpti ſint percipi: quæ rurſus verba citra iſtam explicationem implicarent contradictionem: neque enim poſſit dici perceptum, quod cœptum eſt percipi, ſed mox ibidem additur, percipi cœptos dici fructus, ſi terra ſe continere deſierint, licet nondum collecti, & nec dum vinum vel oleum factum ſit: quo ſenſu aliquando percipi dicuntur fructus, in alio genere poſſeſſoris, aut qui jus adquirendi fructus habet, de quo aliqua dicemus § ſeq. Et poſteriori ſenſu perceptionis emphatice dicuntur fructus coacti, ut notat per *d. l.* 78. *Cuiac.* 1. *obſ.* 39. ubi tamen non recte negare videtur, quod ſic quoque dicuntur percepti fructus. Ita percepti fructus pro coactis ſumuntur in *l. qui ſcit.* 25. §. 1. *inf. de uſuris l. ſi fructuarius* 13. *in f. Quib. mod. uſusfruct amitt.*

3 Et igitur bonæ fidei † poſſeſſor fructus ſuos facit percipiendo, & hoc modo eorum dominus efficitur. Cuius in eo potiſſimum effectus eſt, ut quod cuivis domino jus competit, idem & habeat bonæ fidei poſſeſſor; nimirum ut pro libitu ſuo fructibus uti, eos diſtrahere & alias pro utilitate & neceſſitate familiæ conſumere poſſit. Cuius rei hic porro effectus eſt, ut ſi poſtea dominus evincat fundum, poſſeſſor ei ob fructus conſumptos non tenetur: ut hoc § ſcribit Juſtinianus, & in §. *etſi* 2. *inf. de offi. iud.* facit *l. Neſen.* 41. §. 1. *de re iud.* Et hoc eſt, quod dicitur in *l.* 4. §. 2. *fi. reg.* bonæ fidei poſſeſſo-

rem fructus *lucrari*, quos ante litem cont. percepit 4 & † conſumpſit. Vbi tamen limitationem quidam addunt, *niſi factus ſit locupletior*, & plus lucri fecerit ex iis quam in culturam & curam fundi impendit: tum *arg. huius* § quo fructus dicuntur fieri bonæ fidei poſſeſſoris pro cultura & cura: tum per *l. ſed & ſi* 25. §. *conſuluit*. 11. *de pet. hered. imm. l.* 1. *C. eod.* Sed nec verba §. noſtri captanda ſunt, quæ cauſam iſtius adquiſitionis innuunt, minime autem efficiunt, quod tantum uſq; ad quantitatem impenſarum lucretur poſſeſſor conſumptos fructus: cum textus non diſtinguant; & evidenti argumento eſt, quod fructus etiam extantes hactenus retinere poteſt poſſeſſor, ut inde impenſas conſequatur. Et ſpecialis ratio eſt judicii univerſalis petitionis hereditatis, non tantum quod ille habet titulum lucrativum, ſed & magis, quod alias mitius cum hoc poſſeſſore agitur, nec quidquam reſtituere tenetur, ſi hereditatem ſine dolo fecit minorem *d. l.* 25. § 11. proinde rurſus vice verſa debet præſtare, quidquid ex hereditate lucri conſecutus eſt, & ſatis habere ſi nullum ſentiat damnum. Cui accedit, quod fructus hæreditatem augent, eoque jure actionis univerſalis non minus atque ipſa corpora hereditaria veniunt *l.* 1 & 2. *C. de petit. hered.* Plane ſi forte poſſeſſor bonæ fidei, præſertim paulo ante moram controverſiam, majorem copiam frumenti aut vim diſtraxerit, & magnam exinde ſummam pecuniæ redegerit, conceſſerim facile, judicem hujus rei poſſe & debere habere rationem. Et igitur ut ad prius illud redeamus, quod diximus ex §. noſtro & probavimus, poſſeſſor lucratur fructus conſumptos; & ita illos plene & cum effectu, ne de iis teneatur, ſuos facit: quo ſenſu bonæ fidei poſſeſſor, dicitur fructus conſumptos ſuos facere, *l.* 4. §. *Iana* 19. *de uſucap. l. quæſitum* 40. *in f. de adq. rer. dom* ex quibus minime colligi debet; quod ante conſumptionem non itidem proprio ſenſu ſuos eos facere dicatur. Sequitur autem ex his per argumentum, quod vocant, à contrario ſenſu, ſi 5 adhuc exſtent fructus, eos eſſe † domino una cum fundo evicto reſtituendos. Id enim efficit, quod eſt in *d. l.* 4. §. 1 *fin. regund.* lucrari poſſeſſorem fructus, ſi eos conſumpſerit, quod ſcriptum etiam eſt expreſſe in *l. certi* 2. *C. de rei vind.* quod bonæ fidei poſſeſſor reſtituat fructus exſtantes. Et ſententia iſta omnium pene Interpp. communis eſt, à qua fere unicus diſceſſit ſed pravo judicio *Donell.* 4. *comm.* 25. ubi duplici utitur argumento 1. quod iniquum ſit fructus eos reſtitui, qui opera & induſtria poſſeſſoris bonæ fidei provenerunt. 2. quod non ſit auferendum, neque poſſit auferri quod ſemel alicujus factum eſt. Atquin fructus, poſſeſſoris, antequam eos conſumpſit, & ſola perceptione, ut paulo ante diximus, & quidem quod magis eſt, dicuntur fieri pleno jure, *l. in pecudum* 28. *de uſuris.* ſed ad iſta non eſt reſponſio difficilis. Et videlicet dominii adquiſitio duplex eſt, alia perpetua & citra domini ipſius factum irrevocabili jure: alia non perpetua, ſed ex cauſa aliqua ſuperveniente, quo cauſam dominii tollit, revocabilis.

Ita maritus habet dominium dotis, ſed revocabile, ſoluto matrimonio, de quo dicemus *infra quib. alien. non licet, in princ.* In noſtris terminis cauſa dominii & adquiſitionis fructuum eſt jus bonæ fidei, quod dominio æquiparatur, quamdiu de vero domino non conſtat, & quo adeo ſuperveniente, ac rem ſuam evincente, ceſſante illa, quam dixi, cauſa, cum, ipſa re fructus tamquam acceſſiones fundi quivis poſſeſſor cogitur reſtituere: quandoquidem, ratio quæ hoc §. adducitur, culturæ & curæ, non poteſt ſublato jure, quod in ſolo habebat antea poſſeſſor, ſola defendere poſſeſſorem, ut retinet fructus: ſed ad hoc tantum proficit, ut dominus aut precium eorum quæ impenſa ſunt, præſtare teneatur, aut pati, ut fructus cum ſumptibus proportionaliter compenſentur, & ſcilicet pro illis fructuum partem poſſeſſor bonæ fidei retinere poſſit, *l. ſi à domino* 36. §. *ultim. de petit. hered.* & ita tollitur iniquitas in primo argumento adducta: idque eſt quod Juriſconſultus ſignificat in *d. l. bona* 48. *in pr. de rei vindicat.* bonæ fidei poſſeſſorem fructus ſuos facere interim, dum ſcil. res evincitur. Nec dicere quis poſſit fruſtra id conſtitutum, ut fructus percipiendo faceret ſuos bonæ fidei poſſeſſor, ſiquidem eos extantes reſtituere cogatur: Etenim tum ratio bonæ fidei hoc facit, tum iſte effectus inſignis eſt, quod habet jus conſumendi & fructus conſumptos lucratur. Quod ſi ejus percipiendo facti non eſſent, conſumptorum æſtimationem reſtituere & præſtare teneretur. Porro amplius ad *d. l.* 28. *de uſur.* quam præcipue urget Donell. quod ibi dicuntur fructus fieri poſſeſſoris bonæ fidei pleno jure: hæc quoque reſponſio eſt quod inde non ſequitur, eos extante non reſtitui; neque enim plenitudo illa infertjus irrevocabile, ſed quod interim verus & plenus ſit dominus, proprietate & uſufructu. Tum inſuper & hoc reſpondetur, quod

by Google

quod ibi ſit oppoſitio fructuum ad partum ancillæ : illi ſtatim fiunt poſſeſſoris , vel quicunque tandem jus fruendi habet : ſed partus qui non eſt in fructu , uſucapione demum adquiritur , de quo in § *impecudum infra hoc titul.* Et omnino inepta eſt reſponſio Donell. ad *d. l. 22. de rei vindic.* quod fructus extantes ibi ſignificent pendentes: de his enim non ut fructibus , ſed ut parte fundi tractatur: nec hoc reſtituere dicitur poſſeſſor. Unum ſupereſt an hæc , quæ diximus hactenus de bonæ † fidei poſſeſſore , obtineant in quibuſcunque & omnibus fructibus , qui naſcuntur in fundo. Communiſſime fructus diſtinguuntur in naturales & induſtriales , quam diſtinctionem Interpp. noſtri ſumpſerunt ex *l. fructus 45. de uſuris.* ſed ea diſtinctio non habet accurate oppoſita membra. Etenim induſtriales non dicuntur, quaſi ſola induſtria homines ea producat , quod fieri non poteſt , ſed quod niſi factum hominis accedat , fructus iſtos natura vel omnino non, vel vix & parciſſime producere poſſit : cuiuſmodi ſunt ſegetes, uvæ, &c. quin & amplius, quo ad hanc tractationem pro induſtrialib. habentur, qui naſcuntur ex animalibus, in quæ cum aliqua impendenda & quotidianus ſumptus pro alimentis eorum faciendus eſt: qualia ſunt, vaccæ, oves, capræ, itaque hactenus vituli , agni &c. inter fructus induſtriales referuntur , *d. l. in pecudum 28. de uſuris.* Horum oppoſitione naturales dicuntur , in quibus natura omnino potiſſimas partes habet , ita ut vel nullo vel plane exiguo aut ſumptu aut cura opus ſit, veluti ſunt ligna, poma vel pyra, *d. l. fructus 45. de uſuris.* & obſervandum eſt, quod notant *Cyn. in l. certi 22. Cod. de rei vindicat. n. 2. & Bart. in l. & ex 35. D. eod.* aliquando judicem arbitrari oportere an fructus ſint habendi naturales an induſtriales. Eodem referri ſolent prata *argum. l praium 31. de verb. ſignif.* Bene autem limitat id Weſemb. ut ea poma pertineant ad fructus induſtriales , quæ ex arboribus quas ipſe poſſeſſor inſevit & plantavit , & utiq; primum nata ſunt: ubi etiam recte cum Dd. monet, hanc diſtinctionem ſumptam eſſe à potiori, vel potius (nam & imo in induſtrialibus ita dictis plus ſuo ſenſu operatur natura) comparative tantum ita fructus diſtinguuntur. De naturalibus quæritur , an pariter eos percipiendo ſuos faciat poſſeſſor : quod ſane diſerte negat JCtus *d. l. 45.* & ait , fructus hos non fieri bonæ fidei poſſeſſoris, quia non ex facto ejus naſcantur: id eſt , quia licet nec ſumptum faciat, nec quidquam ſerat, aut aliud agat, iſti tamen fructus proveniant. Et hæc eſt communiſſima omnium Dd. ſententia, quæ omnino probatur ex *d. l. 45.* quæ ſine cavillatione aliter intelligi & explicari non poteſt. Plerique recentiorum in contrariam ſententiam abierunt, quorum interpretationes & emendationes ad *d. l. 45.* referre operæ pretium non eſt , & id nimis longum foret: & ipſa ingens explicationum diverſitas facit , ut eorum opinionem falſam exiſtimem: videat cuilibet , *VVeſembec. hic Vult. 1 diſcept. ſchol. 20. Ant. Fab 4. conj. 17. Govean. 2. var. lect. 15. Alb. Gent. 4. lect. 19. Pacium ad l. 2 C. de condict. ex leg.* Doctorum ſententia communis , & ſimplex eſt, & firmatur quoque ex hoc textu , in quo ſimul hanc rationem adquiſitionis reddit Juſt. *pro cultura & cura.* qua omnino negata ceſſabit etiam adquiſitio ipſa. Ex quo porro infero , cum qui dominus non eſt , jus conſumendi rem non habeat, etiam bonæ fidei poſſeſſorem, hos fructus naturales, jure ſuo conſumere non poſſe : & proinde ſi conſumpſerit, ad eorum æſtimationem teneri : & propterea qui textus conſumptos dicunt cedere lucro poſſeſſoris bonæ fidei , ad eos fructus pertinere qui fiunt poſſeſſoris , & nempe induſtriales, cujuſmodi habentur plerique fructus. Ex Doctoribus, etiam qui naturales negant adquiri bonæ fidei poſſeſſori , tamen plerique eorum conſumptorum nomine teneri eum negant: ita n. *gl. & Dd. communiter in d. l. & ex 35. h. t. l. 22. C. eod.* & poſſet dici, licet dominus non fuerit , tamen quia opinione domini eos conſumpſit, ſaltem exceptione tuendum eſſe. Sed ſane nõ ſatis eſt , opinione domini conſumpſiſſe , ut propterea domino vero quis non teneatur: itaq; nec movet ratio *Sal. in d. l. 22. n. 3* quod poſſeſſor eos neq; culpa neq; dolo poſſidere deſierit: quoniam aliud eſt amiſiſſe poſſeſſionem hoc modo ſimpliciter, quo caſu ceſſat actio: aliud conſumſiſſe & in utilitatem ſuam convertiſſe : quo caſu utiq; etiam ceſſabit vindicatio , ſed condictio competet. Et præcipue me in hanc opinionem impelli, quod ſi fructus naturales conſumptos , lucro poſſeſſoris bonæ fidei cedere dicimus , nulla erit, inter induſtriales & naturales realis differentia, quippe etiã induſtriales extantes ſunt reſtituendi: Illa enim tantũ in verbis non in effectu poſita eſt, & in ſolo genere agendi , quæ aſſertur à *Cyn. in d. l. 22. & gl in d. l. 35. de rei vindic.* qui dicit pro naturalibus fructibus extantibus dominus etiam ſecundum habeat vindicationẽ : ſed induſtriales reſtituuntur una cum re ipſa tamquam acceſſiones , officio judicis, aut ſi factum non ſit , ſuperſit ſaltem condictio: Nihil autem intereſt poſſeſſoris an realiter aperio-

by Google

petit. her. ubi apertiſſimum eſt de officio judicis, quod Dd. vocant mercenarium, agi, & quod ſubſervit actioni ordinariæ, ita ut poſſeſſor conventus omiſſa etiam exceptione petere poſſit, ut impenſæ ſibi præſtentur. Quod attinet ad l. 7. de ann. leg. præterquam, quod iſta clauſula in ſi L. videtur eſſe addita à Tribo. utique intra eum caſum id reſtringendum eſt, quod nimis abſurde ad quoſvis caſus, quibus actio negatur, porrigeretur.

Poſſit tamen ex æquitate ſententia Cuj. & Hottom. admitti eo caſu quo ipſe ædificans reſtituit ædificium omiſſa exceptione, quam cum opponere poſſet, ſi per errorem eam omiſerit, videri poſſit aliquid contractum vel actum cum domino, & plus debito reſtitutum; quæ ratio poteſt parere condictionem indebiti; utique ſi bona fide impoſitum ædificium fuerit; Ceteroquin vix poſſit condictioni eſſe locus, utique ſi ſequimur ſententiam h. §. qui etiam exceptionem negat ei, qui ſciens in ſolo alieno ædificavit. Et hic nimirum alter ſupereſt tractandus caſus, quoqui ædificavit, eſt in poſſeſſione. Et Juſt. hoc loco, ut dixi, tantum ei, qui bona fide ædificavit exceptionem doli concedit contra dominum ſoli, vendicationem quæ etiam proponitur *ita l. 5. ſumpt. 48. de rei vind. l. ſdq; 45. §. 1. de act. emt. l. ſin a. 27. §. ult. de rei vind.* quippe dolo malo facit, qui ædificium ſimul petit, & recuſat præſtare impenſas, atque ita ex alterius jactura captat & quærit lucrum. Qua exceptione ſi utatur qui mala fide poſſidet, replicationi locus eſt, quod temere in alieno ſolo, ſciens ædificium poſuerit. Et hoc quidem ex ſententia Juſtin. hoc §. *& l. 7. §. ex diverſo 12. D. eodem iunct. l. 5. C. de ædif. priv.* ubi dicitur impenſas, quas quis improbe fecit, reſtituendas non eſſe: *& in d. l. 17. §. ult.* requiritur, ut impenſæ ſint factæ per errorem. Quæ ſummi juris ratio eſt, cui videtur repugnare æquitas, quæ proponitur *in l. plane 38. de petit. hared* ubi JCtus etiam in prædonis perſona vult haberi rationem expenſarum, utilium quoque, ut earum pretium conſequatur, ne petitor ex aliena jactura ſentiat lucrum; quamvis Dd. communiter ſpeciale eſſe putent in judicio univerſali petitionis hereditatis, & in hac mitius agi cum poſſeſſore, quam in ſingulari judicio vindicationis; de quo plenius hic agendi locus non eſt. Prorſus utcunque poſſeſſori malæ fidei dominus impenſas ſolvere non cogatur, tamen cogetur pati, ut poſſeſſor tollat quæ poſuit juxta *l. Iulianus 37. de rei vendicat.* qui tamen textus loquitur de eo, qui initio habuit bonam fidem, adeoque fuit in conditione uſucapiendi, ceteroquin nec hoc permittendum videtur, cum id ei tantum concedi videatur, qui per errorem impenſas fecit *l. non autem 27. §. ult. de rei vind.* quod tamen ita ut ſtatim dico limitandum erit; aut ad eum caſum referendum, quo domino tales impenſæ vix utiles ſunt, aut non multum. Plane quibus caſibus eo venitur, ut poſſeſſor tantum habeat jus tollendi, puto verius eſſe, ut petitor offerre poſſit, quantum ex rebus ſublatis conſequi ille poſſit, quamvis alii hac ratione non inſubtiliter contradicant, quod petitor offerendo æſtimationem hoc ipſo oſtendat & ſe eſſe ſolvendo, & quaſi ſic approbet factas impenſas. Sed contra dicam eum non ob id æſtimare eas quanti ſunt, ſed quanti pro iis alias poſſeſſor conſequi poſſit. Plane multa hac in re permittuntur officio & arbitrio judicis, ita ut aliquando res bonæ fidei poſſeſſor conſequatur omnimodo æſtimationem expenſarum, ſi forte dominus petitor ita ſit tenuis, ut eam ſolvere non poſſit, nec tamen fundo v. c. avito carere, nec eum vendere debeat; quo caſu non niſi jus tollendi ædificii permittitur poſſeſſori, ut tractat JCtus *in l. in fundo 38. de rei vindicat.* ubi & aliæ circumſtantiæ; ſi dominus ipſe facturus fuiſſet, ſi tanto majoris ſit fundum diſtracturus *d. l. 38. & l. niſi 29. de rei vind. iunct. l. quod ſi 10. de impenſ. in res dot.* Et ita inutilib. impenſis, quales ſunt, de quibus hoc §. agitur. Nam neceſſarias omnino cogitur præſtare dominus etiam malæ fidei poſſeſſori *d. l. 5. C. de rei vind.* Improbe enim facit, qui rem petit, & recuſat impenſas ſolvere, quæ ſi factæ non fuiſſent, res peritura, & ita omne jus petendi ſublatum fuiſſet. Sed iſte non eſt noſter caſus. Et hæc ad explicationem huius §. Plenior enim tractatio de impenſis, huius loci non eſt. Porro cum iſta acquiſitio ædificii fundetur in jure acceſſionis, quod adjunctum cedat ſubjecto, ſine quo eſſe non poteſt, conſequens eſt, ut prædicta non procedant in ædificio mobili, *l. Titius 60. de adq. rer. dom.*

TEXTUS.

24. Si Titius alienam plantam in ſolo ſuo poſuerit, ipſius erit: & ex diverſo ſi Titius ſuam plantam in Mævii ſolo poſuerit, Mævii planta erit: ſi modo utroq; caſu egerit radices: ante enim quam radices egerit, eius permanet, cuius fuerat. Adeo autem ex eo tempore, quo radices egerit planta, proprietas eius commutatur, ut ſi arbor vici-

vicini ita terram Titii presserit, ut in fundum eius radices egerit, Titii effici arborem dicamus: ratio enim non permitit, ut alterius arbor esse intelligatur, quam in cuius fundum radices egerit. Et ideo prope confinium arbor posita, si etiam in vicini fundum radices egerit, communis fit. Qua ratione autem plantæ, quæ terræ coalescunt, solo cedunt, eadem ratione frumenta quoq; quæ sata sunt solo cedere intelliguntur. Cæterum sicut is, qui ædificavit in alieno solo, si ab eo dominus petat ædificium, defendi potest, per exceptionem doli mali, secundum ea quæ diximus: ita eiusdem exceptionis auxilio tutus esse potest is, qui alienum fundum sua impensa bona fide consevit.

COMMENTARIVS.

1. *Causa huius adquisitionis.*
2. *Obiectionum remotio.*

QUod imponitur solo, ei cedit, nimirum si ei ita cohæreat, ut sine eo esse non possit, ex quo ædificium mobile non cedit solo *l. 60. h.t.* oportet enim rem vere conjunctam esse solo. Hinc etiam

1 est, quod planta † in solo posita ita demum cedit agro, si radices in agrum egerit; quo demum facto conjungitur solo, & ei unitur: ante autem manet prioris domini *h. § inprinc.* Radicibus nimirum actis inducitur, conditio, juxta *vers. quarationc*, ubi Justin. ait plantas coalescentes, (per radicum actionem,) cedere solæ: eoque hæc adquisitionis ratio pertinet quodammodo ad casum quem tractavimus ad §. *præterea* 20. *vers. quod si vis supr. h.t.* Præterquam quod ibi natura omnimodo & sola operatur; hic autem præcedit factum hominis, arborem in agro ponentis: operatur tamen dominii adjectionem natura, immediate, per coalitionem plantæ cum fundo: de cujusmodi arboribus loquitur ICtus *in l. Quintus* 40. *de act. empt. inf.* arbores quæ fundo continentur, non esse separatum corpus à fundo. Hunc collationis effectum, & quod ea facta dominus is fiat cujus est solum, confirmat Justinian. in *vers. adeo autem.* Quod etiam arbor quæ mea est, non mutato loco, tota mea esse desinat, si in vicini fundum egerit radices: item & porro ex eadem ratione, quod pro parte mea esse desinat & fiat communis, si radices pro parte immiserit in vicinum fundum quoniam, ut inquit, ratio non patitur, ut alterius sit arbor, quam cuius in fundum radices egerit, siquidem radicum immissio facit coalitionem arboris cum eo fundo, in quo sunt radices; & quia per radices alitur arbor, adeoque eum fundum sequitur arbor ex quo alimentum capit & succum, citra quem vivere non posset, sed exaresceret; ex quo respondet Jurisconsultus in *l. sed si 26. §. arbor 2. h.t.* alia terræ alimento

2 censeri ipsam arborem † aliam factam. Verum huic sententiæ Justinian. in *h.§. vers. adeo* duo juris loca objiciuntur, unus ex *l. ultim. in princ. quod vi aut clam.* juxta quam radices magis pro accessionibus haberi videntur. Alter, & qui fortius obstat ex *leg. si plures 6 § 2. arbor. furt. cæs.* & quidem dupliciter. Nam 1. ait Jurisconsultus si arbor mea in vicini fundum radices egerit, cum posse & debere agere, hoc non esse ejus, sicut non licet projectum, aut immissum habere, 2. in fin. §. ait, licet arbor alatur radicibus ex fundo vicini, tamen ejus esse, in cujus fundo origo ejus fuit. Equidem in *dict. leg. ultim. quod vi aut clam.* agitur de vite quæ in alienum fundum delapsa ibi coaluit; hanc esse ejus in cujus fundo coaluit, respondet ibi Jurisconsultus convenienter ei quod hoc §. traditur, & videatur radices ibi abusive dici, quæ antea radices fuerunt, cum necdum vitis in alieno fundo coaluisset, & quæ propterea ea jam revera amplius pro radicibus non sunt habendæ, sed cedunt viti, quæ alibi coaluit. Prius quoque illud, quod objicitur ex *l. 6. §. f. Arb. furt. cæs.* non valde movet; potest enim quis nolle ut radices arboris in fundum ejus agantur, ex quibus plus damni sit sensurus, quam utilitatis, utcunque arbor fieret communis: & cum alter se pro domino arboris gessit, merito contra eum ita agi potest, quo etiam pertinet *lex 1. Cod. de interd.* alterum difficilius est, & putat Hottomannus *1. observ. 4. & 5. obs. 12.* pugnantes super hac re jurisconsultorum sententias fuisse. Verum Wesemb. putat hunc locum accipiendum non de arbore aliqua veteri, sed nova, & quæ non tantum radices habet in fundo vicino, sed etiam in eodem eminet supra terram, si nimirum vicini planta deflexa ramis ita premat Titii solum, ut ibi radices agat, & novam sobolem producat: sed ista interpretatio plane commentitia est, & à verbis & mente Justiniani & Jurisconsulti in *l. 7. § ult. cum leg. seq. h.t.* alienissima. Ait Justinianus

Digitized by Google

proprietatem arboris commutari, & in hanc rem adducit exemplum, ſi arbor in Titii vicini fundum radices egerit; tum plane repugnat quod ſequitur, de arbore, quæ partem radicum immiſit, quod ea fiat communis, cum ante eſſet unius tota; & nimis improbabile eſt, quod Weſembec fingit fieri, vel eſſe arborem communem propter poſituram: Ita enim ab initio fuiſſet communis, non poſtea demum fieret, quoniam poſitura arboris non mutatur: & non ait Juſtinian. arborem in confinio poſitam, ſed prope confinium: ita ut pro parte radicis in vicinum fundum agere poſſit. Tum amplius diſſertiſſime rationem dominii arboris ſumit à radicibus, & negat alterius poſſe eſſe arborem, quam in cujus fundo egit radices: ut non intelligam, qua fronte Weſemb ſcribat, radices ſub terra nihil momenti conferre, ad jus dominii diſcernendum aut conferendum, & hinc non capio etiam quomodo Cui. diſtinguat inter arborem in fine poſitam, & non in fine. Utique enim ſi arbor mittere poteſt radicem in fundum alterius, oportet ut ſit in confinio poſita, & cum Juſtinian. per immiſſionem radicum arborem dicat fieri communem, oportet ante eam unius totam fuiſſe propriam. Accurſius inter alia, fingit, in ſpecie *dict. leg. 6. arbor. furt. caſ.* arborem ſatis ex primo adhuc fundo vivere potuiſſe, non autem hic: quod plane divinatorium eſt: & idem in *dict. leg. 6.* diſtinguit inter rigorem & æquitatem, inter adquiſitionem ex ratione juris gentium & juris civilis: vel quod in *d. l. 6.* tantum minorem partem radicum immiſerit in fundum vicini, quæ non adeo inepte dicuntur. Poſſunt & radices in fundo manere, ut tamen ex fundo vicino ſuccum & alimentum trahant. Sane aliquando obſcurius dicitur in *dict. leg. 16.* arborem ali radicibus vicini; quod non idem eſt cum eo, quod arbor radices ſuas in fundo vicini habet: & tamen difficile eſt dicere, arborem ali radicibus alienis, ſed de iſto ſatis; illud autem facile obtineri poteſt, in ſpecie *dict. leg. 6.* non omnino arborem totum alimentum hauſiſſe ex fundo vicini. Sed videndum, quomodo fieri poſſit, ut arbor vetus, omnes omnino radices in vicini fundum projiciat; hoc enim affirmat Juſtinian. eo ipſo dum per radicum immiſſionem arborem quæ antea erat vicini, totum alterius effici non obſcure ait: hoc ipſo etiam, quod eum caſum alteri opponit, quo ex parte immiſſis radicibus, arbor fit communis. Weſembecius id impoſſibile eſſe ait: Hortulani hic conſulendi eſſent; & forte accidere poſſit, ut veteribus radicibus exareſcentibus vel putreſcentibus, radices arbor novas projiciat in vicini fundum, ex quibus ſolis alatur. Sed interim dicam Juſtiniani dictum accipiendum eſſe ex hypotheſi, ſiquidem id aliquando contingere poſſit, (non crediderim autem eſſe penitus impoſſibile) tum proprietatem arboris mutatam. Quod ſi hoc fieri non poſſit, dicâ Juſtinian. hoc ſaltem velle, ut pro parte adquiratur vicino: & hoc illuſtrare mox exemplo arboris in confinio poſitæ. Atque hæc hactenus. Ait Juſtinian. ſi Titus alienam plantam in ſuo ſolo poſuerit, ipſius eſſe, poſtquam coaluit, ſed an & quæ actio dabitur domino plantæ priori? Diximus ſupra actionem competere in factum *arg. l. 23. §. 3. de rei vind.* aut etiam utilem in rem actionē ex *l. 5. §. 3. de rei vindicat.* Neque enim facto alterius ita res mea mihi auferri poteſt, ut nec precium ejus perſequi poſſim. Sed quid ſi plantam meam in ſolo alieno poſuerim? Et ſcilicet hic ea obtinent, quæ in præced. diximus de eo, qui ex ſua materia in alieno ædificavit; & colligitur ex fin huius textus, ubi Juſtinian. eum qui agrum alienum conſevit, conferre hactenus cum eo, qui ædificiū poſuit in alieno; eadem autem ratio hic eſt ſeminum ſparſorum in alienum agrum, & plantarum poſitarum in alieno fundo, quod innuit Juſtinian. in *verſ. qua ratione.* Sed hactenus iſta comparantur, non omnimodo; nam ut eſt in *§. cum in ſuo ſolo ſupr. h. t.* materia diruto ædificio recte vindicatur à priori domino, qui nec interim omnino ejus dominus eſſe deſiit, at planta poſt coalitionem fit plane alterius, nec in eo habet locum duplex conſideratio, de qua diximus in *dict. §.* & nec radicitus quidem eruta à priſtino domino poteſt vindicari, quoniam per novum alimentum alia cenſetur effecta *l. ſed ſi 26. §. arbor. 2. h. t.* qui ipſe locus oſtendit, quantum JCti tribuerint alimentationi arboris per radices.

Frumenta quoque quæ ſata ſunt.] Verba, *Quæ ſata ſunt*, faciunt demonſtrationem, non limitationem, quaſi quædam frumenta non ſata ad hanc tractationem pertinerent, uti hæc verba carpit Hottomannus: & proinde vult legi, *frumenta, & quæcunque ſata ſunt*: quod minime neceſſarium eſt.

TEXTVS.

25. Literæ quoque licet aureæ ſint, perinde chartis membraniſque cedunt, ac ſolo cedere

cedere ſolent ea, quæ inædificantur, aut inſeruntur: idcoque ſi in chartis membranisve tuis carmen vel hiſtoriam, vel orationem, ſcripſerit Titius, non Titius hujus corporis, ſed tu dominus eſſe videris. Sed ſi à Titio petas duos libros, tuaſve membranas, nec impenſas ſcripturæ ſolvere paratus ſis, poterit ſe Titius defendere per exceptionem doli mali, utique ſi earum chartarum membranarumve poſſeſſionem bona fide nactus eſt.

COMMENTARIVS.

PErſequitur eandem tractationem de adquiſitione per acceſſionem, quæ fit facto hominis. Et habet iſta ſpecies idem fundamentum quod adjunctum cedat ſubjecto *l.* 23. §. *de rei vindic.* utcunque quod adjectum eſt, ſit pretioſius; unde purpuram etiam pretioſiorem veſtimento cedere dictum eſt, in §. *ſi tamen* 27. *h. t. & h.* §. ſi quid ſcriptum ſit aureis literis cedit chartæ membranæve: & ut plurimum ædificium preciqſius eſt area & ſolo cui cedit & accedit. Et hoc de chartis ita quoque ſcribit Paulus in *d. l.* 23. §. 3. *& in l.* 3. §. *pen. ad exhib.* quod in charta mea ſcriptum eſt, meum eſt.

Sed contra iſtam rationem adquirendi diſputat Hottom. hic: abſurdum eſſe dicens, ut hic modus & ſcriptura comparetur cum ædificatione, cum charta utendo quodammodo pereat & conſumatur: abſurdum eſſe, ut ſi quis rariſſimum forte librum ſcripſerit in aliena charta, ut ille ſit domini chartæ, ſi quis vir doctus meditationes ſuas ſcripſerit in charta aliena, quas plurimi ejus interſit, ne communicentur aliis, ut dominus chartæ eas vindicare poſſit. Sed ſane verum non eſt, quod charta hoc modo pereat & conſumatur: & ſingularia exempla non poſſunt facere ut in univerſum aliud jus ſtatuatur; ſed in his terminis & ſimilibus adhibebit æquitatem judex, & aliquando ſcriptorem poſſeſſorem chartæ abſolvit, ſi pretium chartæ, vel aliam æque bonam præſtiterit.

Sed ſi à Titio petas.] qui hoc modo dominus fit jure ſuo chartam membranamve cum ſcriptura, & ſcil. chartam ſcriptam petit: ſicut ſundum cum ædificio, aut ſeminibus petit, in cujus ſolo ædificatum, aut ſemen ſparſum eſt. Quod de utroque caſu dixit Juſtinian. in §. *ex diverſo & in §. præced.* quod poſſeſſor poſita exceptione doli conſequatur impenſas; idem in terminis iſtis, in fi. hujus §. proponit. Sed quid ſi ſcriptor non poſſideat chartam? Et ſi caſuum iſtorum bona comparatio eſt, non habebit actionem per dicta ſup. ad §. *ex diverſo.* Et tamen fortaſſis exceptio hic admittenda erit, & in illis caſibus quos paulo ante ex Hottom. propoſuimus, argum. *l.* 3. §. *pen. ad exhib.* Scribit ibi Juriſconſultus, cum ſervus meus rationes uxoris meæ in charta aliena ſcripſiſſet, quas dominus chartæ poſſidet, non eſſe vindicationem, quia non ſum dominus: non etiam actionem ad exhibendam, quoniam ſcilicet, ſcriptura à charta ſeparari non poteſt: ſed tamen propter intereſſe meum eſſe actionem in factum. Ad hunc modum defendam, ſi quis poſſideat chartam ſuam, in qua ego commentarios & meditationes meas ſcripſeram, competere mihi actionem in factum: cujus actionis hic procul dubio effectus erit, ut chartæ æſtimatione à me ſoluta, ea mihi cum ſcriptura reſtituatur, quod ipſiſſima dictat æquitatis ratio.

TEXTVS.

26 Si quis in aliena tabula pinxerit, quidam putant, tabulam picturæ cedere, aliis videtur, picturam, qualiſcunque ſit, tabulæ cedere. Sed nobis videtur melius eſſe, tabulam picturæ cedere. Ridiculum eſt enim, picturam Appellis vel Parrhaſii, in acceſſionem viliſſimæ tabulæ cedere. Vnde ſi à domino tabulæ, imaginem poſſidente, is qui pinxit eam petat, nec ſolvat precium tabulæ, poterit per exceptionem doli mali ſubmoveri. At ſi qui pinxit, eam poſſideat, conſequens eſt, ut domino tabulæ utilis actio adverſus eum detur: quo caſu, ſi non ſolvat impenſam picturæ, poterit per exceptionem doli mali repelli: utique ſi bona fide poſſeſſor fuerit ille, qui impoſuit picturam. Illud enim palam eſt, quod ſive is qui pinxit, tabulas ſubripuit, ſive alius, competit domino tabularum furti actio.

COMMENTARIVS.

1 *Ratio hujus adquiſitionis.*

2 *Pictura & pictoria dignitas.*

3 *De*

Digitized by Google

3 *De actione utili qua competat domino tabulæ.*

4 *Quid si sciens pinxerit.*

1 QUæritur de ratione † exceptionis, cur cum cetera cedunt subjecto, diversum hic & in *l.* 9. §. 2. *h. t.* receptum sit in pictura, ut huic tabula cedat. Videtur Justinianus rationem sumere à pretio picturæ, quam ridiculum sit cedere vilissimæ tabulæ. At enim literæ aureæ pretiosiores sunt vilissima charta; purpura sæpe prætiosior est vestimento, & ædificium ut plurimum longe pretiosius est arca. An dicimus majorem tamen esse distantiam pretii in pictura, quam in jam relatis? Idque hinc firmatur, quod Justinianus meminit picturæ insignium artificum Parrhasii & Apellis, quorum picturæ infinitis partibus superant pretium tabularum. Verum non sat rationis est ob casus singulares mutarijus regulare; Ceteroquin commentarii quoque in charta scripti sæpe longissimo intervallo superant pretium chartarum. Et quid si igitur sequioris notæ pictor imposuerit imaginem tabulæ, an tum aliud statuimus? Hoc sane non convenit, quia exempli tantum loco istorum pictorum meminit Justinian. Itaque inepte Porc. hic requirit, ut pictura sit nobilissima, tabula vilissima. Falso à precio rei sumit rationem adquirendi. Et inepte respondet ad textum in §. *si tamen purpuram*: quod purpura sit accessio: pictor autem imponat imaginem, non ut cedat tabulæ, sed ut pictura habeat locum principalis: quasi vero ab animo adjicientis, aut imponentis penderet ratio adquirendi dominii. Itaque, ut dixi, Justinianus saltem exempli causa meminit horum pictorum, Ceteroquin ratio generalis sumen-

2 da est, à pretio & dignitate artis † pictoriæ in se consideratæ. Ea enim & Græcis & Romanis habita in honore, & in ea pueros ingenuos institui vult *Aristot.* 8. *polit.* 3. *Arspictura* inquit *Plin. l.* 35. *nat. hist. c.* 11. quondam nobilis, tunc cum expeteretur à regibus populisque, & nobilitante illos, quos esset dignata posteris tradere: & *eodem lib. cap.* 4. docet quo in honore Romæ fuerit: & *cap.* 10 primum inter liberales artes pictoriam locum habuisse, eaque servis interdictum.

Et huc referri potest, quod dicitur in *l. Labro* 14. *de verb. sign.* in istis non substantiam sed artem spectari. Et tamen Paulus in *l. in rem* 23. § 3. *de rei vind.* secutus est generalem rationem accessionis, quod necesse sit ei rei cedere id, quod sine ea esse non potest: & ex ea defendit tabulæ cedere picturam: quam quorundam sententiam fuisse hoc §. profitetur Justinianus: ut nimis abutantur charta & opera, qui ista apertissime & adversis frontibus pugnantia conciliare conantur. Doctores vulgo varia hic scribunt, imo nugantur. Verissime Joh. Faber hic, quod ex ratione stricta, pictura & scriptura cedant subjecto, sicut quæ inædificantur & seruntur: & quod hanc rationem consideraverit *Paulus in l.* 23. *de rei vind.* sed aliud placuisse Caio. Sed idem omnino erat, dum putat decisionem hujus §. solum procedere in tabula: quodsi quis pingat in membrana, tunc picturam cedere membranis. Gœddeus omnino inepte in *d. l.* 14. *de V. S.* Paulum in *d. l.* 23. explicat de scriptura in pugillaribus ceteris: cum tamen Paulus rationem dubitandi sumat à pretio picturæ, & à generali illa ratione pro domino tabulæ respondeat. Pacius 3. *antinom.* 43. non minus inepte putat, quod Paulus in *vers. licet*, corrigat opinionem priorem: cum tamen per rationem subjectam ab accessione diserte illam rationem dubitandi, à pretio picturæ, improbet & removeat. Distinctio gl. inter picturam vilem & pretiosam jam exposa est. Distinctio, an mala fide an bona quis pinxerit, itidem inepta est: tum quia mala fides non impedit istos modos adquirendi, ut probavimus ad §. *si tamen jup. h. t.* tum quia in hoc modo adquirendi per accessionem bona fides non facit dominum, ut patet ex iis quæ in præcedd. de inædificatione, implantatione & scriptura dicta sunt: & dominus enim subjecti fit dominus ejus quod adjunctum est ab alio licet optima fide: & perspicue errant, inter quos est V Vesemb. qui hoc volunt referre ad specificationem, cum tabulæ substantia in nullo mutetur: nec minus falsum est, quod hic Hottom. tentat, tabulam habendam esse pro extincta. Ridiculum autem est, quod Mynsi. hic ita accipit Pauli locum in *l.* 23. *ad.* §. 4. *de rei vind.* quasi prævalentia significaret pretium rei: & ob id etiam putat chartam hodie cedere scripturæ: qua sententia nihil est absurdius. Ita enim & solum ædificio, & vestimentum sæpe purpuræ cederet: quamvis *gl. Plac. & alii* etiam (sed omnino male) velint attendi precium picturæ & scripturæ. Videamus modo cetera hujus §.

Unde si à domino tabula.] Consequens hoc est sententiæ Justiniani, secundū quam tabula cedit picturę, ut qui pinxit habeat actionē in rem contra dominum tabulæ. Istud rursus superioribus consequens est, ut possessor tabulæ quæ ipsius fuit, habeat exceptionem doli, qua consequatur tabulæ precium

precium: idque tanto æquius, quod sine facto suo dominium amisit cũ etiam illi habeant exceptionem possidentes, qui facto suo dominium amiserunt, in ædificando, implantando, serendo aut scribendo in re aliena §. *ex diverso* §. *Titius* §. *qua ratione* §. *Litera h.t.* Porro secundum sententiam Pauli vix est ut pictori competat actio contra dominum tabulæ possidentem, & simul factum dominum picturæ, per ea quæ diximus ad §. *ex diverso h.t.*

At si is qui pinxit.] Ait Justin. si pictor possidet tabulam, consequens esse, ut domino tabulæ utilis actio adversus eum detur. Videbatur autem hoc consequens non esse præmissis: siquidem dominus tabulæ qui fuerat, dominium eius amisit, & tabula picturæ cedat: Putant hoc admissum propter illam naturalem rationem subjecti ad se trahentis adjunctum, quæ omnino non potuerit insuper haberi. Itaque hanc mediam quodammodo esse sententiant, ut licet pictor dominus fiat tabulæ, & ita ex sententia Caii & Justiniani habeat directam actionem, tamen utilis competat domino tabularum. Et hoc modo pugnantes locos h. §. & in *l.* 23. §. 3. *de rei vind.* conciliare conatus est *Bart. in l. qua ratione* 9. §. 2. *h. t.* scilicet per distinctionem dominii directi & utilis, quod sit adhuc & maneat penes dominum tabulæ; quæ etiam sententia est *Donell.* 4. *comm.* 36. ubi fatetur revera dissensisse Paulum & Caium, sed remotis JCtorum nominibus monente alibi Justin. hinc rationem conciliandi sumi posse existimat, quod Justinianus ipse hoc loco domino tabulæ utilem in rem actionem concedat, cum pro eo sit ratio naturalis adquirendi, non pro pictore. Istud quidem probabiliter dicitur; sed mihi sententiæ Justiniani convenire non videtur. Ait enim *istud esse consequens.* Atquin nihil dixerat in præmissis, ex quo intelligi possit voluisse vel putasse tabulæ dominium aliqua manere apud dominum priorem: sed omnino cedere tabulam picturæ responderat. Et igitur arbitror Justinianum eo respexisse, quod dominus tabulæ citra factum suum dominium tabulæ amisit, quo casu & omnibus eiusdem generis, absque summa injuria, aliter statui non potuit, nisi ut aliqua actione priori domino succurreretur. Et variis actionibus succurritur pro variorum casuum diversitate: ubi res quæ mea fuit, recipit separationem, ad exhibendum agitur *l. gemma* 6. *ad exhibend. l.* 23. §. *Item* 5. *de rei vindicat.* ubi non recipit separationem actio in factum datur *d. l.* 23. §. 5. Et propius ad rem nostram, pro arbore quæ sine facto nostro in alienum fundum translata ibi coaluit, est utilis actio in rem *l.* 5. §. *de arbore* 3. *de rei vindicat.* & monuimus sup. ad §. *præterea*, quod utilis actio non tam vere ex dominio quam ex quadam æquitate conceditur. Et nimirum hac de causa hic dixit Justin. consequens esse ut domino tabulæ detur actio utilis. Potest videri ideo tanto facilius domino tabulæ data actio utilis, quoniam tabula omnino substantiam suam retinet: ut quodammodo hac consideratione videatur dominium adhuc esse penes eum, utcunque propria ratione videatur cessisse picturæ; cum & dicatur manere dominus materiæ, quæ ædificio juncta est §. *cum in suo in pr. sup. h.t.* Porro ubi utili hac actione experitur dominus tabulæ, subjicit Justinianus eum repelli per exceptionem, si non solvat impensam picturæ. At quid si offerat hanc impensam, contra pictor offerat pretium tabulæ, cujus prior erit ratio & potior? Et siquidem cum Justiniano tabulam picturæ cedere dicimus, & pictori directam actionem in rem contra dominum tabulæ possessorem concedimus, consequens omnino est, ut potiorem faciamus conditionem pictoris: cum & alias utilis in rem actio effectum illum vix habeat, ut ab invito extorqueat restitutionem, aut ut contra eum tamquam contumacem in litem jurari possit, cum hic etiam possessor juxta disputationem Justin. sit dominus directus: idque omnino ad hunc §. subintelligendum, aut supplendum est, quod & communiter censet Interpp. & istud quoque recte, quod contra tertium possessorem præferatur pictor, quippe dominus verus. An autem & quando directæ actioni præferatur utilis, de quo hic late Faber, non est hujus loci: neque huc pertinet; quoniam in terminis nostris omnino directa potior est; sed illa quæstio de prælatione habet locum in actionibus personalibus; vel ubi utile dominium quis habet ab ipso directo domino, veluti vasallus & emphyteuta. Pergit Justinian.

Vtique si bona fide.] Et an igitur opus est bona fide pinxisse, † ut pictor fiat dominus tabulæ, & hæc cedat picturæ? probavimus supra ad fæpe *d.* §. *si tamen* 27. non impedire malam fidem hanc acquisitionem dominii, quæ fit per accessionem: cui sententiæ videtur hic locus contradicere. Et an forte Justin. parum memor opinionis suæ, quod tabula cedat picturæ, hoc ita scripsit. Etenim ita loquitur de pictore, qui sciens tabulam

Digitized by Google

alienam, in ea pinxit, quomodo locutus est de omnibus illis, qui alienæ rei quid imponunt & adjiciunt. Scilicet ei qui sciens ex suo in alieno solo ædificavit, vel plantam imposuit suam alieno agro, semina in alieno fundo sparsit, in aliena charta scripsit, his etiam possidentibus negavit exceptionem, pro consequendis impensis aut pretio rerum suarum, quas scientes alienum subjectum ei adjecissent. §. *ex diverso*, §. *Quæ ratione* §. *Litera sup. h.t.* Eadem ratione, hic pingenti scienter in aliena tabula videtur non obscure negare exceptionem.

Atquin non conveniebat hujus casus & illorum eandem hic statuere rationem: quandoquidem illis adjunctum cedit subjecto: hic autem contra adjuncto subjectum cedit: neque quod in *f.* §. subjicit, subrepta tabula, datur actio furti, efficit ut pictori ob id non sit dominium quæsitum: siquidem in §. *si tamen*: *sup. h. t.* utcunque subreptam purpuram ipse fur junxerit, & actio furti contra eũ haud dubie locum habeat, tamen dominium purpuræ amissum esse, & purpuram haberi pro extincta, respondit Justinianus: qui adeo ut dixi, parum suæ sententiæ memor fuisse, & non satis sibi convenire videtur. Aut an dicimus hanc rationem adquirendi ut tabula cedat picturæ, non esse naturalem, sed magis civilem & artificialem: & proinde in ea non obtinere, quod supra ad §. si tamen, probavimus, dominium adquiri, nõ obstante mala fide & scientia rei alienæ

Non inepte pro tuendo Justin. Wesemb. hic censet negari saltem pictori exceptionem doli, qua consequi possit precium picturæ: ceteroquin hac omissa posse eum allegare dominium, & ita vincere, oblata (quod tum omnino necessum est) tabulæ æstimatione.

Illud enim palam est.] Meminit hic subreptarum tabularum: sicut & supra in §. *si tamen* subreptæ purpuræ, quia frequenter contingit, subripi res mobiles: ceteroquin sunt casus quibus res mobilis furtiva non est, licet sit aliena. Utiq; si pictor putet esse suas, licet furtivæ sint, quas forte à fure ignorans emit, non nocebit ei vitium hoc furti, quo minus procedat quod in pr. §. dicitur. Licet enim vitium furti comitetur rem, id tamen non impediet hanc specialem adquirendi rationem quam hic docendit Justinianus: & quod diximus jam *ex diverso si bona* præcise restringendum erit ad casum, quo pictor scivit tabulas esse furtivas aut alienas. Plane ut hoc addam, oportet hunc §. intelligi de pictura in specie dicta: ceteroquin si quis pingat carbone vel creta aliquid in tabula quod nullius pretii sit, & facile deleatur, procul, dubio dominium tabulæ integrum manebit. De Parrhasio cuius hic mentio vid *Plin. 35. histor. nat. 9. & 10.* (ut Græculus paraphrastes ineptit.) eodẽ cap. & seq. de Apelle, quem suaviter Johan. Fab. putat fuisse Judæum: an forte credidit esse Apellam? Horat. *credat Iudæus Apella.*

TEXTVS.

27. Si quis à non domino, quem dominum esse crediderit, bona fide fundum emerit, vel ex donatione aliave qualibet causa, æque bona fide acceperit; naturali ratione placuit, fructus quos percepit, eius esse pro cultura & cura. Et ideo, si dominus postea supervenerit, de fructibus ab eo consumptis agere non potest. Ei vero qui alienum fundum sciens possederit, non ibidem concessum est: itaque cum fundo, etiã fructus, licet consumpti sint, cogitur restituere,

COMMENTARIVS.

1 *Causa huius adquisitionis.*
2 *Percipere fructus quid sit.*
3 *Effectus perceptionis.*
4 *Quid si ex perceptione locupletior sit factus possessor.*
5 *Fructus extantes an restituantur.*
6 *An fructus naturales adquirat bonæ fidei possessor.*
7 *De malæ fidei possessore.*
8 *Quid si mala fides superveneris.*

HÆc quoq; species accessionis est, quam aliqui discretam vocant. Fructus enim cedunt solo: itaque hic §. conjungendus est cum §. *Item ea* 19. *sup. h.t.* Etenim fructus adquirimus, tum jure † dominii veri, de quo in *d.* §. 19. tum jure quasi dominii, quod esse videtur in eo qui bona fide possidet, & cui datur Publiciana, quæ est actio in rem de quo diximus §. *Namque inf. de act.* qui nimirum putans tradentem esse dominum, ab eo ex justa causa rem accipit, quæ in *pr. huius* §. significantur. Hic hactenus & quo ad effectum percipiendi aliquo modo fructus & eos faciendi suos instar domini interim, dum verus dominus non apparet, habetur, ut docent *l. bonæ fidei* 48. *in pr. de adq. rer. dom.*

dom. l. qui ſcit. 25. §. 1. *de uſur.* & huc præcipue pertinet, quod dicitur, bonam fidem tantum præſtare poſſidenti, quantum veritas *l. bona* 136. *de R. I* ſcilicet non omnimodo, ſed ſecundum quid. Bona fides ſcil. cum titulo, cuius expreſſiſſime etiam hic meminit Juſtin. nec poteſt vera eſſe bona fides ſine titulo, quippe ſine quo non transfertur dominium: error autem juris hic nocet: Itaque omnino errat poſt gl. Ang. n. 5. & alii, qui putant etiam poſſeſſorem bonæ fidei ſine titulo fructus facere ſuos: & præſupponendus eſt titulus in *l. ſi eius* 78. *de rei vind.* quæ male adducitur; & peius *l. qui ſcit.* §. 1. *de uſur.* cum ibi tractetur de emptore. Poteſt tamen admitti illa Dd. opinio cum explicatione Portii, quod ſit titulus putativus, ex juſta cauſa & errore cauſatus, de quo *infr. tit.* 6. Et hæc omnino principalis eſt ratio huius adquiſitionis, bona fides, ut ſcilicet putet ſe eſſe dominum; quod recte putat, dum credit eum fuiſſe dominum à quo rem accepit *h.* §. *in pr.* accepit videlicet juſto titulo; hæc enim faciunt ut jus ſit uſucapiendi, de quibus plenius agemus *inf. de uſucap.* Illa autem ratio minus eſt principalis, qua hic utitur Juſtin. quod fructus faciat ſuos pro cultura & cura. Quæ ſi ſola conſideraretur, & malæ fidei poſſeſſor adquireret fructus, quod falſum eſt in *f. huius* §. ſed & bonæ fidei poſſeſſor nec extantes reſtitueret, quod itidem falſum eſt, ût mox dicemus: ſed & amplius non adquireret bonæ fidei poſſeſſor fructus, ſi alius conſeviſſet agrum ab illo bona fide poſſeſſum: quod rurſus falſum eſt, *l.* 48. *h. t.* de quo in §. *ſeq.* Tractatur autem hic de fructibus qui ex terra proveniunt, & à natura producuntur, non iis quæ occaſione rei per commercia & conventione, & quaſi artificialiter acquiruntur, & jure percipi, & civiles fructus dici ſolent, veluti penſiones, mercedes, uſuræ; *l. ſi navis* 62. *in pr. de rei vind.* vice fructuum eſſe *l. uſura* 34. *de uſuc.* & in fructu (verbo hoc proprie ſumpto) non eſſe *l. uſura* 121. *de verb. ſign.* ceteroquin in fructu numerantur *l. videamus* 19. *in f. pr. & l. prædiorum* 36. *de uſucap.* loco fructuum *l. mercedes* 29. *de petit. hered.* Et iſtorum tamen quoque ratio in iſtis judiciis habebitur per dd. textus. Sed de iſtis Juſtin. hic non agit.

Ait Juſtinianus: fructus eſſe bonæ fidei poſſeſſoris, quos percepit. Nam licet fructus pendentes ſint pars fundi, & cenſeantur ejus eſſe cujus eſt fundus, adeo & interim bonæ fidei poſſeſſoris, qui loco domini interim eſt, tamen propter hoc ipſum quia pars fundi ſunt, interim fructuum rationem hic non habent, ubi fructus ut ſeparatos conſideramus, & quale habeat jus in iis poſſeſſor: præcipue quod hæc quæſtio tractatur in terminis, in quibus poſt dominus ante impletam uſucapionem vindicat & evincit fundum; quo caſu utiq; una cum fundo iſti fructus adhuc pendentes reſtituuntur. Et ita JCtus in *d. l. bona* 48. *in pr. h. t.* ait bonæ fidei poſſeſſorem facere fructus ſuos percipiendo: & in *d. l.* 25. § 1. *de uſur.* hoc unicum tra-
2 ctatur, an bonæ fidei emptor fructus † perceptos ſuos faciat. Ubi contradicere ſibi videtur JCtus *in d. l.* 48. qui cum in pr. dicat, percipiendo fructus ſuos facere poſſeſſorem, ſtatim ſubiicit, fructus fieri bonæ fidei emptoris antequam eos percipiat. Ad quæ componenda & intelligendo diſtinguenda eſt homonymia in verbo, *percipere.* Et nimirum dupliciter dicuntur percipi fructus 1. ſimplici ſeparatione à ſubjecto, veluti ſi ſegetes demeſſæ aut poma pirave de arboribus dejecta fuerint. 2. ulteriori aliquo facto, veluti avectione & collectione in horreum, vel expreſſione vini aut olei ex uvis vel olivis. Ita in *l. ſi eius* 78. *de rei vind.* fructus dicuntur percepti, ſi cœpti ſint percipi: quæ rurſus verba citra iſtam explicationem implicarent contradictionem: neque enim poſſit dici perceptum, quod cœptum eſt percipi, ſed mox ibidem additur, percipi cœptos dici fructus, ſi terra ſe continere defierint, licet nondum collecti, & nec dum vinum vel oleum factum ſit: quo ſenſu aliquando percipi dicuntur fructus, in alio genere poſſeſſoris, aut qui jus adquirendi fructus habet, de quo aliqua dicemus §. ſeq. Et poſteriori ſenſu perceptionis emphatice dicuntur fructus coacti, ut notat per *d. l.* 78. *Cuiac.* 1. *obſ.* 39. ubi tamen non recte negare videtur, quod ſic quoque dicuntur percepti fructus. Ita percepti fructus pro coactis ſumuntur in *l. qui ſcit.* 25. §. 1. *in f. de uſuris l. ſi fructuarius* 13. *in f. Quib. mod. uſufruct. amitt.*

3 Et igitur bonæ fidei † poſſeſſor fructus ſuos facit percipiendo, & hoc modo eorum dominus efficitur. Cuius in eo potiſſimum effectus eſt, ut quod cuivis domino jus competit, idem & habeat bonæ fidei poſſeſſor; nimirum ut pro libitu ſuo fructibus uti, eos diſtrahere & alias pro utilitate & neceſſitate familiæ conſumere poſſit. Cuius rei hic porro effectus eſt, ut ſi poſtea dominus evincat fundum, poſſeſſor ei ob fructus conſumptos non tenetur: ut hoc § ſcribit Juſtinianus, & in §. *etſi* 2. *inf. de offi. iud.* facit *l. Neſen.* 41. §. 1. *de re iud.* Et hoc eſt, quod dicitur in *l.* 4. §. 2. *ff. reg.* bonæ fidei poſſeſſo-

rem fructus *lucrari*, quos ante litem cont. percepit 4 & † conſumpſit. Vbi tamen limitationem quidam addunt, *niſi factus ſit locupletior*, & plus lucri fecerit ex iis quam in culturam & curam fundi impendit: tum *arg. huius* § quo fructus dicuntur fieri bonæ fidei poſſeſſoris pro cultura & cura: tum per *l. ſed & ſi* 25. §. *conſuluit.* 11. *de pet. hered. iunct. l.* 1. *C. eod.* Sed nec verba §. noſtri captanda ſunt, quæ cauſam iſtius adquiſitionis innuunt, minime autem efficiunt, quod tantum uſqi ad quantitatem impenſarum lucretur poſſeſſor conſumptos fructus: cum textus non diſtinguant; & evidenti argumento eſt, quod fructus etiam extantes hactenus retinere poteſt poſſeſſor, ut inde impenſas conſequatur. Et ſpecialis ratio eſt judicii univerſalis petitionis hereditatis, non tantum quod ille habet titulum lucrativum, ſed & magis, quod alias mitius cum hoc poſſeſſore agitur, nec quidquam reſtituere tenetur, ſi hereditatem ſine dolo fecit minorem *d. l.* 25. § 11. proinde rurſus vice verſa debet præſtare, quidquid ex hereditate lucri conſecutus eſt, & ſatis habere ſi nullum ſentiat damnum. Cui accedit, quod fructus hæreditatem augent, eoque jure actionis univerſalis non minus atque ipſa corpora hereditaria veniunt *l.* 1 *&* 2. *C. de petit. hered.* Plane ſi forte poſſeſſor bonæ fidei, præſertim paulo ante motam controverſiam, majorem copiam frumenti aut vim diſtraxerit, & magnam exinde ſummam pecuniæ redegerit, conceſſerim facile, judicem hujus rei poſſe & debere habere rationem. Et igitur ut ad prius illud redeamus, quod diximus ex §. noſtro & probavimus, poſſeſſor lucratur fructus conſumptos; & ita illos plene & cum effectu, ne de iis teneatur, ſuos facit; quo ſenſu bonæ fidei poſſeſſor, dicitur fructus conſumptos ſuos facere, *l.* 4. §. *Iana* 19. *de uſucap. l. quæſitum* 40. *in f. de adq. rer. dom.* ex quibus minime colligi debet; quod ante conſumptionem non itidem proprio ſenſu ſuos eos facere dicatur. Sequitur autem ex his per argumentum, quod vocant, à contrario ſenſu, ſi 5 adhuc exſtent fructus, eos eſſe † domino una cum fundo evicto reſtituendos. Id enim efficit, quod eſt in *d. l.* 4. §. 2 *fin. regund.* lucrari poſſeſſorem fructus, ſi eos conſumpſerit, quod ſcriptum etiam eſt expreſſe in *l. certi* 2. *C. de rei vind.* quod bonæ fidei poſſeſſor reſtituat fructus exſtantes. Et ſententia iſta omnium pene Interpp. communis eſt, à qua fere unicus diſceſſit ſed pravo judicio *Donell.* 4. *comm.* 25. ubi duplici utitur argumento 1. quod iniquum ſit fructus eos reſtitui, qui opera & induſtria poſſeſſoris bonæ fidei proventerunt. 2. quod non ſit auferendum, neque poſſit auferri quod ſemel alicujus factum eſt. Atquin fructus, poſſeſſoris, antequam eos conſumpſit, & ſola perceptione, ut paulo ante diximus, & quidem quod magis eſt, dicuntur fieri pleno jure, *l. in pecudum* 28. *de uſuris.* ſed ad iſta non eſt reſponſio difficilis. Et videlicet dominii adquiſitio duplex eſt, alia perpetua & citra domini ipſius factum irrevocabili jure: alia non perpetua, ſed ex cauſa aliqua ſuperveniente, quo cauſam dominii tollit, revocabilis.

Ita maritus habet dominium dotis, ſed revocabile, ſoluto matrimonio, de quo dicemus *infra quib. alien. non licet, in princ.* In noſtris terminis cauſa dominii & adquiſitionis fructuum eſt jus bonæ fidei, quod dominio æquiparatur, quamdiu de vero domino non conſtat, & quo adeo ſuperveniente, ac rem ſuam evincente, ceſſante illa, quam dixi, cauſa, cum, ipſa re fructus tamquam acceſſiones fundi quivis poſſeſſor cogitur reſtituere: quandoquidem, ratio quæ hoc §. adducitur, culturæ & curæ, non poteſt ſublato jure, quod in ſolo habebat antea poſſeſſor, ſola defendere poſſeſſorem, ut retinet fructus: ſed ad hoc tantum proficit, ut dominus aut precium eorum quæ impenſa ſunt, præſtare teneatur, aut pati, ut fructus cum ſumptibus proportionaliter compenſentur, & ſcilicet pro illis fructuum partem poſſeſſor bonæ fidei retinere poſſit, *l. ſi à domino* 36. §. *ultim. de petit. hered.* & ita tollitur iniquitas in primo argumento adducta: idque eſt quod Juriſconſultus ſignificat in *d. l. bona* 48. *in pr. de rei vindicat.* bonæ fidei poſſeſſorem fructus ſuos facere interim, dum ſcil. res evincitur. Nec dicere quis poſſit fruſtra id conſtitutum, ut fructus percipiendo faceret ſuos bonæ fidei poſſeſſor, ſiquidem eos extantes reſtituere cogatur: Etenim tum ratio bonæ fidei hoc facit, tum iſte effectus inſignis eſt, quod habet jus conſumendi & fructus conſumptos lucratur. Quod ſi ejus percipiendo facti non eſſent, conſumptorum æſtimationem reſtituere & præſtare teneretur. Porro amplius ad *d. l.* 28. *de uſur.* quam præcipue urget Donell. quod ibi dicuntur fructus fieri poſſeſſoris bonæ fidei pleno jure: hæc quoque reſponſio eſt quod inde non ſequitur, eos extante non reſtitui; neque enim plenitudo illa infertius irrevocabile, ſed quod interim verus & plenus ſit dominus, proprietate & uſufructu. Tum inſuper & hoc reſpondetur,

quod

quod ibi ſit oppoſitio fructuum ad partum ancillæ : illi ſtatim fiunt poſſeſſoris , vel quicunque tandem jus fruendi habet : ſed partus qui non eſt in fructu , uſucapione demum adquiritur , de quo in § *in pecudum infra hoc titul.* Et omnino inepta eſt reſponſio Donell. ad *d. l. 22. de rei vindic.* quod fructus extantes ibi ſignificent pendentes: de his enim non ut fructibus , ſed ut parte fundi tractatur: nec hoc reſtituere dicitur poſſeſſor. Unum ſupereſt an hæc , quæ diximus hactenus de bo-
6 næ † fidei poſſeſſore , obtineant in quibuſcunque & omnibus fructibus , qui naſcuntur in fundo. Communiſſime fructus diſtinguuntur in naturales & induſtriales , quam diſtinctionem Interpp. noſtri ſumpſerunt ex *l. fructus 45. de uſuris.* ſed ea diſtinctio non habet accurate oppoſita membra. Etenim induſtriales non dicuntur, quaſi ſola induſtria homines ea producat , quod fieri non poteſt , ſed quod niſi factum hominis accedat , fructus iſtos natura vel omnino non, vel vix & parciſſime producere poſſit : cuiuſmodi ſunt ſegetes, uvæ, &c. quin & amplius, quo ad hanc tractationem pro induſtrialib. habentur, qui naſcuntur ex animalibus, in quæ cum aliqua impendenda & quotidianus ſumptus pro alimentis eorum faciendus eſt: qualia ſunt, vaccæ, oves, capræ; itaque hactenus vituli , agni &c. inter fructus induſtriales referuntur , *d. l. in pecudum 28. de uſuris.* Horum oppoſitione naturales dicuntur , in quibus natura omnino potiſſimas partes habet , ita ut vel nullo vel plane exiguo aut ſumptu aut cura opus ſit, veluti ſunt ligna, poma vel pyra, *d. l. fructus 45. de uſuris.* & obſervandum eſt, quod notant *Cyn. in l. certi 22. Cod. de rei vindicat. n. 2. & Bart. in l. & ex 35. D. eod.* aliquando judicem arbitrari oportere an fructus ſint habendi naturales an induſtriales. Eodem referri ſolent prata *argum. l pratum 31. de verb. ſignif.* Bene autem limitat id Weſemb. ut ea poma pertineant ad fructus induſtriales , quæ ex arboribus quas ipſe poſſeſſor inſevit & plantavit , & utiq; primum nata ſunt: ubi etiam recte cum Dd. monet, hanc diſtinctionem ſumptam eſſe à potiori, vel potius (nam & imo in induſtrialibus ita dictis plus ſuo ſenſu operatur natura) comparative tantum ita fructus diſtinguuntur. De naturalibus quæritur , an pariter eos percipiendo ſuos faciat poſſeſſor : quod ſane diſerte negat JCtus *d. l. 45.* & ait , fructus hos non fieri bonæ fidei poſſeſſoris, quia non ex facto ejus naſcantur: id eſt , quia licet nec ſumptum faciat, nec quidquam ferat, aut aliud agat, iſti tamen fructus proveniant. Et hæc eſt communiſſima omnium Dd. ſententia, quæ omnino probatur ex *d. l. 45.* quæ ſine cavillatione aliter intelligi & explicari non poteſt. Plerique recentiorum in contrariam ſententiam abierunt, quorum interpretationes & emendationes ad *d. l. 45.* referre operæ pretium non eſt , & id nimis longum foret: & ipſa ingens explicationum diverſitas facit , ut eorum opinionem falſam exiſtimem: videat cuilibet , *VVeſembec. hic Vult. 1 diſcept. ſchol. 20. Ant. Fab 4. conj. 17. Govean. 2. var. lect. 15. Alb. Gent. 4. lect. 19. Pacium ad l. 2 C. de condict. ex leg.* Doctorum ſententia communis , & ſimplex eſt, & firmatur quoque ex hoc textu , in quo ſimul hanc rationem adquiſitionis reddit Juſt. *pro cultura & cura.* qua omnino negata ceſſabit etiam adquiſitio ipſa. Ex quo porro infero , cum qui dominus non eſt , jus conſumendi rem non habeat, etiam bonæ fidei poſſeſſorem, hos fructus naturales, jure ſuo conſumere non poſſe : & proinde ſi conſumpſerit, ad eorum æſtimationem teneri : & propterea qui textus conſumptos dicunt cedere lucro poſſeſſoris bonæ fidei , ad eos fructus pertinere qui fiunt poſſeſſoris , & nempe induſtriales, cujuſmodi habentur plerique fructus. Ex Doctoribus, etiam qui naturales negant adquiri bonæ fidei poſſeſſori , tamen plerique eorum conſumptorum nomine teneri eum negant: ita n. *gl. & Dd. communiter in d. l. & ex 35. h. t. l. 22. C. eod.* & poſſet dici, licet dominus non fuerit , tamen quia opinione domini eos conſumpſit, ſaltem exceptione tuendum eſſe. Sed ſane nō ſatis eſt , opinione domini conſumpſiſſe , ut propterea domino vero quis non teneatur: itaq; nec movet ratio *Sal. in d l. 22. n 3* quod poſſeſſor eos neq; culpa neq; dolo poſſidere deſierit: quoniam aliud eſt amiſiſſe poſſeſſionem hoc modo ſimpliciter, quo caſu ceſſat actio: aliud conſumſiſſe & in utilitatem ſuam converſiſſe : quo caſu utiq; etiam ceſſabit vindicatio , ſed condictio competet. Et præcipue me in hanc opinionem impelli, quod ſi fructus naturales conſumptos , lucro poſſeſſoris bonæ fidei cedere dicimus , nulla erit, inter induſtriales & naturales realis differentia, quippe etiā induſtriales extantes ſunt reſtituendi: Illa enim tantū in verbis non in effectu poſita eſt, & in ſolo genere agendi , quæ aſſertur à *Cyn. in d. l. 22. & gl in d. l. 35. de rei vindic* quod pro naturalibus fructibus extantibus dominus etiam ſeot ſim habeat vindicationē : ſed induſtriales reſtituantur una cum re ipſa tamquam acceſſiones , officio judicis, aut ſi factum non ſit , ſuperſit ſaltem condictio. Nihil autem intereſt poſſeſſoris an realiam perſo-

nali actione conveniatur: niſi quod aliquando ob contumaciam condemnatio variatur. Facit, quod nulla alia ratione receptum eſt, ut bonæ fidei poſſeſſor fructus induſtriales faceret ſuos, quam ut ne de conſumptis teneatur. Porro hic non obſtat *l. bona* 48. *in princ. h. tituli.* nec enim in verbo omnes, protinus neceſſario includuntur naturales, ſed etiam ii qui aliena opera fati & ſeparati fuerunt: ait enim non ſolum eos qui diligentia. Ejus &c. Ergo intelligit fructus; qui operam & induſtriam requirunt. Tum etiam conſiderato paulo pinguius bonæ fidei poſſeſſoris jure, omnes fructus ejus eſſe videntur; dum ipſe interim pro domino eſt: ſecus autem ſe habet, ubi accurate totam adquirendi cauſam conſideramus, quæ ſimul eſt a cultura & cura. Denique dum conſideramus eundem ſtatum durantem, nulla apparet inter fructus differentia: ſed apparet, ubi poſt domino ſuperveniente de jure fructuum tractatur. Non obſtet etiam, quod poſſeſſor bonæ fidei plus juris habere dicitur quam fructuarius *l.* 25. §. 1. *de uſuc.* qui etiam naturales utique fructus ſuos facit. Etenim illa prærogativa *d. l* 25 eſt ſecundum quid, de qua dicemus §. *ſeq.* non abſoluta: ceteroquin exſtantes fructus (quos omnino retinet fructuarius) non reſtitueret bonæ fidei poſſeſſor; quod eſt falſum. Sequitur in textu:

Et vero qui alienum fundum.] Jam tractat, quid 7 juris † ſit, in malæ fidei poſſeſſore. Diximus, cauſam hujus adquiſitionis principaliter pendere à bona fide: Qua ceſſante efficitur, malæ fidei poſſeſſorem nullos fructus perceptos facere ſuos, & nullos conſumendi jus habere: ſed & juxta ea quæ ſæpius præcedd. §§. tradita fuerunt, nec pro impenſis habere retentionem aut doli exceptionem. Et in *l.* 22. *C. de rei vind.* dicitur, quod malæ fidei poſſeſſor omnes fructus præſtet; & pro extantibus eſt vindicatio, (quoniam jure ſoli domino adquiſiti ſunt, non poſſeſſori) *l.* 3. *C. de condict. ex Leg. l.* 4. *C. de crim. expil. her.* ſi conſumpti ſint, tenetur condictione ad æſtimationem *d. l.* 3. & *d. l.* 4. & *l.* 4. §. 2. *inf. ſi repud.* & monuimus ſup. ad §. *ſi tamen h. t.* quoſdam condictionem furtivam, quoſdam condictionem ſine cauſa intelligere: quod poſterius magis eſt cum deficiant hic requiſita furti. Et ita ſimpliciter condictio fructuum ex injuſta cauſa perceptorum, proponitur *l.* 4. §. 1. *de reb. cred.* & alii caſus ſunt *in l. ſi ſervus* 61. §. *Locavi*, 7. *de fur. l cum in plures* 60. §. *meſſem* 5. (licet ibi condictionem furtivam intelligat) *Locati.* Illud quæri poſſit, an non præter condictionem locus ſit actioni ad exhibendum quæ alias locum habet, ubi quis dolo malo aut mala fide rem conſumpſit & poſſidere deſiit, ut ad *d.* §. 27. *diximus* & *ad* §. *cum ex ſuo ſup. eod.* ubi contra eum qui tignum mala fide junxit, actionem ad exhib. dari probavimus: & *in* §. 2. *infr. Quib. alien. lic.* pecunia mala fide conſumpta, eadem actio proponitur. An forte hic ſpecialis eſt ratio: tum quod intervenit actus, qui jure gentium ſolet facere dominum, *perceptio fructuum*, & quidem rei non ſimpliciter alienæ, ſed quæ per ipſius operam culturam & curam producta eſt: Et ſane condictio in dd. locis ita opponitur vindicationi: ut hæc, vel quæ in rebus mobilibus illius locum ſubit, actio ad exhib. pro fructibus conſumptis competere non videatur. Cum itaque dd. textibus vindicatio extantium proponatur contra malæ fidei poſſeſſorem, indicio eſt, veriorem eſſe eorum opinionem, qui contra bon. fid. poſſeſſorem pro extantibus non vindicationem, ſed tantum condictionem concedunt; licet enim dominium ſit revocabile, tamen utique dominium eſt, facit *l.* 1. §. *ult. de cond. cauſ. dat* Et ergo malæ fidei poſſeſſor etiam de fructibus conſumptis, & omnibus omnino perceptis tenetur: nec tantum iis quos vere percepit, ſed etiam qui quadam juris fictione pro perceptis habentur: & qui percipi potuiſſent: neque enim negligentia aut dolus poſſeſſoris nocere debet domino, quominus conſequatur fructus quales ipſe percipere potuiſſet, ſi fundum poſſediſſet, quem quiſque dominus ut diligens paterfamilias colere intelligitur: probatur hæc ſententia per *l. ſi navis* 62. §. 1. *de rei vindic. l. cum ſervus* 39. §. 1. *de leg.* 1. *l. ſi de* 4 *C. unde vi l. domum* 5. *C. de rei vind. l. ſed & portus* 12. *in pr. Quod met. cauſ. l. ait* 10. §. *& fructus* 20. *quæ fraud. cred.* ubi fit mentio fructuũ qui à fraudatore percipi potuerunt, quoniam hujus quaſi nomine agunt creditores: & ſi non alienaſſet ille, actionem nullam ſuper fructib. haberent creditores: *add.* §. *ſed etſi* 2. *verb. illorum inf. de off. iud. l. fructus* 33. *de rei vind. l. ſed etſi* 25. §. *ſed & 4. de petit. her. iunct. l.* 1. *inf. C. eod.* nam quod in omnibus poſſeſſoribus obtinet poſt lit. cont. idem in malæ fidei poſſeſſoribus ante lit. cont. juris eſt: quia poſt iſtud tempus omnes poſſeſſores ſunt pares, poſtquam controverſia mota ſuper jure ſuo incipiunt dubitare *l. illud* 40. *de pet. her.* Itaque ſi quos fructus poſt lit. cont. conſumpſit, qui bonæ fidei poſſeſſor erat, eorum nomine condemnatur; quia quo ſtatu erat res tempore litis conteſtatæ, eo præſtanda & reſtituenda eſt *l.* 2. *de uſuris l. cum fundus* 31. *in princip. ſi cert. pet. l.* 4. §. 2. *fin. reg. l. ediles* 25. §. *Item* 2.

de

de ædil. ed. Igitur ut redeamus unde digreſſi ſumus ob fructus etiam quos percipere potuit, tenetur malæ fidei poſſeſſor, quamvis aliqui diſtinguant an malæ fidei poſſeſſor titulum habeat nec ne, & hunc demum etiam de fructibus percipiendis teneri putent; *gloſſ. ac alij in leg. & ex 31. de rei vindic.* quos tamen movere non debeat (nam textus modo citati generalius loquuntur) *l. ſi fundum 17. Cod. de rei vindicat.* quia pervulgatum jam eſt & ſcitum, textus Codic. fere eſſe reſponſa ad caſus ſingulares; & in facto contingentes; ut proinde ex eo quod in *d. l. 17.* dicitur, reſtituendos eſſe fructus perceptos non recte inferatur, fructuum, qui percipi potuerunt, nomine poſſeſſorem eum non teneri. Quando ita evagati ſumus, quæramus & hoc, quid juris ſi ab initio quis bona fide fundum apprehenderit, ſed poſt mala fides ſupervenerint quid juris ſit quo ad fructus; Et ſuperveniens qui

8 dem mala fides, non interrumpit † uſucapionem ipſius fundi; quoniam hujus una uſucapio eſt, in cujus principio ſufficit adfuiſſe bonam fidem: at fructuum quot anni: quot perceptiones, tot adquiſitiones ſunt; itaque poſtquam quis intellexit fundum eſſe alienum, licet uſucapio fundi duret, tamen fructus ſuos non faciet; quæ diſtinctio perſpicuo jure tradita eſt in *l. bona* 48. § 1 *de adquir. rer. domin.* quamvis in alia opinione videatur fuiſſe Julianus in *l. qui ſcit.* 25 §. *ultim. de uſur.* niſi illum locum intelligas, quod interim dum non evincitur fundus, videatur quodammodo fructus facere ſuos; quos tamen fundo evicto ratio ex quo fundum alienum eſſe ſcivit ſuos jam non feciſſe intelligatur, ſed proinde ut malæ fidei poſſeſſor eorum nomine teneatur, quamvis Baro hic iſta ſine manifeſta calumnia neget poſſe contrari. Quid autem porro, ſi poſtquam percepiſſet fructus, antequam eos conſumeret intellexerit fundum eſſe alienum, an tenebitur de fructibus conſumptis? Equidem in his terminis fructuum uſucapioni locus eſt: Ceteroquin ſi ante eos conſumpſerit, cum jam ſciret rem eſſe alienam & dominus ante ſupervenerit, quam uſucapio impleri potuerit, verius eſt, & conſequens prædictis; eum jure fructus non conſumpſiſſe. Neque enim ſufficit, quod percipiendo, cum adhuc neſciret fundum eſſe alienum dominus fructuum factus eſt, Etenim ut diximus, dominium eſt revocabile, quod quia per conſumptionem fit irrevocabile, oportet in conſumptione quoque adeſſe bonam fidem, & ridiculum eſt quod alibi Ant. Pab. diſputat, non poſſe fructus conſumi mala fide, qui ſemel per perceptionem alicujus facti ſunt. Illud ad extremum hic quæri poſſit, cum ſæpe dixerimus malam fidem non obſtare his adquirendi modis, cur hic requiratur bona fides, ſed expedita ratio eſt, quod in illis caſibus de quibus diximus, facto alicujus, ſpecificatione, vel adjunctione acquiritur dominium, atquin fructus non ſeminis, ſed jure ſoli percipiuntur *l. qui ſcit. 25. in pr. de uſuris.* Itaq; ut quis poſſit adquirere fructus, jus eum in ſolo & fundo habere oportet, quod non habet malæ fidei poſſeſſor.

Cogitur reſtituere.] Æſtimatio ſcil. fingitur vice rei; Ceteroquin ipſos fructus conſumptos non reſtituere poteſt, ſed & plerique fructus, frumenta, vina, recipiunt functionem in genere ſuo: & pertinebit ad officium judicis, ut æſtimet an horum æſtimatio, an tantundem in genere ſit reſtituendum; quo facto ipſi fructus conſumpti reſtitui videntur, de quo *infr. l. 3. tit. 5.*

TEXTVS.

12. Is vero ad quem uſus fructus fundi pertinet, non aliter fructuum dominus efficitur, quam ſi ipſe eos perceperit. Et ideo licet maturis fructibus, nondum tamen perceptis deceſſerit, ad heredes ejus non pertinent, ſed domino proprietatis adquiruntur. Eadem fere & de colono dicuntur. In fructu pecudum etiam fœtus eſt, ſicuti lac, pilus & lana. Itaque agni, vituli & hœdi & equuli & ſuculi, ſtatim naturali jure dominii fructuarii ſunt. Partus vero ancillæ in fructu non eſt: itaque ad dominum proprietatis pertinet. Abſurdum n. videbatur hominem in fructu eſſe, cum fructus omnes natura hominis gratia comparaverit. Sed ſi gregis uſum fructum quis habeat, in locum demortuorum capitum ſubmittere ex fœtu fructuarius debet, ut & Iuliano eſt viſum, & in vinearum demortuarum, vel arborum locum, alias debet ſubſtituere. Recte enim colere, & quaſi bonus paterfam. uti debet.

COMMENTARIVS.

1 *Fructuarius quomodo adquirat fructus.*

2 *De*

2 *De ſententia l. 13. quib. mod. uſuſ. am.*
3 *Fructus maturi cujus ſint.*
4 *Lapſus Cujacij*
5 *De jure coloni in fructibus.*
6 *Explicatio l. 26. de furt.*
7 *In fructu qua ſint.*

FRuctus percipimus, aut ex re propria, (qui caſus non habet controverſiam) aut ex re aliena: & hoc vel citra domini voluntatem, vel voluntate domini, ex qua ſcil alteri jus tale acquiſitum & conſtitutum eſt. Ad priorem caſum pertinent poſſeſſores bonæ, aut malæ fidei, de quibus jam dictum eſt: Ad poſteriorem varii generis homines: quorum duo hic attinguntur, fructuarius, de quo tamen pluribus agitur, & tribus verbis colonus. Ait 1. de fructuario Juſtinianus, non
1 aliter eum fructuarium † dominum fieri, quam ſi eos ipſe perceperit. Ubi verbum IPSE emphaſin habere videtur, & opponi fructuarius bonæ fidei poſſeſſori, quippe qui fructus ſuos facit, etiamſi alius eos perceperit, & à ſolo ſeparaverit, quippe quod inſtar domini interim habetur, at fructus ſequuntur jus ſoli *l. 25. §. 1. de uſur.*

Et ſane hactenus etiam minus juris habere fructuarium probatur ex *l. qui ſcit 25. §. 1. inf. de uſur.* Quod ſi enim ejus non fiunt niſi coacti & collecti ſint, licet ſint à ſolo ſeparati, ut eſt in *d. §. 1.* oportet utique ut ipſius, vel quod eodem redit, alterius nomine ipſius factum interveniat, qui eos ſeparatos à fundo vel ſolo colligat & cogat. Huic autem connexa eſt illa differentia, quod percipere aliter dicitur fructus bonæ fidei poſſeſſor, ad effectum adquirendi fructus, aliter fructuarius. In illo ſufficit, ſeparatos eſſe à ſolo, in hoc requiritur aliquid amplius, ut ſint collecti & coacti, juxta ea quæ ad §. *prac.* de duplici ſignificatione hujus verbi, *percipere*, diximus, quod etiam probatur ex *l. ſi ejus 78 de rei vind.* ubi de bonæ fidei poſſeſſore; & ex *l. ſi fructuarius 13. inf. quib. mod. uſufr. am.* ubi fructuarius & bonæ fidei poſſeſſor ita inter ſe opponuntur; quod hujus fiant fructus ubi à ſolo ſeparati ſunt: illius, ubi eos perceperit; quod rurſus explicandum eſt ex eo quod jam d. loco, de iſta ambiguitate diximus, ſed quod diximus ſola ſeparatione à fundo fructus non fieri fructuarii, ei ob-
2 ſtat ipſe ille textus in † *l. 13. quib. mod. uſufr. ubi poſt par.* ait JCtus, uſum fructum percipi ſpica, aut fœno cæſo, aut uva adempta; quod utique habet nudam ſeparationem à terra.

Poſſent hæc ita explicari: ut ſiquidem alius ſeparaverit à terra fructus, non fiant fructuarii, niſi eos collegerit; ſed ſi fructuarius ipſe vel alius ejus mandatu fecerit ſeparationem à terra, ſufficere id ad adquirendos fructus, etiam citra collectionem. Nam & ita conſtabit oppoſitio inter fructuarium & bonæ fidei poſſeſſorem, qui omnino facit fructus ſuos à quocunque & quomodocunque ſeparatos, veluti ſi oleæ ſponte deciderint; quod in fructuario ſecus eſſe docet *d. l. 13.* Quamvis huic explicationi non ſatis convenire videatur, quod in *dict. leg. 13. in fin.* ex Juliano refertur, & ita poſſeſſor bonæ fidei fructuario ſimpliciter opponitur; quod illius fiant fructus, ut primum ſeparati ſunt: ſed hujus demum per collectionem; quæ oppoſitio ſi recta eſt, ne ſufficiet ipſum fructuarium ſeparaſſe; quoniam ſeparare non eſt colligere. An dicimus per poſtrema per *dict. leg. 13.* corrigi ſententiam ante relatam? Utramque opinionem refert Accurſ. in *dict. l. 13.* & priorem, ait eſſe Joan. & Azonis, quam & communiter Interpp. ſequuntur, ſecundum quam dicendum erit, iterum eſſe abuſionem & ambiguitatem in verbo *perceperit*, & in verbis ultimis, *cum eos perceperit*, ſubintelligendum pronomen IPSE, & perceptio in priori ſignificatu erit accipienda & ad hunc modum quoque explicanda erit *l. qui ſcit. 25. §. 1. in fin. de uſur.* ubi itidem Juliani ſententia qualis in *dict. l. 13.* Hinc autem, & quod ut fructus fiant fructuarii, neceſſe eſt ab ipſo ſeparari & percipi, fit, ut ſi fur deſeruerit fructus maturos, condictio (quæ domino datur contra furem) non competat fructuario, ſed proprietario, *l. 12. §. Iulian. 5. de uſufr.*

Hæc occaſione vel ipſe dicenda fuerunt, ſimul ut intelligeretur, quomodo & quando fructuarius fructus faceret ſuos, & quid in hac re differret à bonæ fidei poſſeſſore. Et pertinet hoc quoque ad explicationem ejus quod hic ſequ[illegible],
3 ſi fructuarius necdum † perceptis fructibus deceſſerit, nihil tranſmitti ad hæredem: Quod ſi enim poſteriorem explicationem *dict. leg. 13* ſequamur, & ſententiam Labeonis à Juliano corrigi dicamus, ſi fructuarius deceſſit, poſt decerptas uvas, defectum frumentum, aut fœnum necdum convectum in horrea, fructus illos non hæredis fructuarii, ſed proprietarii eſſe conſequetur. Quæ ſententia paulo durior & abſurdior eſt, & videtur tacite reprobari hic à Juſtiniano, dum fructus perceptos opponit maturis; qui videlicet necdum decerpti & ſeparati ſunt, ſed adhuc pendent, aut ſtant, licet ſint in eo, ut decerpantur & demetantur.

Hæc

Hæc enim eſt principalis quæſtio & tractatio hujus §. itaque apparet verbum IPSE hoc §. non poni eo fine, ut excludat alium ſeparantem fructus, dum vivit fructuarius, (quilque enim regulariter ipſe fructus vel alius ejus juſſus ſeparare præſumitur) ſed ut excludat hęredem, cui premortuo fructuario, ſeparandi & percipiendi fructus licet maturos jus non eſt. Ubi nova occurrit difficultas, & videtur iniquum eſſe, ut cum fructuarius impenſis ſuis fundum coluerit fructuum ſpe privetur hæres ejus. Finge eum toto anno in vineas magnos ſumptus feciſſe, & adulto autumno, cum jam jam uvæ colligendæ eſſent, ſub ipſum punctum vindemiæ, mortuum eſſe, iniquum videtur, proprietarium venire ad lucrum alterius laboribus paratum. Et utcunque jus fructuarii morte expiret, non tamen inde ſequitur in fructibus jam maturis nullum jus eſſe hæredi; nam & ſoluto matrimonio finitur jus mariti in fundo dotali, fructus tamen pro rata utiq; temporis dividuntur, de quo *in l. 7. §. Papinianus ſolut. matr.* Et tamen eadem hujus §. ſententia proponitur *in l. in ſingulos 8. de ann. leg. & in d. l. 13. in pr. quib. mod. uſuſ. am.* ſunt qui ad tollendam hanc iniquitatem putant ſaltem hæredi impenſas præſtandas: quæ ſententia ſapit quidem æquitatem, ſed jure deſtituitur Cuj. † *4. ſeud. 30.* omnino putat fructus inter fructuarium vel potius eius hæredem & proprietarium dividendos eſſe pro rata anni, & hoc non tantum in pendentib. vult obtinere, ſed etiam in ſeparatis, & perceptis, quin etiam jam à fructuario cõſumptis, & audet communem opinionem, quod percepti fructus omnes ſint & maneant fructuarii & hæredis, nec adhuc pendentes, ſint domini proprietarii, iniquiſſimam & falſiſſimam dicere, ſed hoc poſterius elogium in ipſius Cujac. ſententiam optime quadrat. nihil enim ea opinione falſius, & magis directo contra textus juris, quos paulo ſup. citavimus ex *h. §. dict. l. 8. de ann. leg. l. 13. quib. mod. uſuſ. am.* Accedit quod ſi die uſusfructus legati cedente fructus ſint maturi, toti pertinent ad fructuarium *l. ſi pendentes 27. in pr. de uſufr.* & igitur eadem juris ratione finito uſufructu pertinebunt ad fructuarium. Nec n. quidquam falſius eſt, quam quod illo caſu fructu inter fructuarium & hæredem defuncti ſint dividendi. Nec rurſus quid quam magis repugnat textibus, quam ut mortuo fructuario, perceptis jam & etiam conſumptis fructibus, pars eorum ad dominum pertinere debeat. Et omnino textus qui ſimpliciter fructus vel fructuario vel domino tribuunt, prout percepti ſunt vel non, tam inſignem cavillationem non patiuntur. Et inepta comparatio eſt, quod fructus à bonæ fidei poſſeſſore percepti, licet eius dicantur facti, tamen veniant in rei vindicationem, ſi adhuc extent: Etenim ex iis quæ diximus ad §. *praced.* apparet quę ſit hactenus differentia inter bonæ fidei poſſeſſorem & fructuarium, qui ex conſtitutione domini jus utendi habet; & utique bonæ fidei poſſeſſor non tenetur de conſumptis: at quin Cujac. abſurdiſſime etiam conſumptos fructus vocat in diviſionem. Neque vero in tam abſurdam opinionem debeat impelli Cuj. per *l. ſi operas 26. de uſuf.* quoniam alia ratio eſt fructuum naturalium, quæ ſingulis annis ſemel naſcuntur & percipiuntur; alia civilium, & v. c. de quib. agitur in d. l. 26. de mercedum pro operis ſervi, quæ in ſingulos dies etiam habent ſuam ſeparationem, & perfectionem; in quibus operis eſt quaſi fructus ſervi; qui ſi operas præſtitiſſet ipſi fructuario, utique mortuo eo protinus operas præſtare deſiiſſet; conſequenter etiam ſi locavit operas in certum tempus, ante mortuo fructuario, non poteſt integra merces ad fructuarii hæredem pertinere: quoiam fructus iſti nec dum percepti dici poſſunt, niſi temporis præcedentis. Argumentum de marito ſup. adductum ſimile non eſt, nam & ſoluto matrimonio ipſo jure maritus manet dominus, & dominium in hæredem tranſit *l. 1. §. 1. de fund. dot.* & ſi maturis fructibus fundus in dotem datus ſit, fructus illi lucro mariti non ſunt, ſed augent dotem.

Eadem fere & de colono.] Duo ſunt quam iſto §. traſ ctantur, † primum de modo percipiendi & adquirendi fructus; & quod fructuarius eos ſuos non faciat, niſi ipſe eos perceperit; nam eo etiam verbum ipſe referendum eſt, licet principaliter poſitum videatur propter alterum, iſtud quod hic tractatur, fructus licet maturos necdum perceptos eo tempore, quo finitur uſusfructus, ad proprietarium pertinere. Ait Juſtin. Eadem de colono dici, videndum, an in utroque an in alterutro tantum. Et poſterius hoc in colono & hærede ejus ſecus eſſe & fructus maturos ad hæredem eius pertinere, probatur duplici ratione 1. quod merces intelligitur conſtituta annua pro quantitate fructuum qui eo anno naſcaturi ſunt: itaque inſignis injuria inferretur colono & heredi, ſi locator mercedem acciperet, & fructus quoque ſibi aſſereret & locatio ruſtici prædii nullo expreſſo tempore ea de cauſa in annum facta intelligitur *arg. l. item 13. §. ult. locati*, 2. quoniam locatio non finitur morte, ſed in eam ſuccedit hæres §. *ult. inf. de loc. l. viam ver. C. eod.* Et itaq; cum in hoc non poſſit

idem dici de colono quod de fructuario, relinquitur ut in priori illo conveniant, ut fructus demum eos suos faciat colonus, quos ipse percepit, non quos alius suo nomine seperavit, idque probat *l. si servus* 6. §. *locavi* 8. *de furt.* & aperte *l. cum in plures* 60. §. *messem. locati.* Sed contradicere videtur *l si* 6 *apes.* 26. *de furt.* † ex qua quidem notat Pacius hic, differre hac in re fructuarium & colonum, & ait fructus fieri coloni à quocunque percepti fuerint, tum etiam fructus pendentes maturos ad coloni hæredem pertinere sed miror judicium hominis; quoniam cum de his duobus tantum tractetur hoc §. si in utroque differt colonus à fructuario falso & absurde scribitur: eadem fere de colono esse dicenda: sed scribendum fuisset: Idem vel eadem de colono non dicenda. Et sane videtur rationi non convenire, ut colonus qui nudam plane detentionem & sane infirmius jus habet, quam fructuarius, faciat fructus suos, à quocunque etiam fuerint separati, hoc enim jus non potest esse nisi domini & qui vice ejus est, bonæ fide possessoris, qui jure soli percipiunt fructus: non eorum, qui ex consensu domini, & conventione jus fructuú quæ situm habent. Nec difficilis est responsio *ad d. l. 26. in fin de furt.* nec enim condictionem furtivam colono dat JCtus, pro functibus, sed tantum actionem furti, quæ competit etiam non dominis, quorum interest: quomodo *in l. arboribus* 12. §. *Iulianus* 5. *de usufr.* in iisdem terminis datur proprietario cõdictio furtiva, sed fructuario actio furti: itaque *in d. l.* 26. hæc verba, *quia ut primum decerptus esset, eius esse cepisset*, pertinent ad rationem reddendam, quare colonus actionem furti habeat, quoniam ejus interest ab alio fructus deceptos non fuisse, siquidem ipse decerpendo suos eos fecisset, itaque non ait, *eius esse cepit, sed ejus esse cepisset.* Quæ procul dubio vera ejus loci explicatio est. Et ex his etiam coarguitur contrarius error Theophili hic, qui particulam fere ait supervacuo adjectam esse. τὸ δὲ Fere, ait, περισσεύει, quem quidem recte hoc nomine ibidem reprehendit Goth. sed ipse contrario errore, quem jam in Pacio notavimus, seinduit, dum adscribit, aliam differentiam coloni & fructuarij esse in *l 26. de furt. & in l.* 12. §. 5. *de usufr.* ubi tractatur, quomodo percipiendo fructuarius fructus suos faciat; nos vero hactenus istos convenire probavimus; quæ monenda fuerunt, ut ab istis Notarum scriptoribus sibi caveant studiosi; Et in eodem errore hæret Mynt. hic Limitat istam sententiam Johan Fab. procedere in colono simplici, secus esse in eo qui ad non modicum tempus conduxit, quoniam hic habeat utilem actionem in rem *l.* 1. §. 2. *de superficiebus* & confirmatur optime per *l. qui scit.* 2. §. 1. *in fine de usur.* ubi hac in re confertur cum bonæ fidei possessore, qui tenet fundum vectigalem, & utique ex conducto, *ut si ager vectigal.* sed nimirum quia habet actionem in rem d. 1. unde quadantenus instar domini esse videtur. Et fortasse etiam aliud fuerit in colono partiario qui instar socii est: & scilicet quo ad partem suam.

In pecudum fructum.] Hæc quoque subjiciuntur 7 propter fructuarium, † quæ commodius sub proprio titulo qui sequitur, tractata fuissent. Quæritur quænam in fructu esse dicantur, ut in fide intelligamus, quænam ad fructuarium pertineant, quamvis eadem quæstio præsertim circa partum ancillæ in bonæ fidei possessore tractari possit. Sed Justin. fructuario agit, & ait ejus fieri, quæ sunt in fructu pecudum, quarum usus fructus est constitutus Idque præcipue proponit, ut exciperet partum ancillæ, quem negat ad fructuarium pertinere, ut & *in* §. *furtivus* 2. *vers. unde infra de usucap.* quoniam non sit in fructu partus, *h.* § & *l. in pecudi* 28. *de usur.* quam veterem esse quæstionem ait Ulp. *in l. vetus* 68. *de usur.* ubi rationem receptæ sententiæ hanc reddit, quod homo non possit esse in fructu hominis. Sed quid ni? utique equus est in fructu equi; & ut Hottom. hic, ita nec esset in fructu proprietarii; aut ad dicimus esse proprietarii non qua fructum ancillæ, sed quod alias partus sequatur ventrem. Sed cui bono ista subtilitas? & quid tandem prodest parti, non esse in fructu? cum nihil ipsius interfit an fructuario an proprietario adquirantur. Non male Hottoman. hanc rationem ita explicat, quod equas, oves, huic soli fere fini alamus, ut fœtus edant, & sobolem procreent: sed non conveniat excellentiæ hominis, ut fœturæ causa ancillæ habeantur, quod etiam turpiculum fuerit; eoque referenda est ratio hujus §. *ex l* 28. *de usur.* quod natura hominum gratia produxerit. Attamen eum Romani servos pene in pecudum numero habuerint *l* 2. *ad L. Aquil.* nihil absurdum fuisset, si & partum hactenus in fructu esse statuissent: & nullam solidam rationem hic militare illud argumento est, quod ut est *d. l. 68. & Cicero refert* 2. *de finib.* inter principes civitatis, Brutum, Scævolam & Manilium ea de re controversia fuit. Tum etiam, hæc ratio, quod non conveniat ancillam quasi fœturæ gratia haberi, hoc fere tantum effecit, ut ne partus ancillæ fructuario, & qui sunt ejusdem generis quæreretur; ceteroquin in aliis plerisque partibus juris, partus quoque inter fructus recensetur; ita

ut

ut ad quem fructus ancillæ pertinere debet, eidem cedat & partus, ut patet ex textibus *in l. respondit* 14. *de usur. l. Falcidia* 24. §. 1. *ad L. Falc. l. deducta* 58. *hereditatem* 4. *ad SC. Trebell.* ubi partus ancillæ cum fœtu pecorum comparatur *l. quæsitum* 91. §. *ult. de legat.* 1. Est autem ea opinione istud, quod cum fructus pecudum statim fiant bonæ fidei possessoris, non ita tamen fiat partus ancillæ, sed usucapione opus sit *l.* 4. §. *Luna* 19. *de usuc. l.* 28. §. 1. *de usur.*

Sed & si gregis.] Hoc quoque rectius sub tit. 4. propositum fuisset: usufructuarius tenetur colere & omnia agere ut bonus paterfam. & super hoc etiam satisdare, *t. t. usufr. quemad. caveat. & in l.* 1. §. *eo. cit.* uti debere ita, ut faceret in re propria. Huc autem pertinent, quæ hic proponuntur, ut vineas & hortos integros servet, & in locum vitium & arborum demortuarum (nam & plantæ vivunt & habent animam vegetantem) alias subsituat; & in locum demortuorum capitum ex grege alia submittat; scilicet si gregis tanquam universitatis relictus fuit usus fructus; *h.* §. *& l. verus* 68. *ult. cum* 2. *ll. seqq. de usufr.* secus si capitum singulorum *l. quid ergo* 70. §. *sed quod* 3. *eod. tit.* Sed & supplebit non aliunde, verum ex agnatis *d. l.* 68. §. *ult.*

TEXTVS.

29. Thesauros quos quis in loco suo invenerit, Divus Adrianus naturalem æquitatem secutus ei concessit, qui eos invenerit. Idemque statuit si quis in sacro aut religioso loco fortuito casu invenerit. At si quis in alieno loco non data ad hoc opera, sed fortuito invenerit, dimidium domino soli concessit, dimidium inventori. Et convenienter, si quis in Cæsaris loco invenerit, dimidium inventoris, & dimidium esse Cæsaris statuit. Cui conveniens est, ut si quis in fiscali loco vel publico, vel civitatis invenerit, dimidium ipsius esse debeat, & dimidium fisci vel civitatis.

COMMENTARIVS.

1 *Thesaurus quid.*
2 *Adquirendi thesauri ratio.*
3 *Ad l.* 3. *de iure fisci.*
4 *Thesaurus ad regalia.*
5 *De invento in fundo emphyteutico.*

MEMBRA huius materiæ varie disjecta sunt. Diximus supra *ad* §. *Item lapilli* generalem modum adquirendi esse occupationem, & hanc ab objecto distingui, quod occupamus res, quæ sunt alicuius, vel quæ sunt nullius, & huius species esse dicas, venationem & inventionem. Huius objecta esse tria, lapillos & gemmas natas in mari & in littore repertas, res pro derelicto habitas, de quibus *in* §. *pen. infra. h. t.* & thesauros de quib. *hoc* §. & nullo judicio Wesembec. hic thesaurum refert inter ea quæ sunt alicuius: utique enim sub hac qualitate non fiunt inventionis, sed tamquam
1 qui sint nullius. Ubi inprimis notandum † thesaurum improprie & proprie, & ambigue dici. Laxius sumitur pro quavis alicubi reposita pecunia, etiam de cuius domino constat *l. thesauros* 25. *ad exh. l. peregre* 44. *in prin. de adq. possess. l. Item* 22. *in pr. fam. erc.* sed iste, non est objectum occupationis, & inventionis, verum quo sensu hic sumitur pro veteri depositione pecuniæ, cuius dominus ignoratur, ut *in l. un. C. de thesauris l. à tutore* 67. *de rei vind. & in l. nunquam* 31. §. 1. *h. t.* ubi ista quoque descriptio proponitur, & *in d. l. un. C. de thesaur.* thesauri appellatione dicuntur contineri condita ab ignotis dominis tempore vetustiori mobilia; nec video cur Cuiac. ibi malit legere, *monilia*. Eodem sensu sumitur *in l.* 3. §. *Neratius* 3. *de adq. poss.* contra quam male ibi putat Gothof. & quod dicitur scire possessorem fundi, quod thesaurus sit alienus, nihil aliud significat, quam quod sciat non esse suum, non autem, quod alterius eum esse sciat. Si-
2 cuti autem aliæ species † adquisitionis, ita & ista utcunque ex jure gentium descendat, tamen recipit moderationem à jure civili, ut apparet ex *C. Theod. tit. de thesauris & l. un. C. Justin. eodem.* eoque pertinet constitutio Hadrian. h. § relata; & apud *Spartianum in Adriani vita sect.* 10. De thesauris ita cavit, ut si quis in suo reperisset, ipse potiretur; si quis in alieno, dimidium domino daretur; si quis in publico, cum fisco æqualiter partiretur; si prorsus ut hic Justinian. præterquam quod de sacro & religioso loco adspergit; de quo mox. Et ante omnia autem ut procedat ista adquisitio, oportet thesaurum inventum esse citra vetitas & illicitas artes, ceteroquin etiamsi in proprio repertus sit, auferetur inventori, *d. l. un. C. de thesaur. lib.* 10. Quæ artes si absint: 1. Si inventus sit in loco proprio, totus est inventoris *h.* §. *& d. l. un.* quod naturalis ratio suadet; nec interest, an in loco proprio, casu fortuito, an data opera & quæsitus, inventus sit thesaurus. 2. Si in loco alieno inven-

Digitized by Google

tus ſit theſaurus, inventio non eſt ſimpliciter modus acquirendi. Quia ſi data opera invenerit, nihil ex eo habet, ſed totum eſt domini loci, ut arguit hic locus *in verſ. ut ſi quis.* & expreſſum eſt *in d. l. unic.* ubi additur ratio, quod nemini fas ſit in alieno ſcrutari ſepoſitas opes; adeo factum illicitum, non debet præbere lucrum. Sed etſi fortuito caſu invenerit, non totum, ſed ſaltem dimidium habet, *h. §. d. l. un. in fin.* Nec intereſt locus alicujus privatus ſit an publicus, Cæſaris, fiſci vel alicujus civitatis, *h. §. verſ. & convenienter.*

3 ſcrupulus eſt *in verſ. idemque. h. §.* † ſi quis theſaurum in loco ſacro, vel religioſo invenerit; Juſtinianus enim totum tribuit inventori, ex illa procul dubio ratione, quod locus eſt nullius. Sed contrarium placuiſſe Divis fratribus, qui non multo poſt Hadrianum ſecuti ſunt, ſcribit JCtus *in l. 3 §. ſin locum 10. de jure fiſci.* videlicet dimidium ad fiſcum pertinere, ſi theſaurus in religioſis locis & monumentis fuerit repertus. Weſembecius tamen hæc ita conciliat, ut inter loca religioſa, quæ nullius, & quæ publica ſunt, diſtinguat.

Atquin religioſa ſola omnia ſunt nullius, ut ſupra tradidit Juſtinian. *in §. nullius hujus tit.* Et ut non negarim monumenta familiarium poſſe propria ratione, & propter uſum privata dici, ita non ſatis intelligo, quæ ſit ratio ſeparandi loca religioſa, quæ opponuntur privatis, ut alia ſint nullius, alia publica; non enim video, quæ alia poſſint dici nullius, quam quæ ſepulturæ publicæ quorumvis ſunt deſtinatæ, quæ profecto eadem publica erunt, potius dixerit quis hunc textum de loco religioſo privato accipiendum; quamvis id non ſatis videatur convenire menti Juſtin. qui coniungit locum religioſum & ſacrum; qui vix ullo modo privatus dici poteſt: nam licet ſacra eſſent privata familiarum, non tamen fuerunt ædes ſacræ privatæ illæ.

Et ego puto ſimpliciusſe, ut cum *Cuiacio 9. obſerv. 37.* (ubi hoc bene comprobat) admittamus varias de jure inventorum theſauri fuiſſe Impp. conſtitutiones, quod ex textibus apparet ſub tit. C Theod. de theſauris; & *d. l. unic. Cod. Juſtin. eod.* quæ oſtendit, ante opus fuiſſe impetrare reſcriptum Imperatoris; & quod in hoc §. proponitur, poſt non obſervatum, ſed fiſcum ſibi ius in theſauris ubi ubi repertis vindicaſſe, apparet ex *Novell Leonis 5.* ubi hoc jus reducit; & ex conſtitutione Friderici 2. *feud. 16.* itidem ut ex *l. 1. §. 10. de jur. fiſci*, theſaurus inventus in loco religioſo, fortuito, cedit pro parte dimidia fiſco. Et Acc. in effectu pugnare iſta loca *huius §. & diſt. leg. 3. de jure fiſc.* cenſet: dum inter rationem naturalem & civilem diſtinguit; quam diſtinctionem communiter interpp. *Ang. Porc. Fab.* ſequuntur.

Quod ſi quis quærat, qui fiat, quod Impp. 4 multijus † *in* Theſauris ſibi arrogaverint, & hoc quaſi inter regalia & jura principis vel fiſci fuerit relatum; hæc non abſurda ratio forte reddi poteſt, quia qui ſepelit & abſcondit pecuniam, peccat contra conſtitutiones, *l. 4. §. 6. ad L. Juliam peculat.* quamvis ille locus propriè eo pertinere videtur ut ne cum corporibus mortuis aut reliquiis, pecuniæ in monumentis condantur. Deinde, cum tributa ſolvantur pro patrimoniorum quantitate: interim fiſcus tributis fraudatus pecuniæ reconditæ, & ob hoc non injuria aliquid ſibi vindicare videtur. Et cum res ſit nullius, non videtur injuria fieri privatis; cum theſaurus non ſit pars fundi; & jus ſupremum & univerſale territorii ad principes pertinet. Dicimus inventione adquiri theſaurum, & diximus ſupra, inventionem non eſſe in viſu, ſed in apprehenſione. An idem in theſauro? Id primum diverſum eſt, quod illic *in §. item lapillo* tractatur de re inventa in loco, in quo omnibus idem jus eſt: hic non ita, tum theſauri inventionem præcedit aliquis actus, v. c. foſſionis: tum theſaurus conſiſtit fere in multis corporibus. Itaque ſi quis effuderit theſaurum, vix putarim alium ſupervenientem irruere, & apprehendendo alterum prævertere poſſe. Joh. Plat. notat, debere ita viſum eſſe, ut ſit ſub cuſtodia noſtra.

5 Obiter adjicere libet, ſi quis † in loco qui utili dominio ipſius eſt, invenerit theſaurum, velut in fundo emphyteutico, an totus ſit emphyteutæ; an dividendus cum domino directo. Pro emphyteuta reſpondet Weſembec. hic, locum habere hactenus pro proprio, eamque teſtatur communem eſſe Dd. ſententiam. Et habet ille ſane & pleniſſimam utilitatem, & vindicationem utilem contra ipſum directum dominum, ſed tamen ſi ex juris ratione agamus conductoris vicem quodammodo habet emphyteuta, & plane alter verus dominus fundi eſt utique iſta ſententia ad emphyteuſin perpetuam. qualis enim natura ſua eſſe ſolet reſtringenda eſt: cererequin non dubitem iſtâ ſententiam eſſe falſam. Illud a omnino ferri non poteſt, quod Weſemb. etiam in fundo fructuario inventum totum eſſe ait fructuarii; cum hic revera nec poſſeſſionem habeat; & omnino mor-

te ejus

te ejus ſæpe etiam tempore, finiatur & expiret uſusfructus; & communiter Interpp. hic recte id negant, apud quos etiam vide: quid juris in vaſallo, marito, &c.

Fiſcali vel publico vel Civitatis.] Hæc verba, *vel civitatis* ſupervacua eſſe videntur, nec ea agnoſcit Theoph. ſed ſane conſtat publica in ſpecie dici, quæ ſunt populi Romani *l. eum 16. de verb. ſign.* ut merito quæ civitatum ſunt, hoc ſenſu à Publicis ſeparentur. Sed quid diſtat locus fiſcalis à publico? Puto etiam tum quædam loca ſub Impp. dicta fuiſſe quaſi populi Romani, cum fiſcus magis ad Imp. pertinere videretur. Sed ſi hæc ita recte ſeparantur, fiſcalis locus, publicus & civitatis: debebant etiam poſtea tria membra proponi; atquin tantùm ponuntur duo, *dimidium fiſci vel civitatis*. Si hoc urgemus potius verba præcedd. *vel publico* abundare dicenda eſſent; & ſane ſub Juſtin. publica pop. Rom. & fiſcalia erant eadem; nec omnino vitioſe, quæ initio ratione veteris juris per duo membra propoſita erant, poſtea quaſi communi uno nomine referuntur, plane ejuſmodi accuratio à Triboniano exigenda non eſt.

TEXTUS.

30. Per traditionem quoque jure naturali res nobis adquiruntur: nihil enim tam conveniens eſt naturali æquitati, quam voluntatem domini, volentis rem ſuam in alium transferre, ratam haberi: & ideo cujuſque generis ſit corporalis res, tradi poteſt, & à domino tradita alienatur. Itaque ſtipendiaria quoque & tributaria prædia eodem modo alienantur. Vocantur autem ſtipendiaria & tributaria prædia quæ in provinciis ſunt; inter quæ nec non & Italica prædia ex noſtra conſtitutione nulla eſt differentia: ſed ſiquidem ex cauſa donationis, aut dotis, aut qualibet alia ex cauſa tradantur, ſine dubio transferuntur. Venditæ vero res & traditæ non aliter emptori adquiruntur, quàm ſi is venditori pretium ſolverit, vel modo alio ei ſatis fecerit, veluti pignore aut expromiſſore dato: quod quanquam cavetur ex Lege XII. Tabularum, tamen recte dicitur & iure gentium, id eſt, iure naturali, id effici. Sed ſi is qui vendit, fidem emptoris ſecutus fuerit, dicendum eſt, ſtatim rem fieri emptoris.

COMMENTARIVS.

1 *Cauſa & titulus.*
2 *Traditio incorporalium.*
3 *Prædia ſtipendiaria.*
4 *Traditio ſola ex cauſa venditionis an transferat dominium.*

DIximus ſup. ad §. *Fera* 12. *h. t.* occupationem quoque diſtingui, quod occupemus res quæ ſunt nullius, vel quæ alicuius; & has vel invitis dominis, quos in poteſtatem redegimus, & ſuperavimus, quomodo adquirimus res hoſtium, vel volentibus dominis, nimirùm res quas ipſi nobis ſponte tradunt, de qua re hoc §. agitur. Itaque hic modus adquirendi eſt, acceptio rei traditæ, & inſubtiliter loquuntur, qui dicunt traditionem eſſe modum adquirendi dominii; cum ea ſit modus transferendi, ubi illud in primis obſervandum, in ceteris fere adquirendi juris gentium modis, venatione, inventione, ſpecificatione, acceſſione, titulum ſive cauſam, & modum adquirendi concurrere in idem, v. c. venatio & occupatio beſtiæ feræ, eadem eſt adquirendi modus & titulus. Atquin in hac ſpecie adquiſitionis iſta dico perpetuo ſunt diſtincta; traditio eſt modus transferendi, emptio, donatio † &c. ſunt tituli & cauſæ ex quibus transfertur dominium, vel jus uſucapiendi; & ſunt adeo tituli poſſeſſionis, quam ſequitur dominium, vel non prout tradens dominus eſt vel non. Tituli inquam & cauſæ dicuntur *l. nullo 24. & l. ult. C. de rei vind. l. 3. §. genera 11. de adq. poſſ. l. numquam 31. §. 1. de adq. rer. dom. l. cogi 11. C. de petit. hered.* & paſſim in materia præſcript. & uſucap. licet aliquando latius & abuſive verbum *Tituli* ſumatur, pro contractu, ex quo uſucapio nulla nec dominium tranſit, velut *in l. ſi quis 11. in pr. C. accept.* ibi, *depoſitionis titulum*: Apparet autem hic intelligi titulum & cauſam talem, ex qua tranſeat dominium ex ratione juris gentium, juxta voluntatem tradentis, & naturam conventionis & tractatus præcedentis. Cauſa dicitur, quoniam ex hac orta eſt occaſio traditionis, titulus autem, quoniam tuetur poſſidentem, & juſtitiam poſſeſſionis oſtendit. Et hoc nimirum primum eſt, quod requiritur,

2 titur , † ut traditio transferat dominium, vel jus usucapiendi , ut traditio fiat ex justa causa *d.l.numquam* 31. *in princ. h. t. h. text. vers. sed siquidem.* alias non justa consetur possessio, quoniam nemo sine causa rem suam in alium transferre intelligitur. Hæc autem duo semper conjungenda sunt, dominium aut jus usucapiendi ; quoniam potest fieri , ut res sit aliena , cujus adeo qui eam accipit, dominus effici non potest , sed sit bonæ fidei possessor , qui usucapiendi jus habet,de quo paulo inferius. Nihil hic super est , nisi ut textum perlustremus , si breviter prius dixerimus,quod hic sit tradere : nimirum rem in alium transferre, ut ipsi rem habere & tenere liceat : ex quo consequitur, ubi alius rem detinet & possidet, non posse eam mihi tradi ; & consequenter nec ejus dominium in me transferri ; neque enim duo eandem rem tenere & habere possunt ; hic agimus de adquirendi modis ex jure gentium , quo dominia initium capiunt à possessione *l.* 1. *in pr. de adq. poss.* quod in civilibus aliquibus modis secus est , veluti hæreditatibus legatis , de quibus infra.& dixi de hac re plene ad *Treutl. de adq. rer. dom.th.*4. *in fin.* Et opinio communis Dd. qui negant opus esse vacua possessione in transferendo dominio , inde confutatur , quod fatentur (ut hic refert Porcius) aliud esse in venditione : Etenim inepta plane est ratio specialitatis,quod emptio sit titulus onerosi : etenim talis est & permutatio; & inde sumere rationem differentiæ , rationis non est.

Jure naturali.] Quoniam dominia ex jure gentium sunt , consequens est , ut quisque habeat jus rem suam in aliud transferendi eodem jure. Non abs re tamen est , quod notat Hottom. traditionem hic dum refertur ad jus naturale , quasi opponi aliis modis adquirendi in Republ. Romana quorum meminit Ulpian. *tit.* 19. *de dominiis:* & qui sunt juris civilis : veluti sunt reliqui quinque apud *Ulp. d. loco mancipatio* , usucapio , in jure cessio , adjudicatio Lex: quæ d.loco explicat Ulpianus,quamvis non satis accurata eorum membrorum oppositio : nam & in jure cessione , & in mancipatione , intervenichat haud dubie traditio & translatio rei : alia insuper solennia interveniebant ; traditio autem in specie significat, simplicem ex causa justa præcedenti translationem.

Voluntatem domini.] Qui modo plenus & absolutus dominus est , & administrationem rerum suarum habet, de quo dicemus *infra.h.lib.tit.*8. Ceterum nihil interest an ipse dominus tradat,an alius ejus mandato de *quo in* §. *seq.*

Corporalis res.] Hæ res incurrunt in sensum , eoque in iis apparet , quomodo ab uno in alium transferantur. Incorporalia intellectu tantum percipiuntur nec vere traduntur & possidentur *l.* 4.§. *si viam* 27. *de usucap.* & est tamen eorum ficta & quasi traditio, sicut etiam apprehensio ejusdem generis , per usum, in quo consistit rerum incorporalium quasi possessio ; quam tradere intelligitur,qui patitur alterum aliquo jure uti,arg.§. *ult. infr. tit.* 3.*l.* 3.§. *si iter de act. empt.* text. eleg. *in l. ult. de servit. l.* 6.§. 1. *si serv. vindic. iunct. l. ait* 23.§. 2. *Ex quib. caus. major. l.* 3. *si usufr. pet.* & ita dicitur dari usus fructus *l.* 3. *in pr. de usufr. & ius possideri l.* 2.§. *ult. de prec.* Itaque , aut quia in his res apertior est, aut verior traditio earum est , Justin. rerum corporalium fecit mentionem ; non uti plane excluderet res incorporales,quæ & in contractum veniunt,& quarum etiam sua quædam traditio est per dd.textus.

Itaque & stipendiaria &c.] Hottom.putat hic Tribonianum non intellexisse quid scripserit ; & eum contrario modo scribere debuisse , Italica 13 quoque † prædia , posse isto modo alienari, Sed fortassis Hottomannus ignoravit hic quid scriberet; & est commoda huius rei explicatio. Hottomannus utitur hac ratione , quod cum apud Romanos res quædam essent nec mancipi , quædam mancipi,*ut d.loco scribit Ulp.* & pluribus explicat *Revard. Marsil. & alii ad LL. XII. Tabb.* illarum dominium verum & perfectum,simplici traditione : harum vero dominium Quiritarium , non nisi legitimis modis adquirebatur, & v. c. per cessionem in jure per mancipationem & nexum , citra quas solemnitates,si simplex traditio , quamquam ex justa causa interemisset , non Quiritarium sed tantum bonitarium dominium in accipientem transferebatur Ex numero porro rerum mancipi, haud dubie fuerunt Italica prædia , quæ adeo olim per traditionem simplicem ita ut dixi non transferebantur.Et hic igitur est, quod Hottom. putat, Tribonianum scribere debuisse , quod Italica prædia hodie etiam transeant per traditionem , sublatis quippe solemnibus veteribus , & sublata quoque dominii distinctione , itemque rerum mancipi & nec mancipi. Verû non huc, sed alio omnino spectavit Tribonianus. Etenimirum provinciæ & civitates singulæ , nisi quæ speciali beneficio jus Latii

vel

vel Italiæ adeptæ eſſent; ut apparet ex *l. de cenſib. & docet Cujac. 10. obſ. 35.*) ita erant in ſubjectione Romanorum, ut quia bello ſubactæ in ditionem veniſſent, earum agri & prædia quaſi in dominio viderentur eſſe populi Romani, in cujus ſubjectionis ſignum vectigal aut tributum annuum pendere tenebatur. Et tributum vel ſtipendium notant fuiſſe certam ſummam pecuniam aut frumenti, ſed vectigal aliquid incerti, veluti decimas fructuum & frumenti. Ita hic quidem Hottoman. ſed verius eſt vectigalium nomen latius patuiſſe, & ſub iis comprehenſa portoria decimas, ſcripturam & viceſimas &c. de quibus *Sigo. 1. de iur. cit. Rom. 16.* ubi ſcribit decimas fuiſſe frument. ex agro publico, ſcripturam autem vectigal ſolutum ab iis qui ſilvis & paſcuis publicis fruebantur; de quibus hic non agitur, ſed de prædiis quæ privatis cum onere tributi vel ſtipendii relicta erant, ex quibus ſcilicet contributionibus ſtipendia militibus numerari ſolebant, in quam rem elegans locus apud *Tacit. 4. hiſtor.* ubi Petilius Cerealis; neque quies gentium, inquit, ſine armis, nec arma ſine ſtipendiis, nec ſtipendia ſine tributis haberi queunt. Igitur ut ad rem redeamus, prædia provincialia, quæ tributum pendebant, poſſeſſorum pleno jure dominii non intelligebantur, eſſe vel hoc indicio, quod conſtat prædiorum iſtorum nullam fuiſſe uſucapionem, ſed tantum longi temporis poſſeſſione hactenus ea fuiſſe adquiſita, ut exinde poſſeſſori exceptio, & poſſeſſione amiſſa, utilis ſaltem in rem actio accommodaretur, ut dicemus pluribus *infra tit. 7.* Igitur ſublata per Juſtinianum, nec immerito, poſt plane mutatam veterem formam Reipl. hac differentia prædiorum, & dominii, & poſtquam pariter eodem dominii jure, quæcunque prædia ubique locorum eodem dominii jure adquiſita fuerunt; recte ait Tribon. quod prædia ſtipendiaria & tributaria provincialia, perinde ut alia prædia per traditionem adquirantur, non quod ante non fuerint ea quoque adquiſita per traditionem, ſed quod non vero & pleno perfectoque dominii jure, idque apparet ex eo quod mox ſequitur, inter prædia iſta provincialia & Italica ſupereſſe nullam differentiam, ex ipſius conſtitutione, quæ eſt *in l. nu. C. de uſucapion. transform. inſt. pr. infr. de uſucapion.* Quæ veriſſima hujus loci explicatio eſt. Theoph. hic ſtipendium ait dictum eſſe quod ſolveretur ex provinciis quæ eſſent populi Rom. tributum ſolutum à provinciis Cæſaris. Sed commentitium, id eſt, & quod ibi de gravitate tributi, & lenitate ſtipendii nugatur, & diſtinctio illa provinciarum jam longe ante Juſtin. imo mox poſt Auguſtum ſublata fuit. Porro quod Anton. omnibus etiam provincialibus dedit jus civitatis *l. in orbe 17. de ſtat. hom.* inde non ſequitur, prædia quoque omnia provincialia jus prædiorum Italicorum conſecuta eſſe, ut proinde recte ſibi iſtam exæquationem tribuat Juſtinianus. Ait

Vendita vero res & tradita.] Recte ait, *& tradita*, nam antequam res tradita eſt, certo jure venditoris manet, ſiquidem conventio ſola dominium transferre regulariter non poteſt † ſed licet res & vendita, (quod dicitur fieri ſolo conſenſu de quo infra libr. 3.) & tradita ſit, tamen negat Juſtinian. tranſire dominium in accipientem, niſi pretium ſolutum, vel eo nomine cautum & ſatisfactum ſit ab emptore venditori; vel ut eſt in fi. §. venditor emptoris fidem ſecutus ſit, & ei fidem de pretio habuerit. At quæ tandem † ratio eſt, quominus traditio facta à domino ex juſta cauſa non transferat dominium, Hottomannus reddit hanc, quod naturæ & ſocietatis humanæ ratio poſtulet, ut ne quid alterius in alterum ſine compoſitione transferatur. At imo hæc ratio nulla eſt. Neque enim bona conſequentia hæc eſt, res vendita citra pretium ſolutum, vel habitam de eo fidem tranſit in emptorem, ergo tranſit ſine compenſatione juſta, nec hoc etiam modo. Res debet ita tranſire, ut alter compenſationem juſtam conſequatur; ergo non tranſit dominium, niſi pretium fuerit ſolutum &c. nec enim neceſſum eam compenſationem ſtatim repreſentari & protinus pretium numerari, ſed ſatis eſt ſi poſtea ſolvatur; in quam rem ex vendito actio parata eſt contra emptorem, ut pretium ſolvat, atquin effectus iſtius ſententiæ h. §. eſt, ut ſi fides de pretio habita non ſit, venditori integrum ſit rem vendicare, utpote qui adhuc rei ſit dominus. Ego hanc arbitror iſtius rei eſſerationem, quod venditor hac lege & conditione cenſeatur tradere, ſi ſoluta ſibi ſit pecunia, quam ſpectat omnimodo habere velle videtur protinus, qui rem vendit; atquin ſub conditione ſi res tradita ſit, dominii translatio impeditur. *l. proinde 8. de reb. cred.*

Quam ſi is emptori primum.] Traditum hoc etiam eſt *in l. quod vendidi 19. l. ut res 53. de contr. empt. l. procuratoris. 5 §. ſed ſi 18. de tribut. act.* Tractant Dd. ſi res ſimpliciter ſit tradita, an fides habita cenſeatur

ſeatur de pretio ; quod communius affirmatur: ſed merito à Weſemb. in dubium vocatur : ſiquidem hanc rem & deciſionem hujus §. à tacita conditione & quaſi conventione arceſſimus : quæ non videtur excludi per ſimplicem traditionem : & cenſetur tradidiſſe rem, ut impleret contractum, non autem quod haberet fidem de pretio, ut Fab. hic : ſed tamen ſi non habet fidem, & retinet dominium, non implevit contractum : omnino fidem habere, videtur hic accipiendum poſitive : & verba *non aliter* ſunt repetenda in fin. Non aliter tranſit dominium, quam ſi pretium ſolutum vel ſatisfactum, vel fides habita ſit ; citra hæc traditio facta non transfert dominium. Et ſimplex traditio non inducit, ut fides ſit habita de pretio.

Vel alio modo ſatisfecerit.] Satisfacere latius patet, quam ſolvere. Quicunque ſolvit quod debet, ſatisfacit, ſed quidam ſatisfacit, qui non ſolvit; ſcil. ita acquieſcente creditore, (neque enim cogitur) & accipiente pignora, vel fidejuſſores *fac. bene l. item 6 in pr. & §. Quib. mod. pign. ſolu.* Sicut etiam volenti creditori aliud pro alio ſolvi poteſt *l. eum 16. cum l. ſeq. C. de ſolut. l. 9. C. de reſ. vend.*

Expromiſſore.] Expromiſſor proprie & in ſpecie dicitur, qui non alienæ obligationi accedit, ſed per novationem liberato debitore principali, in ejus locum ſuccedit, & quod ille debebat ſe ſoluturum promittit, ut in *l. qui libertum 37. §. nihil. 3. de oper. lib. l. & eleganter 7. §. ſervus 8. de dolo malo l. aliquando 13. ad Velleian.* qui in ſpecie dicitur reus *d. §. 8. & l. ſi vero 64 § ſed & ſol. mat.* Hic autem videtur ſignificari fidejuſſor, *arg. d. l. 53. de cont. empt. d. l. 5 §. 18. de tribut. act.* ubi fit mentio fidejuſſoris, & in *l. ſiſe 4. § ait. 3. de re iudic.* (qui alias adpromiſſor dicitur *d. l. 64. §. 4. ſol. mat.* quia accedit obligationi alienæ integræ manenti *l. 5. §. ſatu 2. de Verb. obl.*) & quia hic conjungitur cum pignore, quòd etiam acceſſio eſt obligationis : quamvis dubium non ſit dominium tranſire in emptorem, ſi expromiſſorem in ſpecie acceptum dederit. Notat *Joh. de Plat.* poſt alios, quod hic de emptione traditur, etiam habere locum in aliis contractibus, veluti locatione, permutatione : & tamen allegat gl. diſp. quam ego pene magis probo ; & utique in locatione diverſa ratio eſt, quoniam merces non ſtatim initio contractus eſt ſolvenda. Nec talia ſunt temere ſine textu ad conſequentias trahenda.

Quod quamquam cavetur L. XII. Tabb.] Hotto. mannus ait ridiculum eſſe hanc clauſulam ; quoniam perſpicuum ſit, non quidquid eſt ex L. XII. Tabular continuo non eſſe juris gentium, ſed iſta cavillatio & calumniandi libido eſt. Et ſi quis perluſtret LL. XII. Tabularum, deprehendit pene omnia poſitivi juris eſſe, aut ad formulas & ſolemnia pertinere ; ut non fruſtranea ſit iſta admonitio. Et ſane juri gentium convenire videbatur, ut traditio ex juſta cauſa protinus transferret dominium, niſi eum colorem quem dixi ſumamus, quod ſub conditione res tradita videatur.

Iure gentium, id eſt, iure naturali. Ita quoque explicavit jus gentium *ſup. h. t. §. ſingulorum*, ubi diximus.

TEXTVS.

31. Nihil autem intereſt, utrum ipſe dominus tradat alicui rem ſuam, an voluntate ejus alius, cui ejus rei poſſeſſio permiſſa eſt. Qua ratione ſi cui libera univerſorum negotiorum adminiſtratio fuerit permiſſa à domino, iſque ex his negotiis rem vendiderit, & tradiderit, facit eam accipientis.

COMMENTARIUS.

TRia requiſita colliguntur ex text. præc. ut dominium transferatur per traditionem, 1. ut res ſit habilis, 2. ut tradatur ex juſta cauſa præcedenti, 3. ut tradatur à domino ; Ceteroquin ſi adſit bona fides in accipiente, conditio uſucapiendi tranſit. Hoc requiſitum hic declaratur, ut ſufficiat alium tradere modo domini voluntate ; & rurſus ſive ſit voluntas, aut mandatum ſpeciale, ſive generale, *verſ. qua ratione ex l. 9. § nihil 4. h. t.* ubi objici ſolet *l. procurator 63. de procuratorib.* ubi negatur procuratori rerum bonorum, jus alienandi res ſive mobiles ſive immobiles. Doctores vulgo mandatû generale procuratorium de adminiſtrando diſtinguunt: quod aliud ſit ſimplex aliud, ut loquuntur, *cum libera*, ſi videlicet libera adminiſtratio bonorum permiſſa ſit. Et ſane quidquid etiam multi contradicant, jus procuratoris, & quantum poſſit, ex formula mandati recte ſumi, evidenter probant *l. creditor 60. §. Lucius 4. Mand.* ubi libera hujuſmodi adminiſtratio permittitur, *permitto tibi quodcunque operari ut domino bonorum meorum*, & adjecit Juriſconſultus, plane ita mandatum eſſe, ſed tamen ut res ex fide agatur, quomodo & quacunque

Læſione

ta ſione conceſſa adminiſtrandi facultate, jus utique dominii conceſſum non intelligitur, *argum. l. non omnia. 5. Codic de adminiſtr. tut, l. 12. l. ultim. de cur. fur.* quibus locis docetur, extra terminos adminiſtrationis eſſe donationem. Itaque hæc diſtinctio contemnenda non eſt; proponit autem JCtus in *l. 9. §. 4.* & ex eo Juſtinian. in *h.* § liberam adminiſtrationem bonorum permiſſam eſſe. Et tamen forte hæc diſtinctio non ſufficit. Etenim in *l. rescriptum 10. §. ult. cum ll. ſeq. de pact.* procuratori qui ſimpliciter dicitur totorum bonorum datum jus paciſcendi, ut etiam domino noceat; & eidem jus deferendi juramentum *l. iusiurandum 17. §. ultim. de iureiurav.* in quo eſt remiſſio quædam & alienatio. Adeo ſi procurator quivis totorum bonorum poterit paciſci de non petendo, deferre juramentum, ita ut exceptio domino noceat, quid ni poterit & alienare? paulo durius eſt, ut cum Dd. iſta quoque loca de procuratore cum libera accipiamus, cum tantum ſimplicis procuratoris totorum bonorum mentio fiat. Itaque ego ad explicanda dd. loca hoc addere ſoleo: illis hoc non efficei, quod procurator libere ut ipſe dominus, paciſci, de non petendo aut deferre juramentum poſſit, quod ſane abſurdum eſſet; ſed ſaltem hoc, quod poſſit aliquando, ex cauſis, & velut ut deferat juramentum, ubi aliæ probationes deficiunt; quod etiam tutorem poſſe reſponſum eſt, in *leg. tutor. 35. de iureiur.* ut paciſcatur non donandi cauſa, ſed dum negotium domini ita gerit, ut viciſſim dominus aliquid conſequatur. Eoque pertinet, quod quidam explicationem huius rei petunt ex verbis huius §. *ex his negotiis* ut tum demum alienatio valeat, ſi conditio & ratio adminiſtrationis eam exegerit, facit *lex ab agnat. 2. D. de curat. fur.* ibi, *quatenus negotiorum exegit administratio* junct. l. ultim.

Cui eius rei poſſeſſio permiſſa ſit.] Hottoman. fatetur ita in omnibus veteribus Codicibus legi; ſed ipſe pro *poſſeſſo* vult legi *poteſtas*. Fateor ita commodius dici; ſed non iſtud ſufficit, ut textus emendemus; ubi modo lectio vulgata commodum ſenſum habet, utique cum hic de traditione agatur, non poterit procurator alienare & tradere rem, niſi prius poſſeſſionem eius indeptus ſit. Hæc tamen verba penitus abſunt à *l. 9. §. 4. h. t.* & à Theophilo; ut ſuſpicare liceat ex gl. interpretis forte in textum irrepſiſſe. Tanto ſane facilius tolerantur quod in pr. proponuntur, ubi agit de mandato ſpeciali; caſu oportet poſſeſſionem rei permiſſam eſſe procuratori, ſi eam tradere debeat.

TEXTVS.

32. Interdum etiam ſine traditione nuda voluntas domini ſufficit ad rem transferendam: veluti ſi rem quam aliquis tibi commodaverit, aut, locaverit, aut apud te depoſuerit, poſtea aut vendiderit tibi aut donaverit, aut dotis nomine dederit. Quamvis enim ex ea cauſa tibi eam non tradiderit, eo tamē ipſo quod patitur tuam eſſe, ſtatim tibi adquiritur proprietas, perinde ac ſi eo nomine tibi tradita fuiſſet. Item ſi quis merces depoſitas in horreo vendiderit, ſimul atq; claves horrei tradiderit emptori, transfert proprietatem mercium ad emptorem.

COMMENTARIUS.

1 *Traditio ficta.*
2 *Horrei varia ſignificatio.*

AMbiguum eſt, quod Juſtin. hic ait, ſine traditione, nuda voluntate transferri dominium. Dicitur enim ita dum confertur hæc res cum vera traditione, ubi res quæ naturaliter penes aliquem erat, in alium transfertur; Ceteroquin non abeſt in hoc caſu, qui & proponitur in *leg. 3 §. ſed ſi 20. de adquirend poſſeſſ. l. ſi ſervus 21. §. 1. de adquir. rerum domin.* omnis traditio & nuda voluntas non poteſt transferre dominium. Et nimirum traditio, alia eſt vera, alia ficta. ſub quam ſpeciem iſta quo-
1 que pertinet, quæ † dicitur fieri per fictionem brevis manus; quæ fictio vel in tribus perſonis contingit, ut ſi eum qui mihi dare volebat vel debeat juſſero tertio dare perinde enim eſt ac ſi res primo mihi data, & à me ad tertium profecta eſſet, ut in ſpecie *l. 3 §. pen. & ult. de donat. int. vir. & ux.* vel in duabus, ut in hoc §. Etenim creditur res apud me depoſita vel mihi commodata, reſtitura domi, & mox mihi ex cauſa donationis vel venditionis tradita; quod ita finxerunt JCti ne ambagibus & pluribus actibus eſſet opus. Quam fictionem intervenire illud argumento eſt, quod res jam ex alia cauſa penes me eſſe incipit, & ego jam veram habeo poſſeſſionem, quæ antea magis apud commodantem & deponentem erat, ſiquidem vera poſſeſſio ex hic cauſis non transfertur *l. licet 17.*

§. *depoſitis iunct. d. l.* 3. §. 20. *de adq. poſſ.* & probatur per *l. ſi rem* 62. *in pr. de evict.* ubi in his iisdem terminis dicitur res pro tradita haberi; & quatenus non intervenit realis translatio, dicitur hoc §. nuda voluntate transferri dominium. Citra hanc fictionem brevis manus, aliæ non paucæ ſunt ſpecies vel modi fictæ traditionis; quin imo ſi præciſe verbum traditionis ſumimus, ei in ſolis mobilibus proprie locus eſt, ſed & immobilia ſane non impropriè omnino tradi dicuntur, cum prior dominus aliũ in fundu vel ædes inducit, & tradere profitetur. Sed aliis modis & immobiles & mobiles res per fictam traditionẽ transferuntur, quæ veræ traditionis effectum habet, ut tanto expeditior eſſet commerciorum ratio. Et ſingularem ſpeciem refert Juſtin. hoc loco, traditionis fictæ mercium venditarum, & nec viſarum quidem tempore traditionis, ſed in horreo depoſitarum. ſi claves horrei traditæ fuerint; vel cellæ vinariæ *l.* 1. §. *ſi uſſerim.* 21. *de adq. poſſ.* & quidem, quod huic loco addendum eſt, apud horreum, *l. clavib.* 74. *de contr. empt.* quod recte expreſſit Theoph. ἵνα παρῇσιν τὰ ἀρεῖα, Interpres ſtolide vertit, cum ab eo non longe abeſſem. Ita inſtrumenti traditione ipſa res tradita cenſetur *l.* 1. *Cod. de donat.* obſignatione in ſpecie *l. qui d. ſi* 14. *de peric. & comm. rei vend.* item appoſitione cuſtodis *l. quarundam* 51. *de adq. poſſ.* ubi eo ſenſu quo hoc textu nuda voluntate, res transferri, dicitur poſſeſſio adprehendi animo ſcil oppoſitive ad actualem ac naturalem apprehenſionem; Ceteroquin & ibi eſt miniſterium aliquod corporis, ſine quo nulla poſſeſſio adquiri poteſt, ut apparet, ex aliis variis ſpecieb. & modis fictæ traditionis & apprehenſionis, qui proponuntur in *l.* 1. §. *ſi uſſerim* 21. *l. quod meo* 1. §. 2. *de adq. poſſeſſ. l. quadam* 77. *de rei vind.* Et iſtud de clavibus traditis ita procedit, ſi præceſſerit habilis cauſa transferendi dominii; Ceteroquin clavium traditio tantum cuſtodiam commiſſam arguit, *arg. l. cum pater* 77. § *pater* 21. *de leg.* 2.

2 *In horreo.*] Horreum † dictum videtur ab hordeo ſicut farreum à farre, ut eſt apud Feſtum; alii quaſi horridum ariſtis. Latius tamen illa vox uſurpata fuit, etiam pro cella vinaria Hor. 3. od. 28. Parcis diripere horreo.

Ceſſantem bibuli conſulis amphoram. Seneca Epiſt. 115 plena multorum ſeculorum vindemiis horrea hoc ſenſu in *l. tabernam* 7. *de inſtruct. leg.* 2. *C. de peric. rei vend.* Notius eſt, quam ut pluribus moneri debeat, JCtis noſtris uſurpari pro locis quibus in urbe res precioſe aſſervari ſolebant. Nec tamen JCtis tantum. Apud *Apul.* 7. *metam.* horreum gazis Milonis refertum; & lib. 4. horreum, ubi argentum copioſum recondi viderat, & *Iuv.* 5 ædium horrea magnis congeſta gazis. In libris noſtris loca ſunt obvia *h. §. & l. clavibus* 74. *& l. domo* 6. *de contrab. empt. l. dominus* 55. *locati l.* 1. *Cod. eod. l.* 3. *& 2. de offic. præfect. vig. l. Seia* 20. § *pen. de inſtr. leg. l. ſi quis* 6. *de edend. l. pedicul is* 33. §. *idem* 4. *de aur. & arg. l. in ratione* 30. § *certis ad l. Falcid. pignus* 9. *C. de pign. act.* Unde horrearius *l. ſi vero* 5. §. 3. *de his qui deiec. l. Celſus* 5. *in pr. ad exhib.*

TEXTUS.

Hoc amplius, interdum & in incertam perſonam collata voluntas domini, transfert rei proprietatem: ut ecce prætores & cõſules, cum miſſilia jactãt in vulgus, ignorant quid eorum quiſque ſit excepturus; & tamen quia volunt, quod quiſque acceperit, eius eſſe, ſtatim eum dominum efficiunt.

COMMENTARIUS.

CAjus in *l.* 9 § *pen. h. t.* tantun. facit mentionem miſſilium jactatorum in vulgus, & in *l.* 5. §. 1. *pro derel.* cum. qui æs ſparſerit. Juſtinianus hic facit mentionem conſulum & prætorum qui miſſilia ſpargant. Impp. aliquando miſſilia ſparſiſſe legimus, ut Caligulam *Sueton. cap.* 8 Sparſit miſſilia variarum, & Neronem, *Suet. cap.* 11. Sparſa populo miſſilia omnium rerum: nec diſſimile quid in Auguſto ſcribit *cap* 98. Magiſtratus autem Romani prætores & conſules, ludos ſub initium magiſtratus ediditſe legimus, ſparſiſſe & jactaſſe pecuniam in vulgus vix legimus: & videtur id factitatum demum à Græculis, Imperio Conſtantinopolin translato; & quia illi ſic aut nimis abuti eare ad aucupandam populi gratiam; aut quia res in neceſſitatem tranſierat, & omnes forte illis ſumptibus pares non eſſent, vetitum id conſtitutione *l.* 1. *C. de contrad.* Sed rurſus, cum temperamento permiſſum à Juſtin *N.* 65 *cap.* 2. § 1. poteſt autem iſta ſparſio ſive jactatio dici traditio indefinita, in eum qui ſparſum ſit apprehenſurus: poteſt etiam quod ita ſparſum eſt videri pro derelicto habitum, ut conſequenter merito ejus eſſe debeat, quiſquis id apprehenderit & occuparerit, juxta ea quæ mox dicemus ad §. *ſeq.* Eſt autem iſtud diſcrimen, quod

quod qui ſpargit pecuniam; ei fini habet pro derelicto, ut alterius fiat, quod etiam ſcit futurum, ideo qui occupat, habet voluntatem domini: quod ſe. cus eſt in §. ſeq. ubi hoc ſaltem agitur, ut pro derelicto res ſit.

TEXTVS.

Qua ratione verius eſſe videtur: ſi rem pro derelicto à domino habitam quis occupaverit, ſtatim eum dominum effici. Pro delicto autem habetur, quod dominus ea mente abiecerit, ut id in numero rerũ ſuarum eſſe nolit: ideoq; ſtatim dominus eius deſinit eſſe. Alia ſane cauſa eſt earum rerum, quæ in tempeſtate levandæ navis cauſa ejiciuntur: hæ enim dominorum permanent: quia palam eſt, eas non eo animo eiici, quod quis eas habere nolit, ſed quo magis cum ipſa navi maris periculum effugiat. Qua de cauſa, ſi quis eas fluctibus expulſas, vel etiam nactus in ipſo mari, lucrandi animo abſtulerit, furtum committit. Nec longe videntur diſcedere ab his, quæ de rheda currente non intelligentibus dominis cadunt.

COMMENTARIUS.

HOc eſt tertium objectum inventionis, res pro derelicto habita: fit enim occupantis, quod nullius eſt, *l. quod ſervus 36. de ſtipul. ſerv.* & quod ſcil. ut hic tradit Juſtin. domini prioris eſſe deſiit. Ait Juſtin. *abiecerit.* quod ſignificat poſſeſſionem omiſſam. Ait, *ea mente*, &c. quod ſignificãt amiſſum eſſe dominium; quo pertinet quod ait JCtus in *l. 1. pro derel.* iis modis nos amittere dominia, quibus adquirimus, & recte in *l. 2. pro derel.* improbatur Proculi ſententia, qui putabat non amiſſum dominium niſi alius rem apprehendiſſet. Ait Juſtin. *Abiecerit.* An igitur res immobilis non poteſt haberi pro derelicto? In rebus mobilibus res iſta eſt apertior; utiq; autem poteſt quis animo & poſſeſſionem & dominium rei immobilis amittere. Et igitur fiet talis res occupantis: aut ſi quis exjuſta cauſa crediderit pro derelicto habitam occupet, adquiret per uſucapionem, *tit. pro derelicto.* Ex hac deſcriptione rerum pro derelicto habitarum apparet, non eſſe objectum inventionis, nec pro derelicto habitum, 1. quod fortuito amiſſum eſt, veluti quod de rheda currente lapſum eſt, quo exemplo utitur Juſtin. in extremo tit 2. quod neceſſitate urgente projectum eſt, veluti (quo exemplo itidem utitur Juſtin. hic) navis levandæ & evitandi naufragii cauſa; neque enim ſponte id factum, nec eo animo, quod quis id in numero rerum ſuarum habere nollet, *b.* §. Ita Paulus *l. 2. in f. de L. Rhod.* res jacta, inquit, domini manet, nec fit apprehendentis, quia pro derelicto non habetur: Quod ratione & exemplo confirmat Julianus in *l. qui levandæ 8. eod. tit.* facit *l. quacunque* §8. *de adq. rer. dom. l. Interdum* 21. §. 1. *de adq. poſſeſſ.* objicitur tamen reſponſum Ulpiani in *l. falſus* 43. §. *ſi factum* 11. *de furt.* ubi ait, plerumque credendum eſſe derelinquentis animo jactatum, quia ſciat quis (utique putat) petiturum eſſe quod jactatur. Hottomannus omnino Ulpian. cum ceteris pugnare putat; ſed non exiſtimandum eſt eum tam obeſæ naris fuiſſe, ut ſtatueret, revera animo derelinquendi res jactari in mare. Ego ita hæc componere ſoleo. Ariſtot. 3. Ethic. 1. actiones quaſdam ſtatuit mixtas eſſe ex invito & voluntario, inter quas hanc ipſam actionem, de qua tractamus, refert. Eſt enim minime voluntaria, ratione principii externi cogentis, & facientis, ut quis malit amittere bona, quam vitam, & extra periculum conſtitutus, nemo merces jactaret, & tamen eſt voluntaria actio ratione principii proximi interni, quo quiſque vult perire merces, ut vita maneat ſalva, quod ſe conſecuturum ſperat levata nave; Etenim ut Ethici tractant, omne malum minus, reſpectu majoris (ubi alterutrum elegendum eſt) habet rationem boni; & ita fit objectum voluntatis; qua de cauſa Ariſtot. d. loco iſtas actiones quas initio mixtas appellat, poſt eodem capite aliquot rationib. magis voluntarias eſſe comprobat. Quatenus autem actio iſta habetur pro voluntaria, poſſunt quadantenus res jactatæ videri pro derelictis habitæ. Sed quia accedit illud principium externum, non poteſt hactenus cenſeri habita pro derelicto ut poſſit adquiri inventori. Etenim 2. procul dubio hæc fuit mens projicientis, ut in eventum, quæ ſalvæ manerent, ſibi integra rerum perſecutio, imo integrum dominium maneret; quamvis ſane rurſus, ſi opinionem projicientis eo ipſo tempore quo projecit eas in profundum mare cõſideremus, vix de eo cogitaſſe videri poſſit, aut ſperaſſe eas ſibi ſalvas futuras, quã opinionẽ conſideraſſe Ulpianũ in *d. l. 43. §. 11. de furt.*

de furt. patet ex verbis, *cum sciat periturum.* Accidit ad conciliationem & explicationem huius rei, 3. argumentum à rubrica *de furtis.* quod res proiectas pro derelictis habet ad hunc effectum, ut qui eas invenit & asportat, non incidat in crimen furti, modo non sciens proiectas non derelinquendi animo, & sciens cuius eæ sint lucrandi animo, eas retineat & occultet; tunc enim furtum eum committere respondet Iustinianus *h. §. vers. qua de causa.* ceteroquin opinio non omnino inepta putantis pro derelicto habitas, à crimine furti excusat. Atque ita ista inter se componi non incommode videntur. Doctores etiam rationem petunt à qualitate rei proiectæ; veluti si quis librum apertum proiiciat: sed responsum Ulpiani inepte ad hujusmodi casus singulares restringeretur: Qui Ulp. in *l.* 43. explicant de rebus sponte, nulla urgente necessitate in mare projectis, (ut Wesemb.) nimis ineptum eum faciunt; cum nulla nisi stolida hic possit esse ratio dubitandi: & inepta huiusmodi casus tractatio. Et tantum ad istum titulum *de adq. rer. dom.* prolixitatem qua usi sumus, difficultas & dignitas materiæ excusabit.

AD TITVLVM II.

LIBRI SECVNDI Institutionum,

DE REBVS CORPORALIBVS & incorporalibus.

TEXTVS.

Quædam præterea res corporales sunt, quædam incorporales. Corporales hæ sunt, quæ sui natura possunt tangi: veluti fundus, homo, vestis, aurum, argentum, & denique aliæ res innumerales. Incorporales autem sunt, quæ tangi non possunt: qualia sunt ea quæ in jure consistunt: sicut hæreditas, ususfructus, usus, & obligationes quoquo modo contractæ. Nec ad rem pertinet, quod in hæreditate res corporales continentur: nam & fructus, qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt, & id quod nobis debetur aliqua obligatione, plerumque corporale est, veluti fundus, homo, pecunia. Nam ipsum ius hæreditatis, & ipsum utendi fruendi ius, & ipsum ius obligationis incorporale est. Eodem numero sunt, jura prædiorum urbanorum & rusticorum, quæ etiam servitutes vocantur.

COMMENTARIVS.

1 *Pecunia res incorporalis.*
2 *Consistere in iure, quid sit.*

NOtat Faber in quibusdam exemplaribus hunc tit. inscriptum esse tantum *de rebus incorporalibus*, quod & Pacius adscripsit: sed & Theoph. habet utrumque & utique corporalium quoque rerum descriptio hic proponitur. Potro quod ipsam rem attinet, non animadverto, quare Hottom. reprehendat quasi divisionem istam. Licet enim non habeat illum usum, quem ipse attingit, circa modos veteres adquirendi, de quibus *Vlp. tit.* 19. utique tamen usum habet: & non vivimus ad *§. per traditionem tit. præced.* alio & aliquo tamen modo res incorporales apprehendi & adquiri: & omnino falsum est, quod Hot. ait incorporalium rerum nec usucapionem nec traditionem esse.

Quæ tangi possunt.] Quæ sunt tangibiles ut loquuntur, multa enim corporalia actu non possunt tangi, quarum tamen natura talis est, ut si præsentia nobis esse possint, tangi quoque possint.

Fundus homo.] Apparet intelligi substantias primas & individua, substantiæ enim secundæ & scilicet universalia, ut homo, equus, tangi non possunt. An autem universalia tantum sint in intellectu, ah etiam extra eum. Philosophis disputandum relinquimus.

Aurum argentum.] Vulgatum est pecuniam magis æstimari ex quantitate quam ex substantia *l. 1. de contrah. empt.* quatenus valorem publicum consideramus: ceteroquin fundamentum ipsum valoris est in substantia & materia: itaque inepte Hottomannus, hinc excipit argentum signatum. Ridicule; cum sit contradictio in adjecto. argentum esse rem incorporalem: & aliud est valor argenti, aliud ipsum argentum. Enimvero puridu est captare *l. qui heredis 4.* [illegible] in qua sane respectu valoris ita nummos] Ctus separare videtur a rebus

à rebus corporalibus: & ſcilicet illis, in quibus nihil niſi corpus conſideratur. Valorem in nummis eſſe rem incorporalem dicimus; ſed nimis nugantur, qui dicunt, nummos eſſe nihil niſi valorem. Ecce *l. ſi in cui 94. §. 1. de ſolut. ſi in pecunia non corpora cogitet, ſed quantitatem.* Ergo etiam, corpus ibi eſt: quamvis & aliud poſſit dici eſſe pecunia; aliud nummus, vel aurum & argentum & tamen hoc ipſo tit. pecunia inter res corporales refertur. Et vitioſe adducitur *l. ſi pœna 19. §. 2. de cond ind.* ubi nummos ſolvi meos & alienos; & ait JCtus non me condicere dimidiam corporum, ſed dimidium ſummæ: ſcilicet quia cõfuſim corpora mea & aliena ſolvi, & non tamquam ſpecies, ſed quod debitorem certæ ſummæ me eſſe putabam. Ita ſi frumenta duorum mixta fuerint, in rem actio non datur ſingulorum corporum, ſed pro modo frumenti §. *quodſi 29. tit præc.* nec tamen propterea frumentum erit res incorporalis, & dum JCtus negat ſingula ad dimidiam partem corporum condici, utique corpora eſſe affirmat. Ineptius adducitur *l. Lucius Titius 24.* depoſiti: hoc enim confeſſiſſimum eſt, nummos eſſe rem fungibilem, quæ in mutuum ita deducatur, ut non eadem corpora, ſed alia eiuſdem valoris reddantur, & hoc ſenſu in *l. 5. de impenſ. in res dot.* corpora opponuntur pecuniæ: quoniam illa in ſpecie reſtituenda, non vero hæc: & alias etiam corpora æſtimata non futura eſſent corpora, nam de iis idem quod de pecunia ibi affirmatur: Eadem reſponſio eſt ad *l. ult. de adim. legat.* & ibi corporales res ſunt κατ' ἐξοχὴν quæ in ipſa ſpecie & individuo præſtandæ ſunt, quod ſecus eſt in pecuniæ numeratæ legato: idque apparet ex *l. ſi heres 68. in pr. ad Trebell. ibi ſumma, aut* CERTUM *corpus.* Sicut & in *l. ſed & ſi 10. de accept. at.* Ex quo eſt, quod eadem quantitas, verbi cauſa, centum floreni ſæpius legati, ſæpius debentur, ſed non, certum corpus: quoniam ſumma ſolet conſiderari quodammodo ut genus, de quo tractat *Cuiac 14. obſerv. 18.* & dicemus *infr. tit. 20.* Hæc dicenda fuerunt, contra Hottom. qui etiam ſerio & pluribus 15. *illuſt. quæſt.* nummos refert inter res incorporales.

Quæ in iure conſiſtunt] Hoc loco exempli dicitur, & ad ſubjectam materiam juridicam: ceteroquin quæcunque ſunt extra prædicamentum ſubſtantiæ, & quædam etiam in ea, ut ſpiritus, ſunt incorporalia, ſed quid eſt conſiſtere in † jure? We ſembec. ait. Jus eſt intellectus, ratio, ratiocinatio: quæ in jure conſiſtunt, ut alia omnia, quæ ſunt rationis, intelliguntur tantum non ſunt. Hæc ille, ubi non capio, quomodo ius dicatur intellectus & ratiocinatio: nec verum eſſe puto, quod omnia quæ in jure conſiſtere dicantur, ſint tantum rationis, & intelligantur tantum, non ſint, utique enim non ſunt pura entia rationis, & notiones ſecundæ, ut loquuntur: ſed ſunt entia vera & exiſtunt, ſicut & alia accidentia. Quamvis fortaſſis ita hic intelligat Juſtin. ea in re conſiſtere, quæ à jure quodammodo ſuam exiſtentiam habeant: non tamen propterea ita, ut ipſa per ſe nihil ſint, & intelligantur tantum: & ita Aug. & Joh. Fab. hic, iſta dici in jure conſiſtere, quæ à jure ſubſtantiantur, creantur & nominantur. Et tamen utique habent etiam veram eſſentiam ſuam. Plane in jure conſiſtentia & jura corporibus opponi ſolent *l. 2. §. uls. l. & habet 15. §. 2. de precar. l. ult. inf. Cod. de long. temp. præſc. l. Mavius 66. §. pen. de legat. 2.*

Hæreditas, uſusfructus, obligationes] Non videntur mihi recte hæc conjungi: utique longe diſpar eorum ratio eſt: dum hereditas rebus hereditariis, uſusfructus fructibus, & obligatio rei debitæ opponitur. Obligatio ambigue dicitur: & proprie nihil aliud eſt, quam adſtrictio debitoris ad aliquid præſtandum, unde *infr.* definitur *vinculum*, & hactenus jus non eſt; ſed quatenus creditor ex contractu adquirit ſibi obligationem jus dici poteſt: ſed tale quod nimis perſpicuum eſt, differre à rebus quæ ſunt deductæ in conventionem: ut hoc ſatis craſſe moneatur, quis enim ita imperitus ſit, ut rem v. c. venditam, putet eſſe obligationem: & ex obligatione actio demum naſcitur, qua rem petimus, plus eſt in uſufructu, dum ut conſtitutus conſideratur; quem etiam ab ipſis fructibus differre nimium quam perſpicuum eſt Quo ſenſu Juſtinianus dicat Jus hereditatis, non ſatis intelligo. An ſignificat Jus ſuccedendi? Id quidem ex lege vel inſtitutione quæritur, & non niſi penitus abſurde dicitur hæreditas: ſed tribuit inſtitutio jus ad hereditatem. JCti hereditatem definiunt ſucceſſionem; atquin ſucceſſio non poteſt eſſe jus, nec hereditas revera ſucceſſio dici poteſt. Improprii iſti ſunt modi loquendi: & mihi nihil aliud videtur hereditas, quam collectio univerſorum eorum, quæ defuncti fuerunt; in quæ ſuccedit heres, ita ut propter repræſentatum defunctum onera quoque agnoſcere cogatur. Et hoc ſenſu hereditas jus quodammodo dici poterit quatenus conſideratur ut abſtractum quoddam, quod appellatione ſua omnia bona, & jura, active & paſſive comprehendit. Et ridicula eſt argumentatio, qua poſt alios movetur Mynſ. ut res

ipſas ſeparet ab hereditate, quod qui hereditatem vendidit, rebus quibusdam evictis nihil præſtet, *argum. l. 2. in princ. hered. vendit.* hoc enim non ideo fit, quod non vendiderit res ipſas, quod ridiculiſſime negaretur, & repugnat ipſi rationi & d. titulo, ſed quia non vendidit certas res, nec ut ſe dominum profiteretur, ſed vendidit eo jure quo penes defunctum fuerunt, & ad ipſum pervenerunt. Et recte ſane *Cic. in Topic.* hereditatem definit pecuniam, quæ alterius morte ad aliquem pervenit. Neque intelligo, quomodo hereditas ſit jus, quod aliquem alterius patrimonii faciat dominum, ut Theoph hic definit: neque quomodo ſit ius ſucceſſionis ut Cujac. hic. Nam jus ſucceſſionis competit ex teſtamento aut lege, & qui hoc ius habet: necdum heres eſt; & quomodo igitur hereditas jus ſucceſſionis eſt.

Eodem numero ſunt.] De his jam dicemus: & videtur Juſtinianus, ut occaſionem haberet tractandi de ſervitutibus, iſtam diviſionem rerum corporalium & incorporalium propoſuiſſe ſimul & ea gratia, ut oſtenderet, non tantum adquiri res corporales, de quibus tit. præc. ſed etiam incorporales.

AD TITVLVM III.

LIBRI SECVNDI INSTITUTIONUM,

DE SERVITVTIBVS RVSTICORVM ET urbanorum prædiorum.

1 *Diviſio ſervitutum.*
2 *Prædium unde dictum.*

1 GLoſſ. & Interpretes vulgo diſtinguunt ſervitutem in genere, quod alia debeatur † à perſona perſonæ, de quo lib. 1. alia à re rei, de qua h. t. alia à re perſonæ, de qua tit. ſeq. Sed iſta diviſio vitioſa eſt, quoniam oportet genus accipi non ambigue. Illa vero ſervitus de qua libr. 1. ab hac omnino diverſa eſt. Perſonæ liberæ ſunt quæ nulli ſerviunt: atquin alia ratione prædia libera ſunt, in quibus alius jus non habet: & prædium negatur ſervire domino *l. uti 5. in pr. ſi uſusfr. pet. l. in re 26. de ſerv. urb. prædic.* quæ autem perſona in dominio cuiuſcunque eſt, libera eſſe non poteſt. Homines natura omnes liberi ſunt. res autem reliquæ ei fini productæ ſunt, ut ſint in hominum dominio. Itaque ſervitus prædiorum plane aliter dicitur quam ſervitus perſonarum. Prædia ſervire dicuntur vel prædiis vel perſonis: (de quarum natura ſeorſim exponitur) *l. 1. de ſervit.* adeo hæc diſtinctio ſumitur à dominante: & ſervitutes iſtæ in eo conſiſtunt, ut alteri in prædio alterius ſit jus conſtitutum: ita ut hoc jus quidem utilitatem perſonæ finaliter reſpiciat; ſed illud faciat ſervitutem realem ſive prædialem, quod mediante prædio domino utilitatem tribuit, & primo utilitatem prædii reſpicit, & prædium dominans utilius & ſimul pretioſius facit.

Prædiorum.] *Iſidor. lib 15. cap. 13.* prædium inquit, 2 vel quaſi † prævidium, vel quod antiqui agros bello captos, præda nomine habebant. Puto magis inde eſſe, quod qui ſpondebant pro Reo in cauſis civilibus, dicebantur prædes. *Aſcen. in 3. orat. cont. Verr.* Auſon.

Quis, cum lis fuerit nummaria, quis dabitur? præs.

Poſt cum qui fidejuſſores non reperirent, agris & fundis caverent, receptum puto, ut prædia dicerentur: quia loco prædum erant: apud Aſcen *d. loco cum ſim obnoxius, prædibus & prædiis &c. fac. l. ſciendum ii qui ſatisd. cog.* De prædis ſignificatione adde *l. 9. 115. in f. de verb. ſignif.*

TEXTVS.

Ruſticorum prædiorum jura ſunt hæc: iter, actus, via, aquæductus. Iter eſt jus eundi ambulandi hominis: non etiam agendi jumentum vel vehiculum. Actus eſt jus agendi jumentum vel vehiculum. Itaque qui habet iter, actum non habet: ſed qui actum habet, & iter habet, eoque uti poteſt etiam ſine jumento. Via eſt jus eundi & agendi & ambulandi hominis: nam iter & actum via in ſe cõtinet. Aquæ ductus eſt jus aquæ ducendę per fundum alienum.

COMMENTARIVS.

1 *Itineris definitio defenſa.*
2 *Item definitio actus.*
3 *Defectus textus contra Fabrum.*

SErvitutes iſtæ inhærent prædiis; & debentur prædiis. Ex quo etiam dicuntur prædiales. Itaque hoc primum eſt requiſitum, ut duo ſint prædia, alterum ſerviens, alterum dominans, §. *penult. h. tit.*

Digitized by Google

h. tit ubi dicemus. Prædia ſunt vel urbana, vel ruſtica: unde diſtinctio ſervitutum in urbanas & ruſticas, vel, quod aliæ ſint prædiorum ruſticorum vel urbanorum *tt. de ſerv. ruſt. prad. & de ſerv. urban. prad.* Quænam autem hic dicantur prædia urbana quæ ruſtica, dicemus ad §. *ſeq.* Ruſticarum ſervitutum ſpecies quatuor hic recenſet Juſtinian, quarum tres priores habent ſcrupulos.

1 Iter dicitur eſſe jus † eundi ambulandi hominis non etiam jumentum agendi. Obicit Hottoman. cum utique jumenti appellatione veniat equus, & qui iter habet, etiam poſſit equo vehi *l. inter* 12. *de ſerv. ruſt. prad.* abſurdum & imo ſtultum ſit, negare quod poſſit equum manu ducere, vel præſe agere: itaque ipſe cenſet legendum, *armentum.* Sed enim ita quoque mutanda erit lectio *l.* 1. *in pr. l. qui ſolla* 7 *in pr. de ſerv. ruſt. prad.* quibus locis itidem negatur ei jus jumentum agendi vel ducenti jumenti. Quo quid impudentius? Et nimirum non intelligendum hic eſt jus agendi præſe equum, quo quis etiam vehitur: ſed jus agendi jumentum quod oneribus portandis deſervit: ita enim eſſet ſervitus gravior: præſertim quod qui jus iſtud habet, non tantum unicum, ſed & plura agere jumenta poterit. Sed cur ait, eundi & *ambulandi.* An quia forte etiam jus habet deambulandi, animi & ſanitatis cauſa? Gloſſ. explicat *ambulandi* ſcilicet cum alio: quod recte videtur improbare Porcius hic, conceſſum enim uni non porrigitur ad plures, ne ſervitus fiat gravior; fac, quod ſi ſervus ſtipulatus ſit ire agere, nec dominus

2 quidem ire poſſit § 2 *infr. de ſtip. ſerv* Actus † dicitur jus agendi jumentum vel vehiculum. Hic rurſus contradicit Hotto. & ait hoc falſum eſſe, nec protinus ei qui jus habet agendi jumentum, etiam jus eſſe agere vehiculum; per *l. ſi tam* 13. *de ſervit.* ex qua probari ait, quod actus non habeat ſpacium vehiculi ducendi, idque etiam contendit 2. *obſ.* 21. (de qua re & quæ latitudo viæ eſſe debuerit *v. l. via* 8. *l. certi* 1; §. *latitudo de ſerv. ruſt. prad.*) & facit etiam hæc ratio, quod alias nulla videatur eſſe differentia inter actum & viam: ut ex hujus mox ſeq. deſcriptione apparet. Sed enim cum Juſtin. hoc loco conſentiunt JCti *d. l.* 1. *& d. l.* 7 *de ſerv. ruſt. prad. & in l. inter* 12. *eod. tit. l. ji cui* 11. *quem ad ſerv. am. l. & iter* 3. § 1. *de aqu. pl.* ubi JCtus ait, tolli viam ſi iter & actus fuerint accepto lati, quod utique abſurdum eſſet, ſi via hoc proprium haberet & præter actum, ut vehiculum ducere liceret. Iterum dico, quid impudentius, quam tot textibus obloqui? Et puerile argumentum eſt quod petitur ex *l.* 13. *de ſerv. tut.* Et enim licet actus natura ſua contineat jus agendi vehiculum, poteſt tamen aliquando non continere: quidenim ſi conventum ſit, ut tantum jumentum agere liceat? Idem reipſa & tacite actum intelligitur, & anguſtia loci qui demonſtratus & definitus eſt, ſi jumentum tantum agi, non etiam vehiculum duci poſſit. Eademque reſponſio eſt ad *l. via* 21. *in pr. de ſerv. ruſt. prad.* etiamſi ibi legas cum Hottoman. *alioquin iter erit aut actus, non via.* ceteroquin receptiſſima lectio, *alioquin iter erit non via.* Confirmatur, quod in actu regulariter inſit jus ducendi plauſtrum aut vehiculum. Atque ita actus alius plenus, alius minus plenus erit. Et hoc ipſo diſtat via ab actu, quod hic ut diximus, poteſt eſſe, jure agendi vehiculum, illa autem id neceſſario ſemper continet *d. l.* 23. *in pr.* & inſuper alia quædam habet via, ut docet *l. qui ſolla in f. de ſerv. ruſtic. prad.* & ſervitutes iſtæ tres non ſpecie ſed gradu, & ſecundum plus minuſque differunt: Et hæc eſt ſententia Juſtiniani, dum viam hic definit, jus eundi agendi; quoniam in agendo etiam jus vehiculum agendi continetur. Itaque rurſus improbe. Hott. carpit, quod vehiculi mentio omiſſa ſit, & pro *ambulandi* putat legendum *avehendi.* Egregium ſcilicet Interpretem. Et ob id nec pro *eundi* legendum eſt *vehendi*, quod vult Weſembec. Hoc non eſt tractare, ſed revocare jura: vide quæ de hac re tract. *Cuj.* 22. *obſ.* 35. *Donell.* 11. *comm.* 6 *Duar.* 1. *diſp.* 31.

Sequitur porro in textu, eum qui actum habet, iter quoq; habere eoq; uti poſſe etiam ſine jumento. Hic contradicit *Ant. Faber* 1. *conject.* 20. conten-

3 dens † actum nō continere in ſe jus eundi ſeorſim ſine jumento; per *l.* 1 *de adim. legat.* ubi ait JCtus, ſi teſtator qui legavit actum, adimat iter, nihil ademptum videri: quod utiq; fuerit, (ut Faber putat) falſum, ſi actus in ſe haberet jus ſeorſim eundi; id enim ſeparari poteſt ab actu per conventionem *l.* 4 §. 1. *ſi ſerv. vind.* ſed cum Juſtin. hic quoque conſentiunt JCti in *l.* 1. *de ſerv. ruſt. prad. l.* 2. *quemad. ſerv. am.* & probat idem *l. qui uſumfr.* 58. *de verb. obl.* ubi ait JCtus, eum qui actum ſtipulatus eſt, ſi poſtea iter ſtipuletur, nihil agere: quod utique falſum eſſet, ſi actus non contineret jus eundi ſeorſim & ipſam itineris ſervitutem. Idem traditur *in l. ſi pupillus* 9 §. 2. *de novat.* Inſignis impudentia eſt tot textibus contradicere: impudentius adhuc, quod & hoc loco & *d. l. de ſerv. ruſt prad.* verba, *eo quo uti poteſt etiam ſine jumento*, ab imperito interprete eſſe contendit; & *in d. l.* 2. *quemadm. ſerv. amitt.* expreſſe conven-

conventum fuiſſe ut ſine jumento agere liceret, comminiſcitur. Sed ſententia contraria adſtruitur & ex iſtis verbis *l. 1. de ſerv. prad. ruſtic.* & hujus textus: *Qui autem habet, iter habet:* ſiquidem iter ſignificat ſervitutem, non ſimplicem itionem cum jumento, ad *l. 1. de adim. leg.* reſponderi poteſt, cum verbo *itineris* jus eundi ſeparatum & ſervitus, tum etiam jus eundi cum jumento intelligi poſſit, JCtum ademtum iter in poſteriori ſignificatu intellexiſſe, atque ob id nulliter ademptum reſpondiſſe, uti legatum plenius eſſet, & actus talis, qualis natura ſua eſt. Obiter hic addendum, quid ſit jumentum, cujus ſæpe hoc §. fit mentio. Et non contineri jumenti appellatione boves, ſcribit *l. adiles. 38. §. 4. 5. 6. de adil. ed.* Paul. 3. *ſent.* 6. jumentis legatis boves non continentur. Et igitur tantum equi, quod & ſcriptum eſt *in l. legatis 61. §. jumentis 5. de leg.* 3. Contra Nonius *cap.* 1. jumentum deducit à jungendo utique autem junguntur & boves: Et Iſidorus *lib.* 17. *cap.* 17. deducit à juvando; & *lib.* 12. *cap.* 1. diſerte equos & boves refert inter jumenta: & iſtam ſignificationem latiorem magis huic loco convenire crediderim: ut etiam boves agere poſſit, qui habet actum. Huic loco adjungendus eſt §. *Inter* 2. in quo referuntur. aliæ ſpecies ruſticarum ſervitutum.

TEXTVS.

2. Inter ruſticorum prædiorum ſervitutes, quidam computari recte putant, aquæ hauſtum, pecoris ad aquam appulſum, jus paſcendi, calcis coquendæ, arenæ fodiendæ.

COMMENTARIVS.

1 *Servitutum transmutatio.*
2 *Ad L. tit. de alim. legat.*

DEbebat, ut dixi, hic §. conjungi cum *pr. tit.* quo agitur de ſervitutibus, ruſticis: ſed ordinem hactenus ſæpe inſuper habuit Tribon. Nimis proterve Hottoman. ſcriptorem Tribonianum temulentum hunc §. incongruo loco poſuiſſe: Ait,

Aquæ hauſtum.] Hæc igitur ſervitus ruſtica, & conſequenter realis eſt, fac. *l. 2. §. ult. l. 3. §. 3. de ſerv. ruſtic. prad.* Objici ſolet *L. Mela* 14. *de alim. leg.* ubi dicitur hoc eſſe jus perſonæ. In genere hic mo-
1 nendum eſt, ex ſervitute quæ ſui † natura eſt realis, eſt, poſſe quodammodo fieri perſonalem, aut mixtam, per conventionem, aut diſpoſitionem teſtatoris. Perſonalem dico fieri, ſi tantum ad utilitatem perſonæ aliquid conſtituatur citra conſiderationem prædii: ut ſi cui uſus & jus utendi & hauriendi aquam ad potum familiæ concedatur; mixtam dico, ubi ita diſpoſitum eſt, ut perſona certa tantum utatur, ſed ad utilitatem prædii; quo tamen caſu defendi poſſit, ſervitutem ipſo jure eſſe perpetuam, ſed actionem ab herede motam repelli per exceptionem, quomodo de ſervitute ad tempus conſtituta reſponſum eſt *in l. ſervitutes 4. de ſervit.* Probatur id ex *l. pecoris 4. de ſervitut. ruſtic. prad.* ubi ſi in conſtituenda ſervitute perſona demonſtrata ſit, negatur idem præſtandum ſucceſſori ſive univerſali, ut heredi, ſive ſingulari, ut emptori, cum alias hæ ſervitutes prædium comitentur, ad quemcunque etiam dominum pervenerit. Idque maxime obtinet in his juribus, quæ & ad utilitatem prædii, ſed & ei conſtitui poſſunt, qui prædium non habet; & tum ſapiunt naturam uſus, & ſervitutis perſonalis, cujuſmodi ſunt jura *h. §. & in l. 4. de ſerv. ruſt. prad.* relata & dicemus aliqua ad §.

1 *Ideo h. t.* Et igitur ut redeamus jam † ad *d. l. 14. de alim legat.* poteſt ibi intelligi æquæ hauſtus conſtitutus perſonæ, & ob id appellari ſervitutis perſonalis, quo etiam referri poteſt, quod eſt in *l. uſus 21. de uſu & habit.* uſum aquæ eſſe perſonalem, nec tranſire in heredem. In dubio autem, ubi inter duos qui prædia habent, res acta eſt, & jus conſtitutum ad utilitatem prædii ſpectat, intelligemus conſtitutam ſervitutem realem, quæ ſequitur prædium, & ſingularem quoque ſucceſſorem; & optime probat *l. cum fundo 36. de ſerv. ruſt. prad.* ubi hoc ita ſtatuitur, licet ſtipulatio pœnalis ad perſonam emptoris relata fuerit. Itaque fruſtra diſputant Dd. inprimis *Ang. ad §. ult. h. t.* an damnato herede, ne v. c. altius tollat, ſervitus realis prædio impoſita cenſeatur: quod omnino affirmandum eſt: ceteroquin etiam dubitãdum eſſet, & id omnino abſurde, ubi per pactiones eſt jus impoſitum & conſtitutum. Et inepte objicitur *l. ult. §. ult. de cont. empt.* ubi non eſt actum de jure reali. Inepte etiam & male diſtinguitur, an perſonaliter an imperſonaliter ſervitus fuerit conſtituta. Obiter addo lectionem in omnibus codicibus in d. l. 14. eſſe corruptam. Ita habet, *nam & hauſtus aquæ eſt ſervitus perſonæ, tamen ei qui vicinus non eſt, inutiliter relinquitur.* Primum laborat locus à diſtinctione, & commate ſaltem mutato, objectio ſuperior tollitur: & ſcilicet comma, non eſt ponendum, poſt *perſonæ*, ſed poſt, *ſervitus, Aquæ hauſtus eſt ſervitus perſonæ tamen ei &c.* Deinde manifeſto falſum & dire-

directo contra mentem eſt JCti, quod inutiliter relinquitur aquæ hauſtus ei qui vicinus non eſt. Id ex principali quæſtione ibi tractata apparet. Proponit JCtus, in ea regione ubi aqua venalis eſt, aquam libertis relictam. Movet objectionem quod videatur inutile legatum, quaſi ſervitute prædii non poſſeſſioni vicinæ poſſeſſoris relicta. Jura enim prædiorum & ſervitutes non poſſunt relinqui & conſtitui niſi iis qui vicinum prædium habent. Atqui iſte libertus non habuit vicinum prædium. Ergo illi aqua relinqui jure non potuit. Juris conſultus vero negat ob id inutile eſſe legatū, & reſpondet per inſtantiam, etiam hauſtum aquæ eſſe ſervitutem (ſcilicet prædii) regulariter & ſua natura. Quod ſi hæc reſponſio ullius eſſe momenti debet, oportet ſtatui à JCto, quod tamen poſſit cōſtitui ei qui vicinum prædium non habet juxta ſuperius explicata, itaque omnino ibi legendum eſt, addita negatione, vel detracta particula privativa IN, *perſona eius qui vicinus non eſt NON inutiliter*, vel, *utiliter*. Jam regrediamur ad §. 1.

TEXTVS.

3. Prædiorum urbanorum ſervitutes ſunt hæ quæ ædificiis inhærent: ideo urbanorum prædiorum dictæ, quoniam ædificia omnia, urbana prædia appellamus, etſi in villa ædificata ſint. Item urbanorum prædiorum ſervitutes ſunt hæ: ut vicinus onera vicini ſuſtineat: ut in parietem eius liceat vicino immittere tignum: ut ſtillicidium vel flumen recipiat quis in ædes ſuas, vel in aream, vel in cloacam, vel non recipiat: & ne altius quis tollat ædes ſuas, ne luminibus vicini officiat.

COMMENTARIUS.

1 *Prædia urbana quæ ſint.*
2 *Ad l. 1. de ſerv. ruſt. prad.*
3 *De ſententia l. 8. de verb. ſignif.*
4 *Diſtinctio ſervitutum.*
5 *Servitus altius tollendi.*
6 *Non recipiendi ſtillicidium.*

SEquitur altera ſpecies, ſervitutum urbanarum, quæ ædificiis inhærent: & nec cui hoc incongruum videatur, quoniam etiam in villa & ruri

1 ſunt ædificia, ſubjicit, ōnia ædificia dicī urbana † prædia, licet extra urbem in villa ædificata ſint cū Ulp. *in l. 1. comm. prad.* Idque eſt quod communiſſime traditur, diſtinctionem hanc prædiorum, nō eſſe ſumtam à loco, ſed à materia, ut ait Ulpian. in *l. urbana* 198. *de verb. ſignif.* vel à genere ut *Pomp. in l. urbana* 166. *ſed. tit. facit l. ſervus* 99. *de leg.* 3. aliqui à fine ſumtam dicunt, & prædia urbana dici, quæ habitandi cauſa extructa ſunt. Sed enim ego plus dico, omnia ædificia hic haberi pro urbanis prædiis, etiam horrea, quæ ruri pro reponendis fructibus ædificata ſunt, quo ad hanc quæſtionem de ſervitutum denominatione. Finge duorum dominorum horrea prope ſe poſita, & conſtitutum eſſe ne vicinus altius tollat horreum ſuum, ne impediatur ventus horreo vicino utilis, *argum. l. ult. §. 1. C. de ſervitut.* aut conſtitutum, ut horreum unum alterius onus ſuſtineat, utique ſervitus hæc dicenda erit urbana: ceteroquin fieret ut una eademque ſpecie ſervitus & eiuſdem plane eſſentiæ, modo eſſet ruſtica, modo urbana: quod ratio non patitur. Eſt autem eadem plane eſſentia ſervitutis altius non tollendi, ſive quis ædes, ſive horreum non poſſit altius extollere: & ſive de conſtitutione ſive adquiſitione aut amiſſione quæratur, eadem obtinent in ſervitutibus his, quæ ædificiis inhærēt quibuſcunque tandem. Illuſtratur hoc ſimili. In materia pignoris ſive hypothecæ, vulgatum eſt, quæ inferuntur in prędia urbana locata, tacite domino prædii locatori pro mercede aut damno dato hypothecæ teneri: in ruſticis vero prædiis obligatos eſſe tacite fructus *l. ſi ſervus* 61. §. *locavi* 8. *deſinit. l. 4. & 7. in quib. cauſ. pig. tac.* Itaque quo ad hanc quæſtionem, omnia prædia & ſcil. ædificia quæ fructus non ferunt, pro urbanis prædiis habentur, licet alia conſideratione ruſtica dici poſſint. Idque eſt quod in *d. l. 4. §. 1.* reſponſum eſt, ſtabula quidem non eſſe urbana prædia verum quo ad cauſam taciti pignoris non multum differre ab urba-

2 nis prædiis. Atque hinc facile reſpondetur ad † *l. 2. de ſerv. ruſt. prad.* quod ibi Neratius prædia conſideravit extra iſtam tractationem & ruſtica prędia appellaverit à loco. Et igitur errat Weſembec. qui ruſtica prædia definit, ædificia non habitandi, ſed fructuum cauſa extructa: quem errorem errat etiam Mynſing. ad *rubr. inſt.* Sed quo ſenſu Ulpianus in *d. l. urbana* 98. hortos in urbe refert inter prædia urbana? cum utique nec ædificia ſint, nec ad habitandum deſtinata. Sentio cum

3 illis, qui iſtum locum † omnino removendum putant ab hac tractatione, & pertinere ad quæſtio-

nem de alienatione prædiorum pupillarium. Conſtat (de quo alibi tractatur) orationem Severi & SCtum quæ proponuntur ſub *tit. de Reb. eorum &c.* pertinere ad prædia ruſtica, non urbana, & hæc poſſe alienari ſine decreto: quo ad hanc rem hortus in urbe, qui voluptatis magis quam utilitatis gratia ſolet inſtitui, habetur pro prædio urbano, itaque mox in *d. l.* 98. excipit Ulpian. hortos vinearios & olitorios, quos inter ruſtica prædia recenſet. Cum igitur omnes ſervitutes dicamus urbanas, quæ ædificiis debentur & inhærent, quia ubique eadem earum ſit eſſentia: quid è contrario ſi v. c. iter debeatur, per ædes, an nihilominus erit iſta ſervitus ruſtica? Itineris per ædes conſtituti mentio eſt in *l. in trad.* 7. §. 1. *comm. prad. l. ſervitutes* 20. §. 1. *de ſervit. urb. prad.* & dicitur id deberi per prædium urbanum in *l. iter* 24. *comm. prad.* & ut ædes prædium ruſticum dicamus, fieri non poteſt: Sed nimirum ſervitutes quædam & quæ in ſolo ſunt, ejus ſunt naturæ, ut per fundos, & per ædes, & plerumque aream deberi poſſint. Itaque v. c. iter non poteſt facere, ut ab eo ædes denominentur prædium ruſticum: ſed tamen hoc admittam, ut iter etiam quod per ædes debetur, dicatur ſervitus ruſtica: nam & ut dixi debetur fere per aream, quæ hactenus quaſi fundi inſtar habet; nec ad iter etiam qua debetur per ædes, quidquam ipſa ſtructura ædificii facit, imo magis itineri eſt impedimento.

Sequuntur in textu exempla ſervitutum urba-
4 narum. Servitutes † reales ſolent à quibuſdam diſtingui, à forma verborum in affirmativas & negativas. Illæ diſtingui rurſus poſſunt, quod vel dicantur ab eo tantum qui habet prædium dominans, qua conſideratione dicuntur jura, veluti jus eundi, agendi, vel, ut liceat ire, agere, vel dicuntur ab utroque veluti jus tigni immittendi, oneris imponendi, ſtillicidii habendi, & eodem ſenſu, ut quis cogatur ferre vicini onera, recipere ſtillicidium; & conſiſtunt in eo ut vicinus patiatur vicinum aliquid facere, & uno verbo hæ ſunt in patiendo; extra unam ſpeciem oneris ferendi, quam qui debet, etiam parietem reficere cogitur: ceteroquin ſervitutum natura in eo non eſt, ut quis aliquid faciat *l. quotiens decimo quinto §. primo de ſervit. l. ſi ſervit. vindicat. locum* 33. *de ſervitut. urb. prædio.* Negativæ quæ dicuntur non ſunt in patiendo, ut vicinus aliquid faciat, jure ſervitutis, ſed in non faciendo, *dict. loc. decimo quinto §. primo*, veluti ne quis altius tollat, ne luminibus vicini officiat.

Ubi ille non levis occurrit ſcrupulus, quod aliquando una ſpecies ſervitutis affirmativis & negativis verbis proponitur veluti in *l. ſecundo de ſervit. urb. prædior.* altius tollendi, & non extollendi, ſtillicidium avertendi & non avertendi; & in *l. ſecundo de ſervitut. ruſt. prædior.* inter ſervitutes refertur, licere altius tollere, & officere prætorio vicini, & in h. §. ut flumen recipiat, vel non recipiat: quod & ad cetera repetendum cenſet Accurſ.

5 Et conſtat quod hæc ſit ſervitus, † ut non poſſim altius tollere ædes meas nec officere luminibus vicini; at qualis ſit ſervitus altius tollendi ambigitur. Contra jus avertendi ſtillicidii, & ut quis hoc cogatur recipere in ædes & aream ſuam: utique ſervitus eſt; ſed non videtur eſſe ſervitutis, ut quis non avertat, & alter non recipiat: hoc enim modo liberum eſt prædium; ſicut & liberæ ſunt ædes, quas quis jure ſuo extollere poteſt *l. altius Codic. de ſervitut.* Interpretes communiter ponunt jus altius tollendi, ſtatuto vel pacto ademtum aut limitatum, poſt iterum pacto permiſſum; & tum enim tolli ædes altius non libertatis jure, ſed ſervitutis. Ego vero hoc perſpicue falſum eſſe dico. Scilicet ſi pacto conventum fuerit, ne egò ædes meas altius tollerem, jam ædes meæ debent ſervitutem; quod ſi contrario pacto mihi permittatur jus tollendi, jam pacto iſto ſublata ſervitus, & libertas priſtina ædibus meis reſtituta eſt. Itaque evidenter falſum eſt, quod tollam tum ædes jure ſervitutis. Nec aliud eſt etiamſi ponas ſtatuto, limitatam altitudinem ædificiorum, quam excedere vicino invito non liceat. Tale enim pactum quodammodo omnibus ædificiis imponit ſervitutem, qua tamen volente & permittente vicino poſſint liberari; at perridiculum eſt exiſtimare, quod Juriſconſulti in citatis textibus, de ſtatuto ejuſmodi cogitaverint. Finguntquidam & ponunt, interveniſſe ceſſionem inſuper, ut tanto magis efficiant jure ſervitutis altius tolli: ſed fruſtra: quoniam illa ceſſio juris, quod ante vicinus habebat & jam remittit, ut mihi liceat altius tollere, reſtituit prædio meo libertatem: & ridiculum eſt putare, quod tali ceſſione & conventione poſſit induci ſervitus. Amplius omnis ſervitus eſt onus

eſt onus alterius prædii, & facit prædium ſervum: atqui jus altius tollendi non eſt onus. Denique omnium ſervitutum hæc natura eſt, ut vel quis in ſuo aliquid non faciat, vel alium facere patiatur: vel utique (quod accidit in ſervitute oneris ferendi) pro utilitate alterius aliquid faciat; ex quibus nihil huc adcommodari poteſt. Itaque falſum eſt, quod ait *VVeſemb. in §. aque 2. inf. de action* tolli altius ædes jure ſervitutis, cum antea conceſſa vel præſcripta ſervitute altius non tollendi, rurſum poteſtas tollendi conceditur. Et falſum quod iſto caſu pro hoc & ut liceat altius tollere competat actio confeſſoria, qua intendatur, id competere jure ſervitutis, de quo plenius agemus ad *d. §. aque de act.*

Quidam hic fingunt caſus ſingulares, quibus utile ſit vicino ut ædes altius vicinus tollat: veluti ſi illius interſit ædes habere opacas, & umbroſas, ut notat ex Fulgoſ. *Gothofred. ad l. 2. de ſerv. urb. prad. in dict. §. aque.* Sed improbat, per illum ipſum §. ubi ponitur hæc formula agendi. Jus eſſe ædes SVAS altius tollendi: Ceteroquin intendendum eſſet, jus hoc ſibi competere, ut vicinus altius ædes tollat, & ut hoc jure impoſitæ ſervitutis facere cogatur: quod amplius & confutatur tum ex *l. 2. de ſerv. ruſt. prad.* ibi *LICERE altius tollere*: tum quod diximus, excepta una ſervitute oneris ferendi, eum qui ſervitutem debet, nihil cogi facere, ſed non facere, aut pati. Ineptior explicatio eſt, quam poſt Dynum magis probat *Jaſon in §. aque infr. de actionib. numer 43.* de ſpeciali jure, cum vicinus tenetur ferre onera mea, ita tamen ut ego cogar reficere illius ædes; quod putidum eſt commentum: & turpis ita ſolœciſmus, ut *ædes ſuas* explicemus *ædes eius* ſcilicet vicini.

Simpliciter quis dixerit Juriſconſultos aliquando minus accurate & in deſignandis iiſdem ſervitutibus, affirmative & negative locutos eſſe. Et nimirum ſervitutes conſiderantur, aut ratione dominantis prædii, aut ratione ſervientis. Illo reſpectu ſervitus eſt jus, hoc reſpectu eſt privatio. Dum dico ſervitutem altius non tollendi, deſigno jus quod alius in meis ædibus habet: dum altius tollendi, deſignatur privatio juris illius. Et ego tamen iſtud ita quoque explicare ſolitus ſum: Altius tollere & officere luminibus vicini ædificando vel alias cuique licet; ſed licet rurſus vicino eodem jure libertatis contra ædificare, & ita quod ego molior, quodammodo inutile reddere, ubi autem hoc conſecutus ſum, ut vicinus contra nihil moliri poſſit, & ne ipſi liceat altius ædes tollere, tum demum ita impoſita ſervitute vicino, videor pleno jure & effectu jus altius tollendi eſſe conſecutus. Et ita altius tollere improprie referetur inter ſervitutes, quatenus ad vicinum fit relatio, qui propter ſervitutem conſtitutam cõtra altius tollere non poteſt, qua ſervitute conſtituta in ædibus vicini, ego demum plene & perfecte jus altius tollendi videor conſecutus. Atque ita de jure altius tollendi & non tollendi.

Videndum eſt, an & quænam ſervitus ſit, 6 † ut quis NON recipiat flumen, vel ſtillicidium in aream ſuam: ut hic refert Juſtinian. Nam ad iſtam, ſiquidem prædicta accommodari non poſſe videntur. Welembecius & Cujacius id ita explicant, ſicut illud prius de jure altius tollendi, ubi videlicet jam antecеſſeram vicino jus ſtillicidii immittendi vel derivandi in ædes meas, a quo jure & ſervitute liberatus ſi ſim, jam cenſent illi, non recipere me flumen vel ſtillicidium jure ſervitutis; quomodo jure ſervitutis in ejuſmodi terminis ædes altius tolli ſcribit Cujacius hoc loco: Sed iſtam ſententiam perſpicue falſam & abſurdam eſſe paulo ante demonſtravimus. Pacius hic in notis fingit caſum, quo ego non poſſim, ut maxime velim, ſtillicidium in meas ædes recipere, ſed cogar illud permittere ut fluat in ciſternam vicini, cui expediat habere pluviam aquam, ſed mihi probabile non ſit, ad hunc caſum ſingularem reſpexiſſe Juſtinianum & jure noſtro paſſim pro onere habetur non pro commodo, ut quis recipiat ſtillicidium vicini; tum etiam obſtat, quod ita qui ſervitutem debet, tenebitur aliquid facere, quo aqua in vicini aream derivetur; quod eſt præter naturam ſervitutum. Accurſius ad hunc locum in princ. annotat. Non recipere eſſe non ſervitutis, & imo libertatis. Nimirum libertas & ſervitus relata ſunt, & unius cognitio ducit ad cognitionem alterius: itaque citra abſurditatem, ubi de ſervitutibus agitur, jura ſimul libertatis conjunguntur, ſed de his plus ſatis: & forte poteſt videri ſuperſtitioſum, tam accurate ſingula velle explicare.

Vbi vicinus onera, &c.] Proponuntur ut diverſæ ſervitutes, ut vicinus onera ſuſtineat, & ut liceat vicino tignum immittere. Et fere ſervitutes quæ ut diverſæ referuntur, differunt ſecundum plus & minus. Tignum plerumque ita immittitur, ut vicinus paries eum ferre cogatur: ſed poteſt etiam

jam ita immitti tignum in vicini prædium, ut non requiescat in pariete, vel utique ut non teneatur vicinus reficere parietem, sed tantum ut tigna suscipiat: quæ differentia traditur in *l. ficus* 8. §. 1. *si serv. vind.* atqui debet servitutem oneris ferendi: is impensis propriis parietem reficere tenetur *l. cum* 33. *de serv. urb. prædior. l. si forte* 6. §. 2 *si serv. vind.*

Stillicidium vel flumen.] Stillicidium dicitur, quod guttatim labitur ex tecto: Flumen, cum aqua pluvia canalib collecta, aut alias cum quodam impetu, & copiose defertur in arem vicini. Hinc in *l. servitutes* 20. §. *Stillic. de serv. urb. prad* negatur posse produci stillicidium, ne fiat pro stillicidio flumen; ex quo loco explicandum est stillicidium & flumen, cuius mentio *h.* §. *& in l. cum in* 33. *de contr. empt.* Varro 4. *de ling. Lat.* Stillicidia, fluminaque ut ita fluant cadantque inter quæ hoc interest, quod stillicidium stillatim cadit, flumen continue fluit, non scilicet perpetuo: sed ubi cepit, non per guttas, sed continenter labitur.

Ne altius quis tollat ædes.] Vitiose Don. 11. *comm.* 5. contendit non differre has servitutes. Ne altius tollat quis ædes suas, ne luminibus vicini officiat. Etenim non tantum tollendo ædes, sed & alia ratione offici luminibus potest, etiam positione arboris, ut docet *l. ædificia* 12. *& l. inter* 15. *l. si arborem* 17. *in pr. de serv. urb. prad.* ubi in §. 2. docet JCtus, aliquando fieri posse ut deprimendo ædes quis luminibus vicini officiat. Et *l.* 4. *eod. tit.* qua utitur Donellus, hoc tantum probat, quod præcipue sublatis altius ædibus, officiatur luminibus non autem, quod tantum.

TEXTVS.

§. *Inter 2. explicavimus cum pr. tit. sequitur* §. *pen.*

4. Ideo autem hæ servitutes prædiorum appellantur, quoniam sine prædiis constitui non possunt: nemo enim potest servitutem adquirere urbani vel rustici prædii, nisi qui habet prædium: nec quisquam debere, nisi qui prædium habet.

COMMENTARIUS.

1, 3. *Servitus requirit utrimque prædium.*
2 *Debet esse utilis prædio.*

1 VEl præcipuum istud requisitum † est, ut utrimque sint prædia: quod docet hic §. non potest deberi hæc servitus, nisi ei qui prædium habet: nec potest eam debere nisi qui prædium habet. Ipsa quidem prædia debere & prædiis debere dicitur servitus: sed quia commodum & damnum est dominorum, mentionem quoque eorum, qui prædium, habent, facere voluit Justinian. & demiror qui libuerit Pacio, verba postrema huius §. *nec quisquam debere nisi qui prædium habet*, quæ etiam agnoscit Theoph. tamquam suspecta virgulis includere: cum ea etiam si deessent omnino fuerint subintelligenda & præsupponenda. Hic n. agitur de servitutib. quos debent prædia, & quidem vel prædio vel personæ. Et fieri potest, ut servitus realis fiat personalis, id est, ut prædium serviat non prædio, sed personæ: ut explicavimus ad §. *inter h. t.* atquin fieri non potest ut desit prædium serviens, quod etiam dicitur debere servitutem *l. unus* 34. *de serv. rust. prad.* Et inepta ratio est, quod in *l.* 1. §. 1. *comm. prad.* ea verba non habeantur; quasi vero aut constet ex eo loco esse hoc descriptum, aut ut maxime ita sit, quasi non licuerit Justinian. hoc addere, quod omnino ad explicandam naturam horum servitutum necessarium erat. † Intelligimus autem hinc, jus quod in prædio alius habet, (siquidem servitus talis esse debet de qua hoc tit. tractatur.) directum esse debere ad utilitatem prædii. Idque docetur diserte ex *l. pecoris* 4. *& ll. seq.* 5. *& 6. de serv. rust. prad.* Et in d. l. 4. pecoris pascendi (scil. in alieno) & appellendi ad aquam servitutes, tum demum esse servitutes reales, si prædii fructus, in quo prædio sunt pecora, maxime in pecoribus consistat, ut ita rendant. ista jura ad utilitatem prædii. Et ita in *ll. seqq.* 5. *& 6.* de aliis juribus respondetur ea non posse constitui ei (scil. ut sint reales servitutes) nisi qui vicinum prædium habent; & mox; non posse ista jura, v. c. calcis coquendæ, arenæ fodiendæ, ultra constitui, quam ad fundum & prædium opus sit; Ceteroquin (quod subintelligendum est) erunt servitutes non reales, sed personales. Et hoc est quod alibi scribitur, oportere ut servitus sit utilis prædio dominandi *l. quotiens* 15. *in pr. de servitut.* Cui non obstat *l. pen. eod. tit.* Loquitur enim de aquæ ductu, qui utique natura sua utilis est prædio, licet forte hoc tempore non sit futurus utilis. Atquin in l. 15. agitur de jure, quod natura sua nullam utilitatem affert prædio, ut exempla ibi proposita ostendunt. Tum etiam potest promitti, & quasi sub conditione constitui servitus, quæ tum actu imponatur, ubi hoc utilitas prædij exposcit, quomodo in simili servitus constitui potest, ut aqua quæratur & inventa ducatur *l. Labeo* 10. *de serv. rust. prad.* cui rursus

non

non obſtat *l.ult.ſi ſerv.vind.* quæ loquitur de itinere; per quòd aqua ducatur, quod aqua nondum inventa non recte conſtituitur & deſignatur: quoniam per quam partem fundi aqua ducenda ſit, necdum inventa aqua, conſtare non poteſt; de qua tractant *Hottom.8.obſ.11. Gravean. 1.var.15.& 18.* Utilitas autem prædii æſtimatur ex eo quod prædium ſit utilius & pretioſius; itaque ſub utilitate comprehenditur etiam quod pertinet ad prædii amœnitatem, quam multi magni faciunt; idq; eſt quod ait JCtus in *l.3.in pr. de aiq. quot.& eſt.* quod aqua etiam amœnitatis cauſa duci poteſt. Er hinc eſt, quod reſpondet JCtus in *l. ut pomum 8. de ſerv.* non poſſe imponi ſervitutem, ut pomum decerpere; cœnare aut ſpaciari in alieno liceat; quoniam iſta ad utilitatem prædii non pertinent, & nimis craſſe Baro eum locum ita explicat, quaſi ſenſus ſit, non poſſe me alicui in alieno prædio tale jus conſtituere, de quo nec anus dubitaret; quin nec perſonalem ſervitutem ita conſtitui putant; *gl. Br. & Caſtr. in d. l. 8.* quamvis contra ſententia *Cyni in rubr. C. de uſufr.* verior videatur, cuius hic effectus erit, ut cui tale conſtitutum eſt jus actione in rem, contra quemcunque turbantem uti poſſit. Porro ei quod hoc §. dicitur, oportere ut utrimque ſint prædia objici ſolent *d.l. Labeo 10. de ſervit. ruſtic. prad. & l.ſi ſervitus 23. §.1. de ſerv. urb. prad.* ubi dicitur, quod necdum ædificato, ſed futuro ædificio ſervitus adquiri & imponi poſſit, ut ita fungatur locum prædii, ſive ſervientis ſive dominantis. Sed reſponſio facilis eſt, vel quod ibi tantum intelligitur ſervitus promiſſa non actu conſtituta: quomodo verbum *imponi* in dd. textibus accipiendum eſt; vel potius quod ſervitus ibi intelligatur conſtituta & ſuſpenſa ſub conditione tacita, ubi fuerit extructum ædificium; quemadmodum fidejuſſio, quæ alienæ obligationis acceſſio eſt §. *fideiuſſores infra de fideiuſſ.* dicitur præcedere quoque poſſe obligationem §.3. *d.t.* hoc ſenſu, ut interim ſit in ſuſpenſo, dum obligatio principalis contrahatur *l. non quemadm 35. de iudic iunct. l. fideiuſſor 57. de fideiuſſ.* Et ita ſtipulari poſſum viam ad fundum, qui necdum eſt meus *l. exiſtimo 89. de verb. obligat.*

TEXTVS.

5. Si quis velit vicino ius aliquid conſtituere, pactionibus atque ſtipulationib. id debet efficere. Poteſt etiam teſtamento quis heredem ſuum damnare ne altius tollat ædes ſuas, ne luminib. ædium vicini officiat: vel ut patiatur eum immittere tignum in parietem ſuum, ſtillicidiumve adverſus eum habere: vel ut patiatur eum per fundum ire agere: aquamve ex eo ducere.

COMMENTARIVS.

1 *Cauſa efficiens ſervitutum.*
2 *An ſervitutes conſtituantur conventione.*
3 *De vicinitate prædii.*

ADnotant Pacius & Mynſ. hic tradi materiam ex qua ſervitutes reales conſtituantur. Quod 1 perſpicue falſum eſt: † qui n. pactiones poſſint eſſe materia: ſed cauſa efficiens hoc §. proponitur conventio & diſpoſitio ultima per legatum damnationis. Quæ ſolet perhiberi cauſa remota, ex qua naſcitur actio perſonalis ex ſtipulatione, aut teſtamento, ad hoc, ut actu conſtituatur ſervitus per quaſi traditionem patientiam ſcilic. vicini, & alterius uſum: quo facto jam competat actio realis & vindicatio ſervitutes, ſecundum quod fatendum erit paulo improprie hic locutum Juſtinian. dum conventionibus conſtitui ait ſervitutem; aliud enim eſt permitti, aliud conſtitui & imponi ſervitutem. Sed iſtud non tranſit abſque ſcrupulo, quem nectit *l. ſervitutes 4. de ſervitutib.* Ait JCtus ſervitutes ipſo iure neque ex tempore neq; ſub conditione conſtitui poſſe. Si intelligas, promiſſionem ibi & pactionem tantum interveniſſe & ex hac pactione tantum adquiri ſolam actionẽ perſonalem, ut promiſſa præſtentur, & ſervitus imponatur, abſurdũ ſane ſit ita non poſſe promitti ſervitutem. Quod ſi per conſtitutionem ibi intelligis traditionem & actualem impoſitionem ſervitutis, videatur inepta dubitatio an poſſit fieri hoc ex tempore vel ad tempus, quin eſſet contradictio, imponi ſervitutem actualiter & tamen differri ſub conditione; quia conſtitutio hæc ſervitutis, conſiſtit in patientia vicini & alterius uſu. Itaque ego pene eo delabor ut exiſtimem ſpecialem eſſe rationem ſervitutum realium. In perſonali, verbi cauſa uſufructu, ſane permiſſio differt ab ipſa conſtitutione, & etiam promiſſo uſufructu opus eſt actione perſonali ut præſtetur per deductionem in fundum *l. 3. in princip. de uſufruct.* quod propria autoritate alter ſibi ſumere non debet nec poteſt. Atquin nulla talis ſervitutum traditio eſt, nec quidquam tradi poteſt, veluti ſi promiſero tibi licere ire agere per fundum

dum meum : & magis ſi promiſero me non ſublaturum altius ædes, non offecturum luminibus tuis; item ut projectum habeas, ut ſtillicidium in aream meam immittas ; nihil hic poſſidet qui promittit , quod tradere poſſit. Et proinde arbitror per ipſam ſolam promiſſionem cenſeri conſtitutam ſervitutem ; & ſi contra placita faciat promittor, nulla opus eſſe actioni perſonali , ſed rectà competere vindicationem; idque apparet ex *d. l.* 4. ubi Juriſconſultus ait , ex æquitate competere exceptionem, ſi alter contra placita , (adjecto videlicet die vel conditione) *VINDICET* ſervitutem; ut ſcil oſtendat , protinus promiſſa ſervitute jus mihi eſſe ea uti , & ſtatim locum eſſe actioni in rem. Recte itaque ait hic Juſtin. pactionibus † & ſtipulationibus conſtitui ſervitutem. Neque obſtat quod in *l. exiſtimo* 98. *in pr. de V. O.* dicitur , poſſe promitti ſervitutem ei qui nondum prædium habet ; (ubi utique ſtatim exiſtere ſervitus non poteſt) & tacitam conditionem ſubintelligi neceſſe eſt , ſicut & in *l.* 10. *de ſerv. ruſt. prad.* & in *l.* 23. *de ſerv. urb. prad.* Etenim ſatis eſt ipſa exiſtentia conditionis quaſi in actum deduci ſervitutem ! quibus terminis alias demum naſcitur actio perſonalis ; tum etiam licet ipſo jure non valeat talis conſtitutio ſub conditione , tamen per opem exceptionis habet effectum ; & frequens eſt ut expreſſa noceant , quæ non nocent non expreſſa. *l. actus* 77. *de Regulis iuris.* Porro de actione in rem quæ competit pro ſervitute ſimul & pro libertate prædii , dicemus plura cum Juſtiniano in *§. aque* 2. *infr. de actionibus.* Ait Juſtinianus:

3 *Si quis velit VICINO.*] Vicini prædii † perpetuo in hac tractatione mentio eſt. Et id nimirum eſt unum ex requiſitis in conſtitutione ſervitutum realium, ut vicinum ſit prædium. Vicinitas autem æſtimatur diverſimode , & omnino ex uſu: & tum inter ipſas ſervitutes , tum inter loca diſtinguendum eſt, quæ intercedunt inter duo prædia , quæ debent ſervitutem & quibus ſervitus debetur. Et 1. aut quæritur de ſervitute interim ſuſpenſa quaſi ſub conditione , aut ſtatim actu exercenda. Illam non impedit prædium intermedium, quod docet *l. in tradendis* 7. *§.* 1. *comm. prad.* Si iter debeatur, ut ita convaleſcat , ſi mediis prædiis ſervitus poſtea impoſita fuerit. Circa hanc rurſus diſtinguendum eſt , quod aut quæritur de ſervitute tigni immittendi , oneris ferendi , &c. & omnino neceſſum eſt prædia etiam contigua eſſe , aut quæritur de aliis ſervitutibus , quæ talem contiguitatem non requirunt & ſubdiſtinguitur amplius : quod aut prædium intermedium etiam ſervit , & poteſt imponi ſervitus remotiori etiam prædio , veluti , ut quis per plurium prædia jus eundi vel agendi ad ſuum prædium habeat *d. l.* 7. §. 1. aut prædium vel ſolum intermedium eſt liberum : & hic porro vel ſolum & prædium iſtud eſt publicum aut privatum. Solum publicum non impedit ſervitutem , v. c. itineris actus viæ , quia hactenus uſus iſtius ſoli omnibus communis eſt , ut per illud ire agere liceat *l.* 1. *de ſervit urb. prad.* idemque eſt ſi intercidat flumen publicum *l. ſi prius* 17. § *via* 2. *de aqua pluv. arc.* Sed impedit ſervitutem aquæductus , quia ad hoc ſolo publico uti non licet *l. ſervitutes* 24. §. *publico* 2. *de ſervit.* Privatum prædium item impedit conſtitui ſervitutem, *l.* 7. *in fi. de ſerv. ruſt. prad.* niſi quæ talis ſit ut etiam v. c. à remotioribus ædibus deberi poſſit , v. c. proſpiciendi & aliquando altius non tollendi , ſi intermediæ ædes depreſſæ ſint; ita tamen ut ſervitus non habeat perpetuam utilitatem, quippe quæ efficiatur inutilis , ſi intermediarum & liberarum ædium dominus eas extollat ; quæ ſententia eſt *l. ſi quis* 6. *in pr. comm. prad.* ut docet *l.* 4. *§. ult cum ll. ſeq.* 1. *& 6. in pr. ſi ſerv. vindic.* Ex quibus patet plane errare *Vulteium* 1. *Iurispr.* 63. ubi diſtinguit inter ſervitutes ruſticas & urbanas , & in his vicinitatem requiri negat. Habemus jam requiſita ſervitutis realis: ut ſit ſervitus utilis prædio, ut ſit vicinum prædium, & ut utrumque ſint prædia; ex quibus talem conſtituo definitionem , ſervitus eſt Jus (ita dicitur ratione dominationis) domino prædii propter prædium , in vicino prædio conſtitutum. Dum enim dico *propter prædium*, intelligo debere ad utilitatem prædii ſervitutem conſtitutam eſſe. Ait Juſtinianus pactionibus & ſtipulationibus conſtitui ſervitutes. Quod vel accipitur conjunctim , ſi pactis ſubjecta ſit ſtipulatio; vel diſiunctim , ut non intelligatur pactio nuda, ſed ex qua alias dominium tranſire ſolet, vel. uti emptio, permutatio, donatio *l.* 3. §. 2. *de act. empt.* ubi dicitur vacuæ poſſeſſionis traditionem nullam eſſe, ſed cavendum eſſe emptori , non futurum per venditionem quo minus utatur illo jure: & eleganter ICtus in *l. ult. de ſerv.* quaſi limitando *d. l.* 3. ait uſum ejus juris pro traditione poſſeſſionis eſſe; ut exiſtimare videatur, non eſſe neceſſariam cautionem ; quæ etiam ſententia eſt *l.* 1. *§. ult. de ſerv. ruſt. prad.*

Poteſt quis heredem ſuum damnare.] Præcipui modi legandi ſunt per damnationem & vindicationem,

nem, de quibus *infra tit.* 20. Neque vero quod hic damnationis tantum facit mentionem Juſtinianus, exiſtimandum eſt, non poſſe etiam ſervitutes legati per vindicationem, ſed ideo; quia modus hic omnibus ſervitutibus eſt communis, etiam iis quæ in non faciendo poſitæ ſunt; veluti ne hæres altius tollat, ne luminibus officiat; quæ ſane per vindicationem non videntur poſſe legari: ceteroquin recte ita legabit teſtator, Lego vel concedo tibi jus eundi agendi per fundum, &c. & hoc quoque addendum eſt ad *l. poteſt* 16. *comm. præd.* Cum hic §. agat de conſtitutione ſervitutum Juſtinianus, quæri poſſit, an non etiam uſucapione aut præſcriptione adquirantur ſervitutes, ſed de hac quæſtione commodius agetur infra tit. 6.

AD TITVLVM IV.

LIBRI SECVNDI INſtitutionum,

DE VSVFRVCTV.

TEXTVS.

1. Vſusfructus eſt jus alienis rebus utendi fruendi, ſalva rerum ſubſtantia. Eſt autem jus in corpore, quo ſublato & ipſum tolli neceſſe eſt.

COMMENTARIVS.

1 *Vſusfructus cauſalis.*
2 *Cautionis utilitas.*
3 *Vſus rerum incorporalium.*
4 *Explicatio l.* 1. de uſufr. leg.

HActenus de ſervitute reali; ſequitur videre de perſonalibus, quarum princeps ſpecies eſt uſusfructus. In genere autem uſusfructus poteſt definiri jus utendi fruendi. Et re vel propria vel altera. Ex quo illa diſtinctio Dd. uſusfructus in 1 cauſalem † & fructualem: vel ſi quem verba forte minus concinna offendant, in nudum, & plenum qui cum proprietate conjunctus eſt, quem Dd. vocant cauſalem, ubi quis re propria utitur. Nec video quid cauſæ ſit, ob quam hæc diſtinctio ferri non poſſit; contra quam pueriliter objicitur *l. uſus* 1. *in pr. ſi uſusfr. pet.* ubi negatur reſervire domino ſuo. Neque enim Dd. uſumfructum in genere ſumptum definiunt ſervitutem, ſed ſpeciem ejus quam formalem vocant, ſervitutem ſtatuunt, de qua hic agitur. Et ſcil. ſtatuunt, quod quis utatur aut re propria jure dominii, aut re aliena jure conſtitutæ ſervitutis, (ſicut quidem & aliæ cauſæ utendi re aliena, veluti ex locato, ſed illæ huc non pertinent.) Neque diſtinctionem illam Dd. ita ad hanc materiam aptant, quaſi putent hic tractari de uſufructu in genere; ſed docendi cauſa hanc ſpeciem quæ dicitur cauſalis, ſimul explicant. Neque rurſus, quod etiam extra hanc materiam, uſusfructus verbum de formali uſurpari ſolet, facit, ut nulla alia ſpecies uſusfructus conſtitui poſſit; cum liceat nobis docendi & explicandi gratia uti etiam terminis & verbis, quæ jus civile ignorat, modo res ipſa ſubjecta demonſtretur. Et tamen ſunt textus, in quibus uſusfructus non videtur niſi de jure fruendi, quod conjunctum eſt proprietati, accipi poſſe. Vix enim aliter explicari poteſt *l. qui uſumfr.* 58. *de verb. oblig.* & apertius *in l. ſi ita* 126. §. 1. *in pr. de verb. oblig.* uſusfructus qui comitatur proprietatem nullus alius eſt, quam qui dicitur cauſalis aut plenus; qua in re argutatur JCtus *in l. quod noſtrum* 63. *de uſufr.* dum ait nos poſſe transferre ad alium uſumfructum quem non habemus; ſcilicet uſumfructum conſideratum pro ſervitute; & qua ſeparatus conſideratur à proprietate; ceterum qui conſtituit alii uſumfructum in re ſua, utique jus utendi ante habuit: ſed jus jam ſeparatū aliud à priori ſecundum quid cenſetur, quæ ejuſdem Pauli diſputatio eſt *in l. Sempronius* 26. *de uſufr. legato* ex cujus tamen *verſ. ſed hic* probatur eadem illa acceptio uſusfructus; ibi, *uſusfructus cum heredis perſona conjunctus.* Et iſta diſtinctio Dd. continuatur ex §. 1. *h. t.* Quod ſi enim uſusfructus recipit ſeparationem à proprietate, oportet, ut ante cum proprietate fuerit conjunctus. Accedit, quod hactenus ſimilis videtur ratio proprietatis & uſusfructus. At notiſſimo jure proprietas diſtinguitur in plenam & nudam: *l. 2. quib. mod. uſusfr. am. & alibi.* & quidni ita quoque diſtinguatur uſusfructus? Nec male Dd. poſſeſſionem aliam conſtituerunt cauſalem ſive plenam, quam dominus habet; & formalem, quæ ſit ſola, veluti apud creditorem, aut alios; quamvis hic illud movere videatur, quod poſſeſſio nihil dicitur habere commune cum proprietate. Nec obſtat, quod *in l. recte* 25. *de verb. ſign.* dicitur fundus totus

totus noſter eſſe, licet uſusfructus ſit alterius, quoniam fructuarius ſane partem dominii non habet; & totus quidem eſt proprietarii nudi fundus talis, non tamen plane ejus eſt. Hæc dicere libuit contra delicatulos illos, qui hujuſmodi diſtinctionibus Dd. ſuperſtitioſe offenduntur, ex quorum numero ſunt *Duar. in d. l.* 126. §. 1. *de verb. oblig. Conan.* 4. *com.* 3. *n.* 6 *Coraſ.* 5. *miſc.* 3.

Uſusfructus eſt ius utend.] Inſubtiles ſunt, qui pro genere iſto, ſubſtituunt, *ſervitutem* retenta differentia, *utendi fruendi.* Inepte enim dicimus, ſervitutem utendi fruendi. Servitus enim eſt in fundo ſerviente; ſed jus habet perſona utendi fruendi. Et ſolent ſervitutes definiri jura, reſpectu ejus qui eas adquiſivit. Et relati natura ex correlato intelligitur: Ceteroquin ſubintelligi oportet jus hoc ex conſtituta ſervitute competere; alias hæc definitio non erit convertibilis cum definito; nam & tale jus habet colonus & alii; ſed JCti de definitionibus non valde fuerunt ſolliciti.

Rebus alienis.] Nam ut diximus, hic agitur tantum de uſufructu nudo ſive formali.

Salva ſubſtantia.] Oſtendunt hæc verba hic definiri tantum verum uſumfructum, non eum qui QVASI dicitur; de quo *in* §. 2. in cujus initio ipſe Juſtin. ſcribit, illarum rerum, quæ uſu conſumuntur, non eſſe uſumfructum. Et hinc cavere tenetur fructuarius ſe uſurum boni viri arbitratu, & finito uſufructu, rem reſtituturum. *l.* 1. *n.* 1 *uſufr. quemadm. cav. l. ſi cuius* 13. *h. t.* Tum etiam & hæc verba eo referri poſſunt, quod fructuarius non habeat poteſtatem mutandi qualitatem rei, cujus uſumfructum habet, ſed ita uti iſta, uti teneatur. *l. uſufructu* 7. §. *ult. in fin. La uſufruct.* 44. *h. t.* De cautione infra aliquid dicemus in 2. §. 2. addo videri veram rationem, cur teſtator eam non poſſit remittere, eo quod invitetur ita ad delinquendum, fructuarius; ſiquidem contra eum re abutentem, eſt actio ex L. Aquil. *d. l.* 13 §. 2. *h. t.* Porcius hic reſpondet actionem Aquil. competere demum finito uſufructu, ſed ex ſtipulatu ſtatim agi *l.* 1. §. *utilius* 5. *uſufr. quemadm. cav.* ſed illum falſum puto, nec video quid impedire poſſit, quo minus dominus ſtatim agere poſſit. An fortaſſis in actione ex ſtipulatu ſimul hoc venit, ut diſpiciatur de privando fructuario? Rectius dicitur, non tantum peccare fructuarium corrumpendo rem & committendo, ſed etiam negligendo & omittendo culturam neceſſariam, quo caſu recte agitur ex ſtipulatione illa, ceſſante L. Aquil. actione *d. l.* 13. §. *denique.*

Eſt ius in corpore.] Rerum incorporalium non 3 eſt uſusfructus: † Verus ſcil. de quo hic tractatur: Ceteroquin etiam jurium quidam uſus cum haud dubie ſit, etiam alteri concedi poterit. Ita hodie juriſdictionis quæ patrimonialis appellari ſolet, fructus in mulctis & pœnis conſiſtere intelligitur, qui quo minus alteri poſſit conſtitui nihil prohibet. Ita dominus directus qui alteri fundum in emphyteuſin conceſſit, retinet jus percipiendi laudem ii & exercendi caducitatem; quod jus locatione aut alio modo alteri concedi poſſe non dubitatur. An etiam poterit quis alteri conſtituere uſum ſervitutis quam habet? Equidem JCtus *in l.* 1. *de uſufr. legato*, id negare videtur, ſervitutem ſervitutis eſſe poſſe. Sed videtur iſta eſſe ſubtilitas quædam. Nam ſervitutis jam conſtitutæ & mihi adquiſitæ uſum precario concedere poſſum *l. quæſitum* 8. §. *ſi ſervis. 5. de precar.* potero igitur concedere & commodato ad certum tempus; quid ni igitur & ad dies vitæ; ſed & uſusfructus ad certum tempus conſtitui poſſunt. Et quid igitur intererit, an commodato conceſſerim, vel precario utendam ſervitutem, an uſum ejus conceſſerim, quod tamen negat recte fieri JCtus *in d. l.* 1. *de uſu & uſufr. leg.* Et eſſe eam nudam ſubtilitatem ille ipſe locus oſtendit, qui in effectu legatum tale vel conſtitutionem hujuſmodi uſus admittit beneficio cautionis, ne ultra vitam legatarii porrigatur; ex quo apparet JCtum tractare caſum non quo ſervitutis mihi quæſitæ uſum concedo alteri de quo *in d. l.* 8. §. 5. *deprecar.* ſed quo uſumfructum vel uſum v. c. eundi agendi ab initio per meum fundum conſtituo: ubi ratio vera dubitandi eſt, quod ſervitutes iſtæ ſunt perpetuæ: & comitantur prædium, & non finiuntur cum perſona; quæ in uſu & uſufructu ſecus ſe habent. Itaque in fi. l. hoc adjicitur, quod tantum jus ſit agendi cum hærede, ut quamdiu vivit legatarius patiatur cum ire agere, aut ut ſervitus conſtituatur ſub cautione reſtituendi eam (id eſt ut tum non amplius agat eat) ſi modus talis aut tale quid interveniat, ex quo alias uſusfructus perire ſolet. Ex quo apparet ut dixi ibi legaſſe teſtatorem non uſum ſervitutis ſibi quæſitæ in alieno fundo, ſed uſum ſervitutis per fundum ſuum denuo alteri conſtituiſſe. Ex quo præter ſententiam interpp. explico quod ait JCtus ibid. id neque ex bonis nec extra bona eſſe. Ex quo omnes colligunt, ſervitutes nec in bonis nec extra bona eſſe. Sed male ut opinor. Etenim

Digitized by Google

Etenim ſervitutes quas nobis quæſivimus, quæ jura ſunt, & quas jure vindicamus, omnino in bonis noſtris eſſe dicendæ ſunt, aut eadem ratione nulla incorporalia in bonis eſſe dixerim. Sed in *d.l.* 1. non agit JCtus de ſervitute quæſita, ſed de novo conſtituenda. Nimirum SCto de quo mox dicemus, permiſſum erat, ut omnium in bonis noſtris, quæ eſſent poſſet, per legatum conſtitui uſusfructus. Legavit quis uſum itineris per fundum ſuum, id eſt, ut liceat alicui ad tempus vitæ ire per fundum ſuum; ſane non poteſt dici legaſſe uſum alicujus rei quæ in bonis ipſius ſit, cum jus iſtud nudum ſit, ſed demum per patientiam heredis & uſum alterius deducatur in eſſe: itaque iſtud jus plane adhuc nihil eſt, quod obiter data occaſione ad iſtam *l. 1. de uſu & uſufr. leg* annotare placuit.

Quo ſublato.] Pertinet ad modos finiendi uſumfructum, *de quo in §. 3.*

TEXTVS.

2. Uſusfructus à proprietate ſeparationem recipit, idque pluribus modis accidit: ut ecce, ſi quis uſumfructum alicui legaverit: nam hæres nudam proprietatem habet, legatarius vero uſumfructum. Et cõtra ſi fundum legaverit deducto uſufructu, legatarius nudam proprietatem habet, hæres vero uſumfructum. Item alii uſumfructum, alii deducto eo fundum poteſt legare. Sine teſtamento vero ſi quis velit alii uſumfructum conſtituere, ſtipulationibus & pactionibus id efficere debet.

COMMENTARIVS.

CUm uſusfructus ſit jus alienis rebus utendi fruẽdi, oportet eum ſeparatum eſſe à proprietate; quod quomodo fiat, ut uſusfructus ſeparetur, & ſimul cauſam efficientem uſusfructus conſtitutionis oſtendit hoc loco Juſtinianus, quomodo id tradidit de ſervitutibus realibus in §. ult. tit. præced. Et eaſdem hic cauſas refert, diſpoſitionem teſtatoris, & conventionem. Tres modos legandi, quibus ſeparetur uſusfructus à proprietate, ſatis perſpicue exponit Juſtinianus, & facit mentionem teſtamenti tamquam modi principalis, & quæ tractant de legato, quod olim non niſi teſtamento relinqui poterat; ceteroquin & codicillis hodie utique poterit relinqui uſusfructus. Recte autem ait, *Fundum detracto uſufructu*, ut intelligatur relictam nuda proprietas fundi alteri relicta, quoniam fundi appellatio continet plenam proprietatem, itaque ſi teſtator alteri ſimpliciter fundum, alteri uſumfructum legaverit, uterque in uſufructu concurret *l. ſi Titio* 10. *l. ſi alii* 19. *de uſu & uſufr. leg. l. ſi tibi* 6. *de uſufr. ear. rer. &c.* Procul dubio autẽ & recte legabit teſtator, ſi alteri uſumfructum, alteri proprietatem nudam legaverit. Meminit hic uſusfructus legati ſimpliciter: ut tanto minus dubitandum ſit, quin & per damnationem & per vindicationem legari poſſit. Legati per damnationem mentio eſt *in l. 3. in pr. de uſufr. iunct. d.l.* 19. *de uſufr. leg.* ſed & quid ni ita legari poſſit, uſumfructum do lego; quo caſu poteſtate juris protinus conſtitutus cenſebitur uſusfructus, & ſtatim erit actio confeſſoria in rem. *arg. l. un. in fi. quan. dies uſufr. leg. vid.* quomodo & legatus uſusfructus dicitur vindicari *in l. ſi Titio* 10. *de uſufr. leg.* & hoc ſenſu ipſo jure adquiſitus *in l. ſi quis* 29. *eod. tit.* Docet diſerte *Paulus* 3. *ſent.* 6. uſusfructus, inquit, aut ipſo jure conſtituetur, aut per heredem præſtabitur. Ex cauſa quidem damnationis per heredem præſtabitur, ipſo jure autem per vindicationem. Hoc caſu igitur recta erit actio in rem, ſicut omnibus caſibus, quibus per vindicationem quid relictum eſt, at ubi uſusfructus legatus eſt per damnationem, tantum competet actio perſonalis ex teſtamento *l. 1. §. 2. ſi uſusfr. pet.* ut heres inducat legatarium in fundum utendi cauſa *l. 3. in pr. h.t.* Idemque juris erit, ut tantum actioni perſonali ſit locus, ubi per conventionem conſtitutus & uſusfructus juxta §. *in fi.* Etenim ut notavimus ad §. *ult. tit. prac.* alia ratio uſusfructus hic eſt, alia ſervitutum realium: In his nihil eſt quod tradi poſſit: itaque ubi etiam per damnationem talis ſervitus legata aut in conventionem deducta eſt, recta actio in rem competit, per ibi tradita. Adeo Juſtin. hoc loco, dum agit de pactionibus & ſtipulationibus, paulũ videtur abuti verbo, *conſtitui*: promiſſus enim uſusfructus, nec dum conſtitutus propſie videri poteſt, pro quo conſtituendo eſt actio perſonalis. Pactionẽ autẽ qua uſusfructus cõſtitui dicitur, oportet eſſe, ut Dd. loquuntur, veſtitã aut utiq; pactionẽ legitimam: alias ex eo actio competere non poteſt: ceteroqui ſi quis etiam juxta nudum pactum tradiderit uſumfructum, utique

erit actio in rem, quoniam traditio recte fit & solutio ex nuda etiam conventione.

TEXTVS.

3. Ne tamen in universum inutiles essent proprietates, semper abscedente usufructu, placuit certis modis extingui usumfructum, & ad proprietatem reverti.

COMMENTARIUS.

HOttoman. ad §. *Inter tit. præced.* invehitur quasi in temulentum scriptorem Triboniani, qui eum §. avulserit à pr. ejus tit. Qualis illa sit reprehensio, & quod non ita accurate methodi LL. observaverit Tribonianus, vel hinc patet, quod & in pr. h. t. adspersum est, de finiendo usufructu per interitum subjecti, & quod hic rursus intempestive sane inseritur de eadem re, quod omnino pertinet ad §. 3. Annotant tamen quidam hoc quasi per occupationem adjectum, & ideo monitum, ne quis putaret ita separatione facta, inutilem fore proprietatem; cum dominia rerum adeo habeamus, ut inde utilitatem aliquam consequamur.

TEXTVS.

4. Constituitur autem ususfructus non tantum in fundo & ædibus: verum etiam in servis & jumentis & ceteris rebus, exceptis iis quæ ipso usu consumuntur. Nam res hæ neque naturali ratione neque civili recipiunt usumfructum: quo in numero sunt, vinum, oleum, frumentum, vestimenta: quibus proxima est pecunia numerata: namque ipso usu assidua permutatione quodammodo extinguitur. Sed utilitatis causa senatus censuit, posse etiam usumfructum earum rerum constitui, ut tamen eo nomine herede utiliter caveatur. Itaque si pecuniæ ususfructus legatus sit, ita datur legatario, ut ejus fiat, & legatarius satisdet heredi de tanta pecunia restituenda si moriatur aut capite minuatur. Ceteræ quoque res ita traduntur legatario ut fiant ejus, sed æstimatis his satisdatur, ut si moriatur aut capite minuatur, tanta pecunia restituatur, quanti hæ fuerint æstimata. Ergo senatus nō fecit quidē earum rerum usumfructum, (nec enim poterat,) sed per cautionem quasi usumfructum constituit.

COMMENTARIUS.

1 *Res fungibiles.*
2 *Quasi ususfructus an per contractum.*
3 *Cautionis ratio in quasi usufructu.*
4 *De remissione cautionis.*
5 *Vestimentorum an quasi usufructus.*

SErvitutes reales sunt tantum prædiorum: usus & ususfructus etiam in rebus mobilibus consistunt quarum scilicet est usus salva earum substantia, à quibus distinguuntur hactenus ea, quæ utendo consumuntur, res fungibiles, quæ in genere suo functionem recipiunt, & ponderæ, numero & mēsura consistere dicuntur; de quibus agemus *infr. de obligat. quæ ex contrah. lib. 3.* Harum rerum usumfructum negat esse Justin. & civili & naturali ratione. Fructum nimirum ita dicimus percipere ex re aliqua, ut illa res separata salva & integra maneat: ita ut usus penes unum, proprietas & dominium penes alium esse possit: & ille re utatur boni viri arbitratu, & se ita usurum & finito usu restituturum rem caveat: quæ, & eius generis alia in rebus fungibilibus locum non habent, quibus citra consumptionem & corruptionem ipsarum uti nō possumus; veluti vino, oleo frumento, & pecuniæ numeratæ, quam hic Justin. usu & assidua permutatione quasi extingui ait; non ita ficut oleum, vinum & frumentum, (neque enim ipsa numm orū corpora pereunt) sed quia oportet nobis perire, id est, à nobis abscedere & ejus dominium in alium transferri, siquidem ad finem destinatum ea uti velimus; quem recte & vere hic designat Justin. *permutationem* (latius sumptam, non ut alias permutationem rerum in specie dicimus) prorsus ut *Arist. 1. Polit. 6.* nummum inventum esse dicit κατὰ συνθήκην. Et propterea hoc adjecit Justin. quasi extingui nummum, ut eo ostenderet, quandam convenientiam nummi & aliarum rerum fungibilium. Et huc referunt, quod dicitur pecuniam servari non posse *in l. Iulianus 30. de petit. heredit.* Recte autem ait Justin. pecuniæ numeratæ, ceteroquin argenti & auri (v. c. poculorum) quin & numisma-

Digitized by Google

numiſmatum verus poteſt eſſe uſusfructus *l. numiſmatum* 28. *h. t.* Harum igitur rerum non eſt uſusfructus, ſed eſt tamen quaſi uſusfructus, de quo videamus quid tractat Juſtin. Et in primis obſervandum ſi uſumfructum tamquam genus, diſtinguere velimus in uſumfructum verum & quaſi, iſtud genus futurum τῷ ὀνόματι, & quod de altera ſpecie tantum revera, de altera ἰσωνύμως prædicetur, ut apparet ex modo dictis. Ait Juſtin.

Senatus cenſuit.] Senatum jus facere poſſe diximus ſupra ad §. *SCtum. de iur. nat.* Et fuit igitur opus quaſi Lege lata, ut harum rerũ quaſi uſusfructus, eſſet. Et JCti forte tenaces ſubtilitatum hoc diſputando introducere noluerunt; & pro uſufructu habitum fuit cum non videretur ſatis convenire mutuo, jus utendi ad tempus vitæ, ut heres repetere ante non poſſet.

Vtilitatis cauſa.] Ut ſcilicet, qui nollet ejuſmodi res perpetuo jure legare alteri, poſſet id ita facere, ut tantundem vel æſtimatio poſtmodum reſtitueretur heredi. Reipſa autem iſtud mutuum eſt, ſi quis uſum habeat v. c. mille florenorum ad aliquod tempus, aut etiam quamdiu vivit. Sed ſcil. morituri non dicuntur dare mutuum, nec qui aliquid legat, dicitur contrahere. Et proinde verior videtur eorum ſententia; qui SCtum tantum ad legatum talem uſumfructum putant pertinere: quod oſtendit tum *totus tit. de uſufr. ear. rer.* tum quod hoc §. quoque Legatarii tantum & heredis fit mentio. Si quid tamen tale conſtituatur inter vivos, dixerim defendi hoc quaſi uſusfructus jure Licet enim Senatus ita ſtatuerit propter ultimas voluntates, tamen poſtquam ita ſtatutum, & harum rerum uſusfructus admiſſus eſt; nihil vetat hoc & ad conventiones perduci. Sed tamen & *Vlp. tit.* 24. *de Legat.* §. *Senatus* 25. tantum facit mentionem Legati & JCtus in *l. uſufructu* 69. *ad L. Falc.* & ita cenſent *Hottom.* & *Weſemb. hic.*

Vt tamen eo nomine caveatur.] Mox ait, *æſtimatio his ſatisdatur.*] Eſt enim ſicut & in vero uſufructu, non ſimplex promiſſio, ſed fidejuſſoria cautio *l. 1. & 2. t. uſufr. quemadm. cau.*) & in ſi. §. quod Senatus per cautionem quaſi uſumfructum conſtituit. Ratio eſt, quare quaſi uſusfructus per cautionem quodammodo conſtitutus videatur, quod, ut ſtatim ſubjicitur, res quarum uſusfructus quaſi eſt, fiunt uſufructuarii; & earum dominium transfertur; adeo cum uſus fructus præſupponat in alio proprietatem, cautio quæ præſtatur hæredi, quaſi proprietatis loco penes ipſum eſt. Ex quo intelligitur, quam parum ſubtiles ſint, qui in quaſi uſufructu dicunt cautionẽ eſſe de ſubſtantia uſusfructus, cum nihil minus quam proprietas de ſubſtantia illius eſſe poſſit; niſi forte aliud dixerunt, aliud intellexerunt, & ſcil. quod citra cautionis remedium non potuerit introduci & admitti hic uſusfructus; ceteroquin, poteſt fieri ut cautio remittatur & omittatur ab herede, ſalvo nihilominus jure repetendi pecuniam finito uſufructu, aut etiam conſtante uſufructu cautionem per incerti actionem petendi *l. hoc SC.* 5. §. 1. *de uſufr. ear. rer.* Quamvis ſane ſatisdatio non videatur præciſe neceſſaria fuiſſe pro inductione huius uſusfructus; præſuppoſito eo quod admiſſum eſt juxta *d. l.* 5. §. 1. omiſſa cautione nihilominus pecuniam vel æſtimationem aliarum rerum condici. Et imo contra quam vulgo putatur, facilius exiſtimo remitti poſſe hic cautionem, quam in uſufructu vero *l. pen. C. ut in poſſ. leg.* Ejus enim conſtitutionis rationem, quod teſtator non poſſit remittere cautionem de utendo boni viri arbitratu, hanc reddere ſolent Dd. quod invitaretur heres ad delinquendum, & abutendum re fructuaria quæ manet in dominio heredis & ipſi reſtituenda eſt. Atquin res quarum eſt quaſi uſusfructus dominii jure tranſeunt in fructuarium, qui liberum arbitrium habet iis pro libero utendi, dummodo poſt tantundem vel æſtimationem reſtituat, & tamen nec hanc remitti poſſe ſatis docet *l. 1. C. de uſufructu.* Ab herede ipſo poſſe remitti cautionem etiam de utendo boni juri arbitratu, communiter putant Dd. quod ita accipio & limito, ut ſi male uti incipiat fructuarius, poſſit nihilominus peti cautio, ceteroquin eadem militaret hic ratio, ne invitaretur fructuarius ad delinquendum. Quod autem diſponit & tacuit teſtator, omnimodo valere aut non valere debet. Satisdatio autem omnino præſtanda eſt, etiamſi ſimpliciter res fuerit tradita fructuario; & ſi non præſtatur ipſam rem poteſt heres vindicare *l. ciſi* 7. *in pr. uſufr. quemad. cav.* & fructuarium non facere fructus ſuos, ſi non caverit, notant communiter poſt. *gl. Interpp. hic.* & *latius pra ceteris Angel.* Sed quid ſi ob paupertatem nõ poſſit ſatisdare fructuarius? Communis admittunt eum Interpp. ad juratoriam cautionem, niſi perſona ſit ſuſpecta, & periculũ devaſtationis: quo caſu ſequeſtrari volunt uſumfructũ, quod maxime in rebus mobilibus obtinebit; idque in terminis notat. *Ioh. Fab. hic.*

Ratio porro ob quam dominium rei hic tranſit in legatarium, perſpicua eſt, quoniam, ut monuimus ſup. ad tit. 1. hujus libri in §. *ſi quis à non.* nemo habet

jus consumendi rem nisi qui ejus est dominus, & proinde quoniam usus harum rerum non est citra consumptionem, ut quis usum habere possit, ante omnia dominum eum esse oportet. Illud obiter monendum, quod Justin. ait, satisdari ceteris rebus æstimatis, & de restituenda æstimatione, veluti, vini, frumenti, olei, &c. non esse perpetuum nec necessarium, sed posse caveri, ut v.c. tot modii, vel tot amphoræ aut pondo restituantur, *l. si vini 7. de usufr. ear. rer.* ubi tamen JCtus ait illud esse commodius.

Si moriatur aut capite minuatur.] Hi duo tantum sunt modi quibus finitur hic quasi usus fructus *l. in stipulatione 9. de usufr. ear.* Nam cum fructuarius sit dominus & restituat non eandem speciem, sed tantundem, ceteri modi, non usus, consolidatio, interitus rei, hic non habent locum. Sed an capitis diminutione minima quoque hic usus fructus finiatur? utique jure veteri, per hos ipsos textus, & scribit diserte *Paul. 3. sent 6. §. capitis*, & probatur ex *l. in ann. 8. de an. leg. l. 1. & repeti. 5. Quib. mod. usus fr. am.* & quod repeti potest in casum capitis minutionis: quod fieri non potest, ubi quis civitatem amisit.

Dubitari possit, quod hic mutavit Justinianus, ut tantum media & maxima capitis diminutione pereat usus fructus *in l. pen. §. ult. C. h. t.* ad hunc quoque quasi usum fructum pertineat? etenim satis perspicue ibi agit de vero usufructu, de quo alias etiam in dubio verbum *usus fructus* accipiendum est. Ego tamen malim idem adfirmare in hoc quasi usufructu; cum non possit dari ratio diversitatis; tum moveor per *l. 1. in fin. de usu f. legat.* ubi JCtus quasi ex δCto, quod quarumcunque rerum usum fructum legari permisit, defendit legatum usum fructum itineris, ut ita constituatur servitus, ut legatarius caveat de restituendo, si decesserit legatarius vel ex magna causa capite diminutus fuerit. Ubi (quod miror ab aliis non observari,) non dubito, quin verba illa *ex magna causa* sint a Triboniano adjecta, propter constit. *d. l. pen. de usufr.* Neque enim dubium est quin veteri jure quivis usus fructus capitis diminutione quavis fuerit amissus. Et tamen ineleganter dixit Tribonianus, *diminutum ex magna causa* pro, *passum capitis diminutionem*; nam ut distinguamus ex qua causa fuerit quis emancipatus aut adrogatus, ineptum nimis foret.

Unicum superest hoc §. quod Justin. inter res † quarum est quasi usus fructus refert etiam vestimenta; Id quod ex præmissis falsum esse consequitur; quandoquidem vestes non sunt res fungibiles, & quæ ipsa usu consumantur. Neque enim sufficit quod usu atteratur & deteriores fiant, quoniam imo harum rerum tantum est quasi usus fructus, quarum datione in creditum itur; & quas consumimus penitus dum iis utimur, vel revera & naturaliter, veluti vinum, oleum &c. vel quodammodo, ut pecuniam numeratam, dum eam expendimus; ceteroquin si ex hoc quasi usum fructum metiamur, quod usu res fiant deteriores saltem omnium pene rerum mobilium quasi usus fructus erit. Et, enim harum quoque rerum quæ utendo fiunt deteriores, & pro parte corrumpuntur, esse verum usum fructum, inde apparet: Quod cum cautio de restituenda ipsa specie & corpore cuius est usus fructus, nõ nisi in vero usufructu habeat locũ, cavetur tamen de restituendo eo quod supereſt *l. 1. in pr. & §. ult. usu fr. quemad. cav.* satis enim est dolum malum abesse, & quem usum esse secundum eius naturam; idque ita in terminis traditũ est de vestimentis *in l. si usus fr. 9. §. pen. d. t. d.* Adeo super qua re cavetur eam ipsam restitutam iri, cuius est verus usus fructus. Atqui super vestibus ita cavetur *d. §. pen.* ubi stipulatur heres vestem reddi, & liberatur fructuarius si finito usufructu, eam sine dolo malo attritam reddiderit. Ex quo apertũ fit, mũ est, dominium vestium in usufructuarium non transferri, quod in quasi usufructu necessariũ est. Et videtur itaque incuria hic lapsus Tribonianus. Color enim tantum est, quod Donellus 10. *comm.* 4. hunc textum explicat de usufructu rudis lanæ; itemque quod Accursius id restringit ad casum, quo vestium æstimatarum usus fructus legatus est: quomodo legari posse vestium usum fructum colligitur ex *l. sed si 15. §. etsi 4. h. t.* quamvis sane illa verba, *d. §. non sicut quantitatis usus fructus legetur.* videantur ab interprete aliquo inserta, qui ita voluit juvare Tribonianũ h. §. sed utut sit, apparet ex illo ipso loco vestium usufructu simpliciter legato esse verum; quia ait, fructuarium ita usurum, ne abutatur, atquin qui quasi usum fructum habet cum dominus sit, pro libitu re utitur, & quidem re cuius usus est quasi in abusu & consumptione. Neque obstat, quod *in l. 1. de usufr. ear. rer.* earum rerum dicitur esse quasi usus fructus, quæ usu tolluntur, vel minuuntur; neque enim JCtus ibi intelligit deteriorationem, sed consumptionem per partes, veluti si cui usus fructus aliquot amphorarum vini vel modiorum frumenti fuerit legatus. Ex dictis hactenus apparet, in quibus differat verus usus fructus & quasi, & in quibus conveniant. In his Mynsing. post Bald. refert, quod etiam

tam fructuarius pecuniæ vel vini non præstat casum fortuitum, sed ea pareant heredi. Quod apud me dubium habet; cum dominium hic transeat, & domino res pereat, & de his rebus agatur, quarum datione in creditum itur, & mutuum contrahitur, & cum non ad idem sed ad tantundem vel ad æstimationem fructuarius sit obligatus.

TEXTVS.

5. Finitur autem ususfructus morte usufructuarii, & duabus capitis diminutionibus, maxima & media, & non utendo per modum & tempus: quæ omnia nostra statuit constitutio. Item finitur ususfructus, si domino proprietatis ab usufructuario cedatur, (nam cedendo extraneo nihil agitur) vel ex contrario, si usufructuarius proprietatem rei adquisierit, quæ res consolidatio appellatur. Et amplius constat, si ædes incendio consumptæ fuerint, vel etiam terræ motu, vel vitio suo corruerint, extingui usumfructum, & ne areæ quidem usumfructum deberi. Cum autem finitus fuerit totus ususfructus, revertitur scilicet ad proprietatem, & ex eo tempore nudæ proprietatis dominus incipit habere plenam in re potestatem.

COMMENTARIVS.

1. *Modi finiendi ususfructus.*
2. *De l. 14. C. de usufructu.*
3. *Cur minima cap. diminutione pereat ususfructus.*
4. *Ususfructus an amittatur non utendo per modum.*
5. *Quomodo non utendo per tempus.*
6. *An finiatur cessione.*
7. *Modus finiendi per interitum rei.*

DOminia rerum habemus, ut inde fructum captamus; itaque cum in usufructu sit omne emolumentum *l. Mævius 66. §. pen. de legat. 2.* inutile esset dominium & proprietas, si perpetuo nuda maneret. Et ideo supr. *h. t. §. 1. inf.* ait Justin. ne inutilis esset omnino proprietas, placuisse, ut certis modis finiretur ususfructus, & ad proprietatem rediret. Et hinc est, quod licet repeti possit ususfructus, in casum, quo aliquo modo finitur, tamen non potest repeti, in casum mortis fructuarii *l. repeti 5. quib. mod. ususfruct. amitt.* Recte itaque hic tractatur, de modis quibus ususfructus finitur. Sex proponuntur modi, 1. Mors fructuarii, 2. ejusdem capitis diminutio, 3. Negligentia & non usus, 4. Cessio, 5. Consolidatio cuius tamen sive species; sive causa quoque est, cessio: & 6. Interitus Rei; & quinque posteriores, (de primo enim res magis liquida fuit) conjunctim proponit *Paulus 3. sent. 6. §. usus-fructus.* Amittitur, inquit, quinque modis, Capitis minutione, Rei mutatione (hoc latius patet quam rei interitus & rectius dicitur, ut mox ostendemus,) Non utendo, in jure cessione, dominii comparatione, quæ nimirum est consolidatio. Videamus de singulis cum Justin. Ait

Finitur morte fructuarii.] Ita quidem, ut in hunc casum nec repeti possit, ut paulo ante diximus ex *l. 5. quib. mod. usufr. amitt.* Et longe fallitur, si quis putet usumfructum transire in heredem

1 fructuarii in speciel antiquitas 14. *C. h. t.* † significatur enim hæres testatoris, & tamen ita falluntur *Myusing. & Iohan. de Plat. & Angel.* qui ait ita omnes sentire quod si legetur ususfructus ut transeat ad heredem fructuarii, intelligi primum ejus heredem, per *d. l.* 14. *C. hoc. tit.* quem crassum errorem satis equidem mirari non possum, cum

2 apertissimum sit in *d. l.* 14. intelligi heredem † testatoris. Et est ipsissimus ille casus, quem attingit Justinianus in §. 1. *h. t.* quo quis alteri legat fundum detracto usufructu, qui maneat penes heredem: quo casu ait Justin. quosdam existimasse inutile esse legatum, quia appellatione heredis omnes successores contineantur. Sed nimis crassa dubitatio est, & haud dubie constans veterum sententia fuit, (quod & ibi respondet Justin.) finiri morte instituti heredis; quippe cum liquidissimum sit testatorem intellexisse eum, qui sibi successurus est, non eum, qui porro hæredi suo: sed illa non insubtilis veterum disputatio & dubitatio fuit, si ex tempore fundus legatus sit deducto fructu, & ante tempus heres mortuus fuerit, an protinus adveniente die plena proprietas debeatur legatario; an vero, quoniam necdum deductus fuit ususfructus, & nec deduci potuit, novus ususfructus in persona secundi heredis incipiat; quippe cum necdum vere exiterit ususfructus; cum utiq; testator senserit de usufructu qui tamquam servitus personalis separatus à proprietate apud heredem maneret, quæ

Googl

eſt diſputatio Pauli in *l. Sempronius 26. de uſufruct. legat.* contra quam viſum eſt Africano in *l. qui uſumfr. 36. §. 1. verſ. hoc ita h. t.* nec enim dubito, quin clauſula & *verſ. ſed his de uſufruct. leg.* ſit adſcripta à Triboniano; qua admiſſa nulla inter hæc loca eſt contradictio. Porro non obſtat *l. 2. de novat.* ibi *in fin. ſi poſt mortem meam manet eius uſusfructus*: quoniam ibi uſusfructus ſaltem mihi debitus, & necdum in perſona mea conſtitutus erat; itaque ille cui debitor meus plenus proprietarius ex delegatione mea (utcunque hæc novationem veram non inducat) ultro uſumfructum ſolvit, loco meo verus fructuarius eſt, ita ut non mea ſed illius perſona ſpectetur, ubi de finiendo uſufructu tractatur. Illud ſingulare eſt ex *leg. ult. C. de uſufruct.* ſi filiusfamil. uſumfructum, & ita patri adquiſierit, utriuſque mortem expectandam eſſe; Ceterum ex ratione juris veteris procul dubio morte patris finitus fuit.

Capitis diminuti ne.] De hoc diximus ad §. *prac.* Ratio tamen in obſcuro eſt, quare minima capitis diminutione uſusfructus fuerit amiſſus & finitus. Ait Hottom. rationem eſſe, quod quæ ſint juris civilis, etiam civilibus inſtitutis tollantur. Inepte; tum quod uſusfructus non recte dicitur eſſe inventum juris civilis; tum præcipue quod quæ invicem ſe tollunt, ita comparata eſſe oportet: ut alterum quod tollit & perimit, ad alterius deſtructionem & corruptionem ſit deſtinatum, & cum eo conſiſtere non poſſit. Hoc ipſum autem quærimus quomodo & propter quam cauſam v. c. adrogatio, aut emancipatio vel in adoptionem datio perimat uſumfructum. Quod addit, etiam minimam capitis diminutionem morti comparari, magis eſt ut falſum putem, neque ſcriptum eſt apud *Paulum 3. ſentent. 6.* Ineptius eſt, quod ait, ſi filius, cujus ſolius vitæ conſultum volebam, eique propterea prædium utendum fruendum dederam, à me poſtea in adoptionem emancipetur, quia aliunde nactus eſt unde alatur, nihil attinet, eum uſumfructum retinere. Hæc Hottomann. Itidem inepte, tum quia hinc rationem juris iſtius petere, puerile eſt; tum quia fingit ab ipſo patre filio in poteſtate conceſſum eſſe uſumfructum, qui tamen omnino manet patris, & de ejus finitione fruſtra quæritur; tum quia iſta ratio nihil ad caſum adrogationis. Ratio petenda videtur, à perſonalitate iſtius juris, argument. ejus quod ſcribit *Juſtinian. inſ. de adquiſit. per adregat*: Ubi Juſtinian. ait, per adrogationem perire v. c. operarum obligationes, &c. Ego animadverto, quod hic & alibi traditur. ex ratione juris veteris tantum pertinere ad arrogationem, (quæ eadem generali nomine eſt adoptio) de qua etiam tantum agit Paulus dicto loco. Filiusfamil de quo emancipando vel in adoptionem dando quæritur, cum nihil proprium ex ratione dicti juris habere poſſit, nec poteſt habere uſumfructum, quem amittat. Homo ſui juris ſi adrogatur merito perit uſusfructus, qui alias tranſiret in adrogantem, quod ratio juris non patitur, ut de perſona in perſonam tranſeat. Cum adeo omnia quæ ſunt adrogati adquirantur patri adrogatori, & ab illo in hunc tranſeunt, & uſusfructus nec in perſona ejus tanquam filiifam. amplius manere, nec ex ratione juris in alium tranſire poſſit, fiebat neceſſario, ut recurreret ad proprietatem; quomodo mox dicemus de ceſſione. Quod ſi ponas caſum ex jure veteri, irregularem, quo in filiifam. perſona ſubſiſtere poſſit uſusfructus, dixerim, ſubtilitate quidem juris per emancipationem perire uſumfructum propter imaginarias venditiones *l. 3. §. 1. de cap. min.* ex quo fit ut omnes fere obligationes ipſo jure extinguantur, *t. t. de cap. min.* Verum ſicut hæ ex edicto reſtituuntur, ne jejuna ſubtilitas juris tantum habeat effectum; ita etiam crediderim reſtituendum uſumfructum. Cum igitur ex conſtitutionibus Juſtinian. filiusfamil. non uno caſu plenam quoque proprietatem habere poſſit, & ex ejuſdem ſanctione in *l. ult. C. de uſufruct.* uſusfructus filio ſimpliciter relictus, non patri omnimodo adquiratur, ſed filio demum poſt patrem mortuo totus exſpiret, atque adeo vivente patre jus in eo habeat filius, ceſſante veteris juris ratione, merito etiam jus vetus hactenus mutavit Juſtinianus. Hæc nemo explicat. Finitur ita uſusfructus ſemel actu conſtitutus; ſecus ſi ante diem cedentem capite quis diminutus fuerit, *l. 1. §. ſed ita 2. quibus modis uſuſf. am.* Itemque ſi unus in univerſum ſit uſusfructus, ſecus ſi plures, veluti in ſingulos annos conſtituti, tunc enim tantum is petit, qui jam cepit, reliquis ſalvis, *dict. leg. 1. §. ult.* cujus rei jure veteri, ubi etiam captis diminutione minima periit uſusfructus, evidentior fuit effectus, & imo quæ de hoc finiendi modo ſcribuntur in Pand. & in *d. l. 1.* præcipue in *leg. 3. eod. tit.* ut in caſum ſecutæ capitis diminutionis repetitus ſit uſusfructus ad mediam & maximam diminutionem non niſi vitioſe referuntur, imo referri non poſſunt: ut vel hinc appareat ſocordia compilatorum.

Nec

Non utendo per modum & tempus.] Servitus amittitur non utendo, per tempus & modum, nec enim satis est, usum non esse, nisi & usus sit ad modum constitutum, quod de servitutibus realibus tradit JCtus in *l. si communem* 10. § 1. *quema.modum serv. amitt.* Sed enim in his licet convenire, quibus horis, locis, diebus, quis eat, aut agat per fundum alterius. At enim cum fructus natura producat, & prout fructus producti & maturi & apti sunt ad colligendum etiam quisque frui debeat, non satis animadverto, quomodo usufructui ejusmodi modus præscribi possit: nec quisquam ullo loco juris puto hoc traditum; sed hoc tantum, quod ususfructus amittatur non utendo, ut apud *Paulum 3. sent. 6. l. pen. in pr. C. h. t. l. placet 25. & l. si usufr. 28. quib. mod. usufr. am. l. 3. in pr. si usufr. pet. l. Mævius 66. §. ult. de leg. 2.* pro parte non utendo amitti eum legimus *l. 14. & d. l. 25.* Sed totum amitti non utendo per modum non legimus; cum & insuper si quis utatur tantum, usumfructum tamen retineat *l. is qui 10. quib. mod. usufruct. am.* nisi putet solam servitutem usus sibi constitutam *d. l. 10.* Nec placet quod Pacius post gloss. istud eo refert, quod debeat uti viri boni arbitratu, alia enim hæc est ratio, propter quam non ipso jure, sed cognita causa, propter corruptum fundum privatur usufructu; neque hoc est, non uti per modum; uti hæc phrasis in hac materia usurpari solet, per *d. l. 10. quemadmodum serv. amitt.* & ubi male utitur fructuarius ex L. Aquilia, aut stipulatione agitur, *t. t. usufr. quemadmodum cau. l. 13. in pr. & §. 1. h. t.* & si finiretur ex hac causa nihil impediret cautionem remitti à testatore. Ineptum est, quod gl. per modum & tempus explicat, per moderatum tempus.

Itaque cogitandum, an non hoc sit referendum inter lapsus Triboniani. Videamus de non utendo. Scribit Paulus *d. lib. 3. sentent. tit. 6.* amitti usumfructum non utendo, per annum vel biennium: illud, si res sit mobilis, hoc, si sit ususfructus fundi; nam & ita per usum & scil. usucapionem adquirebantur olim dominia, anno, si res esset mobilis; biennio in Italico solo, si res esset immobilis, ut ipse testatur Justin. *in pr. inf. de usucap.* Sed Justinian. dupliciter hoc jus mutavit. 1. Quod tempora longiora & præfinivit usucapioni & eadem præscripsit amissioni per non usum, in usufructu. *l. penult. C. h. tit.* & id convenienter jure veteri. Sed non item alterum, quod eodem tempore voluit per non usum amitti usumfructum rei mobilis & immobilis in *l. pen. Codic. de servit.* ita ut hic pene sibi ipsi contradicat in *l. penult. C. h. t.* § 1. ubi constituit usumfructum non perire non utendo (scilicet quomodo olim) nisi talis exceptio fructuario obstaret, quæ etiam si dominium vendicaret, posset eum excludere: Atquin vindicans dominium rei mobilis, excluditur hodie triennio *d. prin. infr. de usucap.* Ergo &c. Meminit quidem Justinian. in *d.* § 1. exceptionis quæ excludat dominium, qui vel præsens, vel absens fuerit, cui distinctionem tantum est locus in immobilibus; sed tamen quæ ratio suasit distingui tempora usucapiendi res mobiles & immobiles, & ita amittendi earum dominia, eadem suadere debebat, ut distinguerentur tempora amittendi usumfructum, quia hæc ratio suasit, ut olim ita distinguerent prudentes, longe meliores juris autores, quam Tribonianus. Nec mihi adeo satisfacit ratio Accursii, quod ususfructus utpote jus comparetur rei immobili. Hæc enim alias movisset & veteres JCtos, & effectus consistit in amissione ipsius rei; Ceteroquin & dominium cujuscunque rei jus est incorporale, & ita hac ratione nec dominium quis mobilis rei triennio amitteret. Et dum usufructuarius non utitur, intelligimus proprietarium tanto tempore usum esse, qui marito post triennium in re mobili contra fructuarium defendi debebat, quanto tempore possessor bonæ fidei, contra pristinum dominum rem vindicantem defenditur. Alius hic scrupulus est, ex *l. pen. C. h. t.* Ait ibi Justinian. in princ. quæsitum fuisse, an actio personalis pro usufructu finiatur non utendo. Et ipse mox subjicit & usumfructum & actionem de usufructu petire, spatio & negligentia 10 vel 20. annorum. Quod nisi accipiatur de actione personali, ineptissima erit responsio ad quæstionem de personali actione præpositam, usufructu debito vel ex testamento vel ex stipulatione. Atquin absurdum est, & contra regulas juris, ut actio personalis, ad instar realis finiatur longo tempore 10. vel 20. ann. Sed imo perpetua & hodie utique 30. annorum est, de quo *inf. de perp. & temp. act.* Respondet Porcius post alios, hoc fieri propter naturam rei: quoniam ususfructus tollatur non utendo 10. aut 20. annis. Sed enim ususfructus constitutus tollitur per non usum tanti temporis: ususfructus autem promissus nec dum est constitutus: Sed constituitur, ubi patitur juxta contractum dominus uti fructuarium quem in fundum induxit: Ceteroquin eadem ratione inferrem, cum dominium amittatur, si alter rem 10. aut 20. annis possedit, eciam

jam actionem perſonalem v. c. ex empto longo tempore finiri. Et obid ego exiſtimo hunc quoque eſſe lapſum Triboniani, qui confuderit actionem perſonalem pro uſufructu conſtituendo, cum reali confeſſoria, quæ competit jam conſtituto uſufructu: & dicitur actio de uſufructu, quomodo eam appellat ipſe Tribon. in *d. l. per.* §. 1. Unde magis hæc mea conjectura firmatur. Et commentum eſt, quod de duratione actionis perſonalis altercati fuerint JCti: & quis enim dixiſſet actionem perſonalem finiri anno vel biennio, quo olim uſusfructus per non uſum amittebatur. Alio colore utuntur Dd. quod actio perſonalis nec traditione ſecuta & conſtitutione finiatur; quoniam teneatur promittens ad patiendum, poſſit autem non pati & turbare etiam poſt ſemel factam traditionem; ideo non mirum ſi & ipſa actio perſonalis tanto tempore finiatur, ſed ego falſum eſſe dico, quod ſemel traditione facta ſuperſit actio perſonalis, ſed tum contra turbantem eſt actio confeſſoria; & promiſſor ad hoc ſemel tenetur, ut alterum in fundum inducat, & uti patiatur; quomodo apprehenditur poſſeſſio, in qua qui poſt turbatur, actione in rem utitur.

6 *Si cedatur*] Quartus hic modus eſt quo † finitur uſusfructus. Ait Juſtinian. id fieri ſi cedatur domino proprietatis, cedendo extraneo, nihil agi. Cui objicitur, quod conſtat uſumfructum vendi, locari, donari, quoque extraneo à fructuario poſſe, de quo dicemus ad §. 1. *tit. ſeq.* & in genere dicitur in *l. arboribus* 12. §. 2. *h. t.* uſumfructuarium vel ipſum poſſe uti re, vel alteri fruendam concedere. Ut paucis agam, puto rectam eſſe diſtinctionem Accurſi, (licet ipſe forte non intellexerit) inter cedere & concedere; verbo ſcilicet *cedere* in ſpecie ſumto; prout in hac materia ſumitur à *Paulo* 3. *ſent.* 6. ubi inter modos finiendi uſumfructum, refert ceſſionem in jure; quam & inter modos transferendi dominii refert *Ulpian. tit.* 19. Hac id agebatur, ut omnino omne jus abiret à cedente in ceſſionarium: & plane totum jus à ſe abdicabat cedens; quod ubi in alterum cui cedebat tranſire non poterat, neceſſe erat, ut alio converteretur. Cedi hoc modo per fructuarium uſusfructus alteri non poteſt; quod ita cum injuria proprietarii novus & fortejunior conſtitueretur fructuarius, quod facere fructuario permiſſum non eſt: atquin ubi vēdit vel locat uſumfructum fructuarius, non omne & totum jus à ſe abdicare cenſetur, ſed tantum jus percipiendi fructus, & ut Dd. loquuntur, commoditatem utendi, ut dicemus ad *d.* §. 1. *tit. ſeq.* Et cum itaque ceſſione in jure facta in extraneum, jus abiret totum à fructuario, nec poſſet transferri ad ceſſionarium, neceſſario expirabat, & recurrebat ad proprietatem, non per ceſſionem, ſed occaſione ceſſionis, præter intentionem agentis. Et quo reſpondetur ad hunc §. quod cedendo extraneo, nihil agatur, & quod hoc modo finiri ait uſumfructum Juſtinianus, cum ceditur domino proprietatis. Etenim, ut dixi, non finitur hic uſusfructus, quaſi per ceſſionem tranſeat, ſed per accidens contingit, ut recurrat ad proprietatem; quomodo expreſſe reſponſum eſt à JCto in *l. ſi uſuf. 66. de jur. dot.* Et nimis inſula eſt reſponſio Hottom. hoc loco, nihil tranſire ad extraneum, id eſt nihil novi juris, quòd diutius avulſum teneat uſumfructum à proprietate; cum præſertim in *d. l. 66.* adjiciatur, reverſurum uſumfructum ad proprietatem. Quod iterum inſulſe accipiatur à Pinello in *l. 1. part. 3. C. de bon. mat. n. 39.* W*eſ. in parat. quib. mod. uſufr. amitt. n. 5.* quod non ſtatim revertatur uſusfructus ad proprietatem, ſed mortuo demū cedente, vel aliis modis Etenim JCtus ibi tractat, quid in illis terminis & protinus futurum ſit: & ſi tranſit jus utendi fruendi, utiq; falſo diceretur, *Nihil tranſire*, & tractat ibi JCtus de modo, quo uſusfructus à proprietario in dotem marito datus, poſſit reſtitui mulieri, quod negat fieri poſſe per ceſſionem, quæ ſit futura cum damno mulieris, in quam nihil ſit tranſiturum, ſed uſusfructus reverſurus ad proprietatem. Quæ ratio ſtolidiſſima & falſiſſima eſſet, ſi jus percipiendi fructus quod penes mariumfuit, poſſet ita transferri in uxorem, ut morte demum mariti finiretur: (neque enim plus poteſt deſiderare mulier) nec neceſſum eſſet confugere eo, ut per venditionem imaginariam dicis cauſa factam, & uno dato nummo uſusfructus in uxorem transferretur. Itaque ubi uſusfructus ceditur in jure proprietario vere & directo per ceſſionem finitur uſusfructus, quippe qui hoc modo conjungitur cum proprietate, atque ita apparet, hanc eſſe ſpeciem conſolidationis; quam adeo parum ſubtiliter tanquam proprium & ſeparatum modum proponit Juſtinianus; licet eodem modo *Paulus* 3. *ſent.* 6. dominii comparationem ſeparaverit à ceſſione in jure: Recte autem dicimus, conſolidationis eſſe duas ſpecies, ſive modos; alterum, cum uſusfructus accedit proprietati, ſi vel cedat fructuarius, vel etiam proprietarius uſumfructum dato pretio redimat; alterum, ſi fructuarius ſibi adqui-

adquirat proprietatem: & hos modos ita recte referri ſub unam ſpeciem arguit hic ipſe §. dum Juſtin. utitur verbis, *Et è contra*. Equidem & cum fructuarius moritur aut capite minuitur, conſolidatur uſusfructus cum proprietate: ſed ſub hunc modum referemus, ubi ex conventione & facto mutuo uſusfructus ad proprietatem redit: quæ exinde plena incipit eſſe & ſolida, ut loquitur JCtus in *l. Sempronius 26. inf. pr. de uſuf. leg.* & eodem ſenſu pars ſolida, cum uſufructu *l. à liberto 35. de bon. lib.* Conjunctione autem tali facta, finitur uſusfructus. De quo hic agitur, qui eſt formalis & ſervitus perſonalis, juxta not. ad *pr. tit.*

7 *Si ædes incendio.*] Poſtremus hic modus eſt, quo † finitur uſusfructus. Interitus rei, vel, ut rectius, & paulo generalius loquitur Paulus, mutatio rei. Et ita quoque in *l. repeti. 5. §. ult. quib. mod. uſufr. amp.* impoſitione ædium in aream, cuius uſufructus legatus erat, uſumfructum extingui, tamquam mutata re, ait JCtus; nec enim revera hoc modo interiiſſe area dici poteſt, niſi quatenus propter ſuperficiem impoſitam eius uſus ademptus eſt. Ratio finiendi uſusfructus hoc modo eſt in *pr. h. t.* quod uſusfructus ſit jus in corpore, quo ſublato & ipſum perire neceſſum ſit: quod commode accipitur de caſu deſtructarum ædium; quod ſi enim totum corpus omnimodo periret, nec dominium quidem aut proprietas ſupereſſet. Totum interiiſſe oportet; ceteroquin ſicut partis poteſt amitti uſusfructus non utendo *l. placet 25. quib. mod. uſufr. amit.* ita quoque re pro parte extincta, partis uſusfructus durabit: quid enim ſi pars fundi chaſmate perierit, ſi ex parte flumen alveum fecerit? & probat *l. ſi vis 53. h. t.* Nec eſt contrarium, quod *h. §. inf.* dicitur, ædificio diruto nec areæ uſumfructum deberi: vel enim revera non eſt pars ædificii area, vel pars quidē eſt *l. dom. 21. de pign. actio.* ſed non eſt pars ὁμογενὴς, quæ idem nomen habeat cum toto. Rurſus non obſtat quod legatæ ædes ſi exuſtæ ſint, nihilominus area debetur *l. ſi gregē 22. inf. de legat. 1.* alia enim legati uſusfructus, alia legatæ proprietatis ratio eſt, quod qui proprietatem legat rem totam, & totum quantum illud eſt in legatarium transfert, atquin uſum rei talem, qualem res patitur tempore legati dediſſe cenſetur teſtator, aliter autem longe utimur ædificio, & aliter area. Ex quo etiam ratio ſumi poteſt, cur ædibus pignori datis etiam area teneatur *l. domo 21. de pign. act. iunct. l. Paulus 29. §. 2. de pign.* Atque hi ſunt communes modi finiendi uſusfructus, ſimpliciter conſtituti, poteſt autem uſusfructus conſtitui ad certum tempus, quo adveniente finitur. *Paul. 3. ſent. 6. §. finitur.*

Cum autem finitus.] In uſufructu conſiſtit omne emolumentum rei, & utilitas dominii: & proinde nudus proprietarius non videtur habere plenam in re poteſtatem, & omnino non habet; ſed eam recuperat rurſus, ubi uſusfructus finitus cum proprietate rurſus conjungitur; id eſt, qui ante erat formalis, jam incipit eſſe cauſalis, ut Dd. loquuntur. Ait *cum finitus fuerit totus*] Totus, ſcilicet quia ſi duobus legatus ſit uſusfructus, uno deficiente alteri accreſcit, & quod in uſufructu ſingulare eſt, etſi jam alteri fuerit actu adquiſitus *l. 1. §. 3. verſ. ſed in l. 10. inf. de uſufr. adcr. l. 33. in f. h. t.* Et hæc de uſufructu, qui ab homine teſtamento vel conventione conſtitutus eſt, in rebus ſingulis. Eſt alius univerſalis, quem ex L. v. c. pater in bonis adventitiis filii jure Juſtinianeo habet, de quo aliquid dicemus *infr. h. lib. tit. 9.*

AD TITVLVM V.
LIBRI SECVNDI Inſtitutionum.

DE VSV ET HABITATIONE.

TEXTVS.

Iiſdem illis modis, quibus uſusfructus conſtituitur, etiam nudus uſus conſtitui ſolet: iiſdemque illis modis finitur, quibus & uſusfructus deſinit. Minus autem juris eſt in uſu, quam in uſufructu: nam is qui fundi nudum habet uſum, nihil ulterius habere intelligitur, quam ut oleribus, pomis, floribus, fœno, ſtramentis & lignis, ad uſum quotidianum utatur: in eoque fundo hactenus ei morari licet, ut neque domino fundi moleſtus ſit, neque iis per quos opera ruſtica fiunt, impedimēto: nec ulli alii jus quod habet, locare aut vendere, aut gratis concedere poteſt: cum is qui uſumfructum habet, poſſit hæc omnia facere.

COMMENTARIVS.

1 *Vſusfructus an & quomodo in alium transferri poſſit.*

2 *De uſu ſylvæ.*

ALtera ſervitus perſonalis eſt uſus, de qua 1. proponitur in quo conveniat uſus & uſusfructus: videlicet, in modis adquirendi, & finiendi. Nam & pariter uſus conſtituitur ultima diſpoſitione & conventionibus, & finitur modis illis, qui referuntur in §. finitur *tit. præced.* quamvis ſane non eadem omnino ſit ratio finiendi uſus, *argum. §. 1. inf. tit. præced.* quia cum in uſu minime tota utilitas rei conſiſtat, non propterea inutilis erit proprietas, licet diutius duret uſus. Sed enim eadem conditio utriuſque facit, ut iiſdem modis finiantur: nam alias per emphyteuſin perpetuus uſus recte transfertur; & penſio annua una cum aliis facit ne inutilis ſit proprietas. Deinde docetur in quo differant. Uſusfructus continet omne emolumentum rei, ſcilicet quod in fructu eſt: at minime uſus. Deinde uſufructuarius poteſtatem habet jus ſuum in alium transferendi, ſed nō uſuarius nudus. De hoc prius videamus, nam prius illud quod hoc §. oſtenditur exemplo uſus fundi, communem habet tractationem cum 3. §§. *ſeqq.* Ait Juſtinian, in *f.* §. uſuarium non poſſe jus ſuum locare, vendere aut gratis concedere, fructuariū † autem hæc omnia poſſe. Cui ſententiæ non obſtare, quod in §. *pen. tit. præc.* dicitur, cedendo in extraneum nihil agere fructuarium, quæ eadem diximus, oſtendunt. Sed explicanda ratio eſt, cur nihil agat fructuarius ſi cedat, ſed agat aliquid ſi vendat aut donet. Duo ſunt quaſi jura in fructuario, alterum mere perſonale, quod uni & ſoli fructuario inhæret, nec in alium transferri poteſt: quæſitum ex legato aut ſtipulatione, & ſecuta traditione, ex quo nec novari quidem poſſe dicitur obligatio uſusfructus *l. 4 de novationib.* alterum jus reale, id eſt, ut fructus ex re percipiat; quod in illo quidem radicatur, & ab eo proſluit, ſed ab eo tamen diſtingui poteſt: quod duplici exemplo declarare ſoleo 1, heres factus ſemel perpetuo hæres manet, & tamen vendere hereditatem in univerſum poteſt, ut nihilominus vendita quoque ea heres manere dicatur, propter jus quod ex aditione juſta inſtitutionē vel legem adquiſivit, ita ut creditoribus ſuperſit contra eum actio *l. 2. Cod. de hæred. ven.* nec minus tamen omne jus quod in rebus heres habuit, tranſierit ad emptorem *l. 2. in pr. & paſſ. t. t. D. eod.* ita ut obtineat vicem heredis *d. l. 2 §. cum quis* 18. Deinde creditori obligationes & actiones quæſitæ omnino, & ut loquuntur Dd. oſſibus ejus inhærent: & tamen poteſt actiones ſuas mandare, donare, vendere, legare, ut jus ipſum nihilominus perſonale ex obligatione quæſitum apud ipſum maneat, quod & exercere poteſt *l. 3. C. de nov.* ut tamen v. c. qui emit, utiles actiones movere in debitorem poſſit *l. ſi cum 16. de pactis.* Ad hunc modum fructuarius hoc agere nullo modo poteſt, aut efficere per quemcunque titulum, ut totum jus a ſe abeat, & loco eius novus fructuarius conſtituatur: & in dubio, nec hoc egiſſe cenſetur, verum ubi conditio tituli & cauſæ hoc patitur, tantum transferre voluiſſe jus utendi re, ſalvo manente penes ſe jure perſonali, ita ut ex perſona quoque eius, morte & capitis diminutione finiatur uſusfructus, non v. c. ejus qui emit uſumfructum jam conſtitutum. Doctores dicunt, nudam tantum fruendi commoditatem venditam: ſed nimis parum dicunt, cum textus ita loquantur, ut uſumfructum & imo ipſum jus utendi fruendi vendi vel locari aut donari adfirment, ut hoc ipſo §. *& l. non utitur* 38. *de uſufr.* 18. §. *ult. de peric. & comm. rei vend.* Itaque ad hunc modum diſtinguere ego malo. Ceſſio autem in jure talis modus eſt, per quem neceſſario omne eius abit à cedente juxta dicta *in* §. *pen. t. præc.* hoc ſaltem addo, non obſtare *l. quod noſtrum* 63. *de uſuf.* non tam quod verbum *cedere* latius quoque ſumi poteſt: quam potius quod ibi non agitur de transferendo uſufructu formali jam conſtituto, ſed de uſufructu per ſeparationem à proprietate primum conſtituendo. Atque hoc primum eſt, quod plus habet fructuarius, quod jus ſuum in alium quoque transferre poteſt. Alterum eſt in ipſa re, quod uſuarius licet ipſe utatur, non tamen omne emolumentum rei percipit: & in primis tantum utitur ad uſum quotidianum, & ad neceſſitatem, non etiam ad compendium *l. plenum* 12. §. 1. *h. t.* Qui tamen uſus facit, ut ei in fundo morari licet *h. §. & l.* 11. *h. t.* adeo ut & dominum eo venire prohibere poſſit, præterquam ad fructus ſuo tempore percipiendos *l. ſi habitatio* 10. §. *ult. & l. plenum* 12 *in pr. h. t.* ut appareat quodammodo poſſeſſionem rei penes uſuarium eſſe, licet non veram: propter quod tantum dicitur uſuarius *morari* poſſe in fundo *hoc § & l. inq. eo. D. eod.* Hæc differentiæ ita obtinent in vero uſufructu & uſu: nam in quaſi uſufructu non eſt differentia, & qui uſum pecuniæ vel vini legatum habet, tantum habet ac cui uſusfructus legatus eſt, *l. hoc SCtum* 5. §. *ult. de uſufr. ear. rer. &c. l. quoniam* 10.

§. 1.

§. 1. *eod.* Sed & alio caſu aliquando in uſu ineſt fructus, propter qualitatem objecti, veluti † ſi ſylvæ uſus legatus ſit *l. pen. de uſu & habit.* Forte quod ſylva habet tantum unius generis fructus, & eos omnes naturales; & proinde non eſt neceſſarium, ut cum gloſſ. & Dd. eum locum reſtringamus ad ſylvam remotam. Et hactenus ſcilicet cenſetur habere fructum, non autem ut etiam in ceteris omnino jure fructuarii utatur. Ea tamen dicitur ibi vendere etiam licere ligna uſuario: at utique poſſit uti lignis ad ſui & familiæ uſum & neceſſitatem. Hoc ſane movit adjam d. interpretationem Doctores. An forte ſylvæ in hoc habentur ut ex lignis venditis utilitatem paremus, & in locis calidioribus leviculum ſit, quod pro uſu familiæ ex lignis utilitatis capiatur.

TEXTVS.

Item is, qui ædium uſum habet, hactenus jus habere intelligitur, ut ipſe tantum inhabitet: nec ius ad alium poteſt transferre: & vix receptum eſſe videtur, ut hoſpitem ei recipere liceat, & cum uxore liberiſque ſuis, item libertis, nec non perſonis aliis liberis, quibus non minus quam ſervis utitur, habitandi jus habeat. Et convenienter, ſi ad mulierem uſus ædium pertineat, cum marito ei habitare liceat. Item is, ad quem ſervi uſus pertinet, ipſe tantum opera atque miniſterio eius uti poteſt: ad alium vero nullo modo ius ſuum transferre ei conceſſum eſt. Idem ſcilicet & in jumento juris eſt. Sed & ſi pecorum uſus ſit legatus, vel ovium, neque lacte, neque agnis, neq; lana utetur uſurarius quia ea in fructu ſunt. Plane pecoribus ad ſtercorādum agrum ſuum uti poteſt.

COMMENTARIUS.

2 *Quid ſit in uſu fundi.*

1 EXemplis illuſtratur, quid in quaque re juris † uſuarius habeat. De uſu fundi tractatur in §. *prox.* quod connexionis gratia hic videamus. Et juxta *d.* §. qui uſum fundi habet, oleribus, pomis, floribus, fœno, ſtramentis & lignis ad uſum quotidianum utetur: Frumentis quæ ex fundo naſcuntur non utetur, quoniam hæc fundos non producit ſua ſponte, ſed proveniunt ea ſumptibus & opera proprietarii, neque æquum eſt aliquid uſuarium ex iis capere, in quæ ſumptum alius fecit. Fructuarius ſcilicet ipſe fundum omnino colit & conſerit opera & impenſis ſuis: ſed uſuarius jus colendi fundi nec habet: ut patet ex *d. §. 1. h. t. & l. inque* 11. *D. eod.* quib. locis dicitur uſuarium non poſſe impedimento eſſe iis, per quos ruſtica opera fiunt, & in *l.* 12. *in pr. eod. tit.* cogitur admittere, ut proprietarius veniat ad colligendos fructus, & per id tempus ibi habitet. Hæc eſt meri juris ratio: æquitatis & humanitatis eſt, quod frequentius admiſerunt JCti, juxta *d. l.* 12. §. 1. ut etiam ex frumentis ad neceſſarium uſum familiæ ſumere uſuarius poſſit. Ex quo liquet calumnia Hottomanni, qui accuſat ridiculam ſtultitiam (ita loquitur) Triboniani, quod hic improbatam Nervæ ſententiam retulerit. Etenim ut dixi, proponitur hic quid mera juris ratio tribuit uſuario, & quidem iiſdem verbis, quibus in *d. l.* 12. §. 1. proponitur ſententia eorum, qui ex æquitate aliquid amplius tribuerunt uſuario: quæ adjectio ex eorundem ſententia in *verſ. ſeq.* adiicitur: ex quo *verſ. hic* §. ſupplendus eſt: non autem calumniandus Tribonianus. Et ipſe Hottoman. amplius aliud addit ad *d.* §. 1. & putat uſuarium teneri ut præſtet proprietario partem impenſarum; quod ut humanitatis & æquitatis videtur, ita nuſquam ſcriptum eſt: Nec magis calumniandus hic eſt Trib. quam in §. 4. *h. t.* ubi negat lacte pecorum poſſe uti uſuarium; cum tamen in *d. l.* 12. §. 2. indulgeatur ei ut modico lacte utatur, quod itidem ad *d.* §. 4. addi oportet.

De uſu ædium agitur in §. 2. & tum quod non poſſit uſus ille ad alium transferri *l.* 8. *h. t.* tum quid uſu illo contineatur, & quis præter ipſum uſuarium in ædibus habitari poſſit, ex *l.* 2. §. 1. *l.* 3. 4. *&* 5. 6. 7. *&* 8. *h. t.* Hoſpes hic non ſignificat peregrinum, qui in cāupona publica recipitur, ſed ad eos pertinet appellatio, quibus more veterum ex ſingulari amicitia, jus mutuum privati hoſpitii erat: Illud tamen notandum, non poſſe locari ædes ab uſuario, ita ut penitus totæ locentur; ceterum ſi & ipſe habitet, inquilinum recipere poteſt, ut docet *l.* 2. *in f. & l. ceterum* 4. *h. t.*

In §. 3. agitur de uſu ſervi; & rurſus, quod ad alium transferri uſus non poſſit; tum quid uſu ſervi contineatur; ſcilicet, ut utatur ejus opera & miniſterio: itaque ex re ejus uſuarius non adquiret,

hoc enim in fructu ſervi eſt §. *de iis 4. in f. tit. 9.* & proinde *in §. 2. in f. lib. 3. per quas perſ. obl. adq.* verba, *vel uſum*, ſunt expungenda, ut ibi dicemus.

Denique in § 4. agitur, de uſu pecorum, quem locum paulo ante dixi ſupplendum ex *l. 11. §. 2. h.t.* ubi modico lacte, ut uſuarius utatur, permittitur.

Ait *pecorum vel ovium.*] Atquin oves haud dubie pecorum vel pecudum appellatione continentur. Adeo fatendum eſt hoc paulo negligentius dictum, aut cum Hott. & Cujac legendum eſt, *velut ovium*, ut & in terminis in *l. 12. §. 2. h.t.* Et ita Theophilus, οἷ᾽ πρόβατα. Facetus hic eſt Pacius, poſt Mynſ. qui defendit vulgatam lectionem his verbis; quamquam inquit, oves ſint ſpecies pecorum non propterea tamen legatum ovium eſt ſpecies legati pecorum; perinde ac ſi quis dicat: quamvis juſtitia ſit ſpecies virtutis, non tamen propterea qui juſtitiam habet, ſpeciem virtutis habet; quo quid ſtultius & puerile magis? Imo vero ſi oves ſunt ſpecies pecoris, neceſſarium plane conſequens eſt, ut legatum ovium ſit ſpecies legati pecorum, & qui aliud ſentit, eum nec quid ſpecies nec quid genus ſit, ſcire & omnino ipſum pecudem eſſe oportet.

TEXTUS.

Sed ſi cui habitatio legata, ſive aliquo modo conſtituta ſit, neque uſus videtur, neque uſusfructus, ſed quaſi proprium aliquod ius quamquam habitationem habentibus propter rerum utilitatem ſecundum Marcelli ſententiã noſtra deciſione promulgata permiſimus, non ſolum in ea degere, ſed etiam aliis locare.

COMMENTARIUS.

ULpianus in *l. ſi habitatio 10. h.t.* effectu idem ait eſſe legatum uſus ædium & habitationis; ſed addit particulam *pene*: ſed ea forte à Triboniano eſt, qui in *l. 13. C. de uſuf.* jus locandi conceſſit, ut hic refertur: nam effectus eſt in modo utendi, non obſcurea. Ulp. negat jus concedendi alteri: Ad effectum autem non pertinet, quod ſubjicitur in *d.l. 10. in f. pr.* non amitti non utendo, nec capitis diminutione; quod in uſu ſecus eſt. Quod, procul dubio ad minimam capitis diminutionem cum pertineat, rurſus arguit ſocordiam compilatorum qui hæc reliquerunt, cum tamen media tantum & maxima capitis diminutione perire hæc jura ſanciſſet *Juſtin. §. pen. tit. pr.* ubi dixi. Rationem autem cur habitatio non pereat capitis diminutione, reddit JCtus in *l. pen. de cap. dimin.* quod habitatio non tam in jure quam in facto conſiſtat; forte quod ea quæ in facto conſiſtunt, inhærent plane perſonis, nec tranſeunt omnino ad alios, nec eos in quorum potestate ſumus *arg. §. 2. in f. de ſtip. ſerv.* & hinc enim ſupra deduximus rationem, quare olim per arrogationem uſusfructus interierit. Hinc & quia in pluribus factus conſiſtit habitatio, fit, ut non finiatur per non uſum, quomodo nec quod ſingulos annos eſt relictum *d. l. pen. de cap. min.* Et tamen utique non ſignificat purum factum ſed jus habitandi, cujus nomine etiam actio competit *l. 1. §. 1. commod. l. ſi grat. 17. in pr. de præſer. verb.* Itaque inepta eſt ratio Weſembec. cur locari poſſit habitatio, quia quod quis per alium facit ipſe facere videatur nam & olim facti dicebatur habitatio, nec locari poterat: & etiam quæ juris ſunt, per alium fieri poſſunt; quomodo fructuarius ex hac cauſa dicitur jus ſuum in alios transferre poſſe *l. non utitur 38. cum ſeqq. de uſufr.* Hodie cum locari poſſit habitatio, putarim etiam donari poſſe, quod olim non licebat, *d.l. 10. h.t.* licet diſſentiat Weſembec. ex inepta ratione, quod non omnino poſſit alienari, quia ſit ſervitus perſonalis: ita enim nec uſusfructus donari poſſet; quod falſum eſt, & quomodo hæc dicantur tranſire in alios, explicavimus ad §. 1. *h.t.* Commodari tamen olim potuiſſe eſt in *l. 1. commod.* quia hoc tantum fit ad tempus; & ego tamen, iſtum locum magis acceperim non de habitatione conſtituta alicui; ſed de habitatione per commodatum de novo conſtituenda, & ita ceſſabit dubitatio & admiratio Hott. cur habitatio commodari potuerit, non uſus ædium: Etenim negabo olim habitationem jam conſtitutam commodari potuiſſe.

Ait Juſtinianus:

Quamquam habitationem.] Mallem dixiſſet, *& ideo &c.* quoniam quod habitatio proprium jus eſt & ſeparatim ab uſu, ut in *pr.* § requirebat, ut in ea aliquando plus eſſet quã in uſu, qui locari non poteſt, (cujus rei ineptam penitus rationem hic reddit Weſemb. quod ſit jus perſonale, & ideo nõ ceſſibile; ita enim nec uſusfructus poſſet locari: quod perſpicue falſũ eſt. Sed ut ad *§. 1. h.t.* explicavimus, non transfertur penitus totum jus, ſed tantum jus re utendi. & quaſi ex perſona fructuarii: itaq; niſi aliud obſtaret, uſus quoque locari poſſet, & ſcilicet

Digitized by Goo

licet usus ad victus necessitatem tantum pertinent: alius autem alio pluribus eget, veluti si familiam habeat copiosiorē.) Aut an forte ideo hoc dixit, quod jus locandi videatur tantum competere fructuario ædium; & concesso jure locandi, parū differet ab usufructu ædium: nisi quod fructuarius procul dubio jus suum etiam vendere, donare, & in perpetuum. & quandiu scil illud apud se duraturum esset, transferre in alium potest, videtur habitatio & differre hactenus ab usu, qui hic latius patet, & etiam non habitando sed aliqua ibi respōdeo ædibus uti possumus: qua de causa forte *Vlp. in d.l.* 10. *h.t.* adjecit particulam *fere.*

Propter rerum utilitatem.] Nulla videtur hæc ratio; aut eadem debebat & poterat suadere, ut usus ædium locari posset.

Secundum Marcelli sententiam.] Ea non extat: ex quo Pacius notat, integra non esse veterum prudentum responsa. Utique nos tantum fragmenta habere constat. Non puto autem recte inde inferri, quod pandectæ uti sunt compositæ, sint mancæ: potuit enim Tribonianus allegare Marcelli sententiam quam in Pandectas non retulerat.

TEXTVS.

Hæc de servitutibus, & usufructu & usu & habitatione dixisse sufficiat. De hereditatib. autem & obligationibus, suis locis proponemus. Exposuimus summatim, quibus modis iure gentium res adquirantur: modo videamus, quibus modis legitimo & civili iure adquiruntur.

COMMENTARIVS.

TRansitio est ad tractatum seq. Ait: *Hæc de servitutibus.*] Respicit ad *t.* 2 *sup. de rebus corporalib. & incorpor.* quo hæc incorporalia & jura proposuerat hereditatem, obligationem, usumfructum, & servitutes reales. Cum de posterioribus duobus tantum egisset, ne cui videtur quid omisisse, monet se de prioribus duobus acturum suis locis.

Et usufructu.] Equidem & ususfructus † servitus est; sed quoniam *d.tit.* distinctionem nominaverat usumfructum & servitutes prædiorum, ideo nomine servitutum has tantum intelligit.

Exposuimus summatim.] Puto hoc referendum esse ad *tit.* 1. *huius libr.* quo actum est de modis adquirendi juris gentium: de servitutibus, occasione arrepta ex *tit.* 2. hactenus tractatum est. Et tamen causæ adquirendi, ex testamento & conventionibus sunt Juris gentium: traditio ficta est civilis; & ipsa sæpe ratio usus & ususfructus à proprietate, & prædiorum servitutes, forte aliquid sapiunt positivi. Hic autem rursus more suo injurius in Tribonianum est Hottom. Ait hæc per incuriam descripta ex eo, qui post hæc tractaturus erat de modis adquirendi ex iure Quiritum, mancipatione quoque & in jure cessione: quæ tamen antiquarit Justin. Vanissima conjectura: & ut maxime ita esset, satis est tamen aliqua, per hanc clausulam conjungi seqq. cum præmissis; & continuatio proposita in §. *ult. inf. tit.* 9. docet non ab aliud cogitante, sed sciente prudenteque Triboniano, istud quoq; hoc 5. adjectum fuisse.

AD TITVLVM VI.

LIBRI SECVNDI Institutionum.

DE VSVCAPIONIBVS ET longi temporis præscriptionibus.

1 *Defensa vulgata inscriptio.*
2 *Quid præscriptio.*
3 *Quid* παραγραφή.

1 LAbuntur qui mutant † inscriptionem & pro *præscriptionibus* malunt, *possessionibus.* Hottom. Pac. Cont. Wesemb. Cujac. Confertur enim usucapio recte cum præscriptione, ut ex his apparebit, quæ mox dicemus: vitiose autem confertur cum possessione; & usucapio scilicet adquisitio est, possessio nullo modo adquisitio est, sed aliis concurrentibus, usucapionis sicut & præscriptionis causa. Ita in *l. qui alienam* 54. *in pr. de evict. post longi temporis præscriptionem vel usucapionem*, & in §. *pen. in f. infr. per quas pers. adq. usucapionem aut longi temporis præscriptionem.* quæ loca apertissime confirmant receptissimam inscriptionem. Faciemus autem in gratiam eorum, qui politioris Jurisprudentiæ & humanioris quoq; literaturæ sunt studiosi, ut quid præ-
2 scriptio † sit, & unde ita dicta, ex fontibus eruamus.

Digitized by Google

mus. Est titulus, *lib. 44. Digest. de exceptionibus, præscriptionibus* &c. ut præscriptionem, exceptionis speciem esse, aut aliquid cum ea commune habere oportear; & hoc apud omnes pene in confesso est: Theophilus reddidit περὶ παραγραφῆς, quod est in Instit. *lib. 4. De exceptionibus*, & idem toto eo tit. & alibi passim, ubi exceptionis mentio fit παραγραφὴν transtulit. Hoc sensu dicitur præscriptio in factum *l. pen. de except.* quæ eadem in factum exceptio *l. filiusfam. 14. de except.* præscriptio peremptoria, idem quod exceptio *l. præscriptionem 8. Cod. de except.* & præscriptio fori *l. ult. Cod. eod.* sed quæ appellationis ratio? Gothofr. ad *d. l. 14. de except.* putat, id nomen esse proprium exceptionum in factum, & inde ita has dictas, quod cum nomen certum non haberent, longa oratione præscriptis verbis proponebantur. Sed vtique generalius hoc verbum esse jure nostro dd. textus ostendunt; & illud de longa oratione præscribenda exceptione in factum, divinatorium, imo commentum est; tam præcipue hanc sententiam confutat, quod evidenter demonstratur, præscriptionis verbum Romanos accepisse à Græcis, non autem præscriptionem Romanis dictam, Græcos primum & 3 v.c. Theophilum ita transtulisse vt † diceret παραγραφὴν. Repetam hoc paulo altius & latius ex Græcis Grammaticis, & in primis ex principe Græcorum oratore Demosthene. Sane verbum παραγραφῆς non unam habet significationem, & etiam significat adscriptionem, & annotationem, vnde paragraphi vel parapraphæ nostræ: sed inter alia etiam Græcis vsurpari pro exceptione & objectione qua vtitur reus, hoc ostendunt. Et hoc sensu Suidas παραγραφὴ ἐστὶ λόγος τὸ ἀξίωμα δεῖ ἤτοι ἐγκαλεῖσθαι, ἢ πείσαντα αὐτὸν εἰς δικαστήριον, ἢ γενέσθαι, δεῖ αὐτὸν γνώσεως· ἢ διὰ τοῦτο φησὶ, μὴ δεῖν ἐπὶ τοῦδε αὐτῷ συνίστασθαι κρίσιν· μᾶλλον δὲ τοὺς νόμους ἐναγορεύειν τῇ δικαστῇ, οἱ κελεύουσι δικάζεσθαι περὶ τῶν αὐτῶν ἅ συγχωροῦσι. Paraphe (dicitur) quando quis dicit, rem sive negotium, super quo postulatur; prius in judicium deductum fuisse; & de eo factam esse cognitionem: & propterea dicit, non oportere iterum de eo constitui judicium, sed magis leges à judicibus legi, quæ sæpius de iisdem judicare non concedunt. Habemus exceptionem sive præscriptionem rei judicatæ: & ita prorsus ille apud Terent. in Phormione:

At tu qui sapiens es, magistratus adi,
Judicium de eadem causa iterum ut reddant tibi.
Quandoquidem solus regnas, & soli licet
Hic de eadem causa bis judicium adipiscier:

Et nimirum exempli causa hanc præscriptionem sive exceptionem propositum esse intelligendus est Suidas; omnino enim plures exceptiones comprehendit verbum παραγραφὴ. Elegans locus, qui hoc docet, apud Ulpianum in comment. in orat. Demosth. contra Midiam. παραγραφὴ, (inquit) ἄλλη τις βολὴ τῆς κρίσεως, ἢ κώλυσις παραγραφόμενός τι χρῆσθαι, id est: παραγραφὴ alia causa, vel prætextus excludendi judicii: præscribens (excipiens, vt Wolfius vertit,) vel personam vel tempus, id mox explicat: πολλάκις γὰρ οἱ ἀντίδικοι παρεγράφοντο· ἢ ὅτι οὐ δικαστὸν μεταχειρίζεσθαι δεῖ, ἀλλὰ πρὸς ἄρχοντα, ἢ ὅτι μοναρχία ἐστὶν· ἢ δεῖ συκοφαντεῖν, ἀλλ' ἕτερον· ἢ νῦν ἀλλ' αὖθις, καὶ τοῦτο οὔπω. Sæpe adversarii præscribebant, non apud arbitrum sibi dicendam causam, sed apud prætorem, aut Thesmothetas: (qui erant sex viri) non decet te accusare, sed alium: non nunc, sed alio tempore, & si qua sunt hujus generis alia. Ex quibus παραγραφῆς verbo apparet Ulpianum intelligere exceptiones dilatorias, quæ sumuntur vel à tempore, quod ante diem quis agit vel à personis, & vel judice vel actore, quę vocantur exceptiones declinatoriæ fori. Et si conjungamus locum ex Suida, præscriptio erit ejusmodi objectio, qua quis negat se teneri respondere actioni, & hoc duplici de causa, 1. quod licet sit obligatus, tamen non teneatur jam vel huic vel apud hunc respondere 2. quod nullo modo teneatur respondere, veluti si objiciat exceptionem rei judicatæ: quam etiam nostri JCti cum quibusdam aliis veluti transactionis, præscriptionis, appellant privilegiatam, quæ possit opponi quoque ante litem contestatam, & probata statim repellat actorem à limine judicii: Ita enim Pollux *libr. 8. cap.* δεῖ δικαστικῶν ὀνομάτων παραγραφὴν, ὅταν τις μὴ ἐπιγόμενος λέγῃ, εἶναι τῷδὶ δίκῃ ἢ ὑπεχόμενος, ἢ ὡς ἀφωμένος, ἢ ὡς τῶν χρόνων ἐξελόντων: Et ibidem (est autem locus mutilus aut corruptus) παραγραφὴν habere locum ubi quis non commoda actione, vel apud non competentem judicem experitur. Atque ita in παραγραφὴ: erit præscriptio qua quis negat competere actionem, ut utique se non teneri respondere dicit; est exceptio non competentis actionis, vel omnino, vel quod ea utique jam non sit recipienda: cum reus contendit τῷδὶ δίκῃ μὴ εἶναι ὑπομένειν. Demost. in exceptione adversus Zenonem statim in princip. παραγεγραμμένος μὴ ὑπομένειν εἶναι τῷδὶ δίκῃ, actionem non posse deduci in judicium: & in seq. oratione (quæ etiam παραγραφὴ dicitur)

dicitur) adversus Apaturium in pr. παραγραψάμενος τοῦτο ἐκέλευε μὴ εἰσαγώγιμον εἶναι. Est autem ibi exceptio transactionis, quæ etiam à nostris refertur inter privilegiatas. Interpres omnibus illis locis παραγράφω vertit exceptionem: & omnino per παραγράφω excluſam fuiſſe actionem, apertiſſimum eſt, & docet locus ſupra ex Ulpiano citatus, ubi παραγράφω appellat ἀνάφορον ἐνδικίας. Videndum ſaltem, quæ ratio appellationis, & cur exceptiones illæ & excluſiones actionis appellatæ fuerint παραγραφαί: & ignoſcendum mihi fuerit, ſi ignorare me profiteat, quod à nullo didici: quod præſertim antiquitatis Reipub. Athenienſium ego perſcrutatus numquam fuerim, & forte eas quoque pervestigare non in proclivi; nec Sigonius qui ex profeſſo de Repub. Athenienſ. ſcripſit, hic aliquid juvat. γράφω pro accuſatione aut actione uſurpari; in confeſſo eſt, & γράφω ſimpliciter pro accuſare uſurpari, vel pro agere aliquando γραφὴν ἰέναι, non eſt dubium; unde illud tritiſſimum dicam ſcribere vel impingere; quoniam in ſcriptura actiones in judicium deducebantur, unde ἀντιγραφὴ Polluci d. loco. pro contraria actione, quam nos reconventionem dicimus. An igitur παραγραφὴ dicta quaſi παρὰ τὴν γραφήν, quod reus, qui utebatur παραγραφῇ non recta congrediebatur cum adverſario, ſed declinabat judicium, & actionem ei competere negabat, ut jam oſtendimus. Probatur hoc ex eodem Demoſthene, in orat. in Stephanum, ſtatim poſt princ. Λέγω τὴν παραγραφὴν εἶναι, καὶ μὴ ἐνδυδικίαν εἶναι, quia præſcriptio erat, & non recto judicio congrediebatur: & in orat. adverſus Phormionem, ἐνδικίαν εἶναι. Ita apparet ἐνδυδικίαν fuiſſe rectam actionis depulſionem, cum reus pedem conferret cum actore, & juſtitiam cauſæ defenderet, non aliqua declinatoria exceptione utebatur: quod qui faciebat παραγραφὴν ἄγειν dicebatur. Et hinc ubi reus non certabat ἐνδυδικίαν, ſed actori negabat competere actionem (& hinc etiam forte appellatio hæc deduci poſſit) ipſe prior dicebat; ut docet Demoſthen. de orat: in Stephanum, πρῶτα μὲν δίκαιον, ὥσπερ πρόσθεν λέγων λέγω τὴν παραγραφὴν εἶναι, &c. Secundum hæc verum non videtur, quod Cujacius ſcribit 18. obſerv. 34. inter translationem & præſcriptionem apud Rhetores idem diſcrimen eſſe, quod apud Juriſconſultos inter exceptionem dilatoriam & præemptoriam; & adducit locum Curii Fortunatiani: *quid intereſt inter præſcriptionem & translationem, quam quod præſcriptio excludit actionem, translatio autem differt.* Eſt quidem quandam παρὰ γράφω, excludere actionem verum eſt, veluti rei judicatæ tranſactionis, quæ ſtatim repellit à limine judicii; ſed quod omnis exceptio excludens actionem fuerit dicta παραγραφὴ falſum eſt; & magis falſum, quod exceptiones dilatoriæ, non fuerint dictæ παραγραφαὶ cujus contrarium ſupra ex Ulpiano demonſtramus; ut oporteat Latinos Rhetores aliter verbum præſcriptionis uſurpaſſe: nam ea ſententia Curii nec LL. noſtris convenit, quibus exceptio fori præſcriptio dicitur, *l. ultim. C. de except.* Sed jam propius ad rem noſtram & ad jus Romanum redeamus, cum præſcriptio propriè eſſet exceptio dilatoria & declinatoria, vel etiam privilegiata, quæ protinus repelleret actorem, & impediebat litis conteſtationem, facile poſt fieri potuit, ut latius uſurpareturid verbum, & etiam pro quavis exceptione, cui etiam poſt litem conteſtatam demum locus eſſet, arg. *l. 8. C. de except.* Exceptionem plane temporis recte relatum quoque fuit hoc verbum, quod ex ſupra citato loco Pollucis probatur: nam & illa privilegiata perhibetur, ubi ſcilicet objicitur, actionem tempore excluſam & ita effectu utique finitam eſſe: ſed quare jure noſtro vel maxime temporis exceptio, dicatur præſcriptio, non ſatis facile dixero. Ita enim ſe rem habere argumento eſt, quod inde paulatim fieri cœptum eſt, ut ipſa adquiſitio rei præſcriptio appellaretur. An forte, quoniam in provinciis actiones reales pro rebus immobilibus, quarum uſucapio non erat, ſola temporis exceptione excludebantur. Et ipſam acquiſitionem appellatam præſcriptionem docent textus in *l. 5. C. fin. regund. §. pen. infr. per quas perſ. adquirat. l. ei à quo 21. h. t. l. qui alimam 54. in princip. de evict. l. ſi duo 13. §. 1. de iureiuran.* & rurſus poſt talem adquiſitionem & lapſum temporis 10. vel 20. annorum, olim quoque non tantum poſſidenti exceptionem, ſed etiam amiſſa poſſeſſione actionem competiiſſe utilem, & ratio ſuadet, quod alias, cum poſſeſſio ſit res fragilis, quæ facile amittatur, exiguus plane hujus adquiſitionis fuiſſet effectus, & probant textus in *leg. ſi quis 10 ſi ſervus. vindic. l. ſi duo 1. §. 1. de iureiuran. l. ſi quis 3. in princip. Codic. de præſcr. 30. annor.* Hæc ita de natura præſcriptionis, & unde appellata præfari viſum fuit; jam textum noſtrum videamus.

(o)

TEXTUS

TEXTVS.

1. Iure civili constitutum fuerat, ut qui bona fide, ab eo, qui dominus non erat, cum crederet eum dominum esse, rem emerit vel ex donatione, aliave quavis justa causa acceperit, is eam rem si mobilis erat, anno utique uno: si immobilis, biennio tantum in solo Italico usucaperet: ne rerum dominia in incerto essent. Et cum hoc placitum erat putantibus antiquioribus dominis sufficere ad inquirendas res suas præfata tempora, nobis melior sententia resedit, ne domini maturius suis rebus defraudentur: neque certo loco beneficium hoc concludatur; & ideo constitutionem super hoc promulgavimus, qua cautum est, ut res mobiles quidem per triennium, immobiles vero per longi tẽporis possessionẽ, id est, inter præsentes decennio, inter absentes viginti annis usucapiantur, & his modis non solum in Italia, sed etiam in omni terra, quæ nostro imperio gubernatur, domina rerum justa causa possessionis præcedente, adquiruntur,

COMMENTARIVS.

1 *Vsucapionis causa & finis.*
2 *An usucapio sit iniqua.*
3 *Bona fides: & quo tempore requiratur.*
4 *Italicum solum quod.*

AIt, *Iure civili constitutum erat*] Est enim hic modus adquirendi ex 12. tabb. Cujus vestigia ap. Cicer. in Tropicis, *usus auctoritas fundi biennium est*: & pro Cecinna. Fundus, inquit à patre relinqui potest; at, usucapio fundi hoc est, finis solicitudinis ac periculi litium, non à patre relinquitur, sed à legibus; aquæductus, haustus, iter, actus, à patre, sed rata autoritas harum rerum omnium à jure civili sumitur. Hæc Cicero: & Lex igitur etiam hactenus qua usucapionem introduxit, facit ratas autoritate sua possessiones rerum quas quis anno, vel biennio pro suis possedit. Ex hoc fonte igitur & L. 12. tabb. est ipsa usucapio; sed qualis hoc loco describitur non potest referri ad L. 12. tabb. videlicet, ut inter loca Italici soli & provincias distinguatur; quoniam quo tempore L. 12. tabularum primum sancita fuit, pedem extra Italiam Romani non habuerunt: imo tum angustis adhuc valde finib. intra Italiam imperium Romanum continebatur, sed ista JCtorum post disputationibus, aut constitutionibus Impp. adjecta & dispositа fuerunt. An autem istum modum adquirendi Decemviri ipsi invenerint, an à Græcis quoque ut alia acceperint, non multum ad rem facit; nec enim propterea non erit Juris civilis, qualia pleraque etiam Athenienſium placita fuerunt. Meminit hujus adquirendi modi Plato *libr.* 12. *de LL.* & ille quidem vixit & scripsit post jam pridem & circiter 50. annis latas LL. 12. tabularum, sed procul dubio ex aliis Græcorum LL. ista Reipubl. suæ inseruit. Ratio hujus ju-

1 ris & introductæ † usucapionis proponitur hoc etiam loco, Ne rerum dominia in incerto essent, quod ad publicum bonum pertinere scribit JCtus in *l.* 1. *h. t.* ut tandem sit finis litium & controversiarum, *l. fin. in pr. pro suo.* qua de causa Cicero loco paulo ante citato, usucapionem vocat sollicitudinis & periculi finem. Hæc causa movit legem, ut certa tempora huic adquisitioni præfigeret, intra quæ dominus posset vindicare & sibi asserere rem suam: Ex quo alia ratio;

2 quæ ab injustitia † vindicat hanc dispositionem, præsumpta negligentia domini: unde in *l. alienationis* 28. *de VS.* fingitur alienare, qui patiatur usucapi; præsumit ita lex, & simul ita excidat juxta & castigat dominos, ut docet hic locus, quod veteres existimarint sufficere hæc tempora dominis ad inquirendas res suas; Ceteroquin etiam contra eum qui ignoravit rem suam ab alio possideri, cujus ignorantiæ multæ possunt esse probabiles causæ, currit usucapio, (nam in sciente stulta esset dubitatio) *l. ultim. Codic. de præscr. long. tempor. l. un. Cod. de usucap. transf.* Sed quod ibi iniquitas occurrit, compensatur consideratione boni publici: & habet locum hic illud Taciti. Habet aliquod ex iniquo omne magnum exemplum; quod contra singulos utilitate publica rependitur. Ex quo respondendum est iis, qui iniquitatis arguunt usucapionum jura; quæ ipse Justin. iniquum & impium præsidium videtur appellare in N. 9. Sed quatenus præcipue contra Ecclesias objiciuntur. Et tamen si juris veteris dispositionẽ cogitamus, vix videtur ab iniquitate

Digitized by Google

quitate excusari posse, vt tam brevi temporis spacio, dominus res suas, & v. c. fundos vel ædes maximi precii amittat. Idque atteſtatur Juſtin. dum hic ait, ita maturius dominos *defraudatos* fuiſſe rebus ſuis, & hanc reddit rationem ob quam jus vetus mutaverit; fraus autem non eſt ſine iniquitate; & apertius in *l. un. C. de uſucap. transform.* nihil inhumanius eſſe ait, quam ut quis abſens & neſciens tam brevi tempore ſuis poſſeſſionibus cadat. Huic iniquitati tollendæ longiora tempora ſtatuit Juſtinian. juxta hunc §. tanto enim minus habet, quod conſequatur dominus; imo non habet quod queratur, ſi decurſo tanti temporis ſpacio tandem poſſeſſor redditur tutus: Jam verba textus perluſtremus.

3 *Bona fide.*] Primum iſtud eſt † requiſitum vſucapionis, vt quis putet eum à quo rem accepit, eſſe dominum, atque adeo ſe quoque dominum effectum; qui enim opinione domini poſſidet, is hoc loco bona fide poſſidere dicitur *l. bona* 109. *de R. I. l. qui à* 27. *de contr. empt.* hanc n. opinionem habet, qui putat eum qui vendidit eſſe dominum, vel domini mandatu v. c. vendidiſſe *d. l.* 109. *& l. uli pro empt.* vbi hinc æſtimatur bona fides, ſicut & in *pr. h. t. & §. ſi quis à non* 36. *ſup. de rer. divif.* Bona fides requiritur tempore apprehenſæ poſſeſſionis, poſtea autem ſuperveniens mala fides non interrumpit vſucapionem *l. bona* 48. §. 1. *de adq. rer. domin. l. un. C. de uſuc. transf.* In emptione oportet & contractus tempore adeſſe bonam fidem *l. pen. h. t. l. 2. in pr. pro empt.* Ratio differentiæ eſt, quod etiam rem quæ aliena eſt certo, & imo quæ tum apud alium eſt, poſſum v. c. ſtipulari *d. l. 2. in pr. l. ſi is* 5. *inf. h. t.* ea ſpe ut poſt promittentis effecta mihi tradatur; ſed non ita emo rem alienam, quia protinus res empta tradenda eſt: Accedit, quod ex ſtipulatione transferendum eſt dominium: itaque jure puto promiſſorem ſatisfacere obligationi ſuæ, & rem à domino redemiſſe, quæ tempore ſtipulationis erat aliena; atquin venditor non tenetur transferre dominium; quam rationem notant Porcius hic: vulgata n. illa, à frequentia contractus nulla eſt. Et ita accipi *l.* 10. *in pr. h. t.* ut non ſufficiat tempus emptionis, ſed & traditionis tempore debeat adeſſe bona fides, oportet autem juſtam ita exiſtimandi cauſam eſſe, ut non interveniat error juris *l. 2. §. ſi à pupillo* 15. *de uſuc.* Error juris n. licet non ſoleat obeſſe ubi de amittenda re queritur *l. iuris* 7. *cum l. ſeq. de iur. & fact. ign.* tamen prodeſſe non ſolet, nec poteſt adquirere volentibus *dd. text.* & vtique vſucapioni impedimento & titulum inhabilem facit *d. l. 2. §. 15. l. numquam* 31. *in pr. h. t.* Et iſta pertinent ad ſecundum requiſitum, quod his ſignificatur in verbis.

Rem emerit, &c.] Non ſatis eſt putare accipientem eſſe dominum, niſi etiam ex juſta cauſa res transferatur, *l. diuina* 4. *C. de præſcript. long. temp. l. nullo* 24. *C. de re rei vind. Vulg. l. umquam* 31. *de adquir. rer. dom.* hactenus enim eadem dominii transferendi, & juris vſucapiendi ratio eſt: atquin nec dominium ſine juſta cauſa transfertur *d. l. numquam* 31. *in pr.* de quibus cauſis actum eſt *ſupr. tit. 1. §. per traditionem:* Illud enim nec dignum admonitione eſt, non ſufficere titulum commodati, aut depoſiti, quin iſta nec tituli nomen proprie merentur. Et oportet titulum vere interveniſſe, putativus non ſufficit, *l. Celſus* 27. *h. t.* idque eſt, quod dicitur in §. *error. infr. h. t.* errorem falſæ cauſæ non parere vſucapionem: quod & ſcriptum eſt in *l.* 1. *pro donat. l. 6. pro derel. l. 2. & 3. pro legat. l. 1. §. ult. pro dote,* niſi tamen quis juſtam habuerit putandi cauſam, ut dolent textus in *l. leg. quod vulg.* 11 *pro empt. l. cum ſolus* 29. *h. t. l. non ſolum* 33. §. 1. *in fin. & l. iuſto* 44. §. *filiusfam.* 4. *in fin.* ibi *non levi præſumptione. cod. l.* 4. *&* 6. *pro legato l. uli.* §. 1. *pro ſuo*, ex quibus textibus, omnes textus modo citati ſunt limitandi.

Si mobilia, anno utique uno.] Ratio differentiæ inter res mobiles pendet à ſola qualitate præjudicii, quod regulariter minus eſt in rebus mobilibus, & minus amiſſione earum damnum dominus ſentit: Ceteroquin res mobiles cum occultari poſſint, difficiliorem inquiſitionem domino faciunt: vt ſi hanc rationem ſequamur, longius tempus deſiderare videatur rerum mobilium vſucapio: & hanc rationem probat *Iaſon. ad Porcium* huius autem incerta ratio eſt, quod poſſeſſio rerum mobilium ſit mobilior. Et in rebus mobilibus nulla differentia fuit à loco, & in omnibus utique vſucapio in ſpecie dicta habuit locum; cuius rei ratio ex his quæ jam dicemus & immobilibus apparebit; utique enim cum mobilia non cohæreant ſolo, & de loco in locum transferantur, non poteſt in mobilibus diſtinctio ſumi à loco.

Immobilia de Italico ſolo.] Italicũ ſolum proprie 4 dicitur à loco, & vere hoc tantum Italicum † ſolum: ſed in provinciis fuerunt non quidem Italici ſoli res, & prædia, ſed quæ habebant jus Italici ſoli, coloniæ & municipia etiam quædam, ut apparet ex *l. 1. de cenſib.* Ergo admittendum omnino eſt, in his quoque prædiis fuiſſe vſucapioni locum, in ceteris quæ non habebant jus Italici ſoli, non fuiſſe

Digitized by Google

uſucapionem, ſed ſimilem quandam adquiſitionem, quam ad rubr. diximus appellatam fuiſſe præſcriptionem. Ratio patet ex iis quæ diximus ad §. *per traditionem ſupra de rerum diviſ.* quod ad populum Romanum jure quodam occupationis dominium directum illorum prædiorum pertinebat, (& hinc alia ratio mobilium rerum) in cuius quodammodo recognitionem poſſeſſores ſtipendia & tributa pendere cogebantur; ita ut fere tantum habere utile dominium (ut Doctores loquuntur,) viderentur. Itaque modis adquirendi dominii ex jure Quiritium, quib perfectum & Quiritarium dominium adquirebatur, veluti per mancipationem vel nexum hæc prædia non transferebantur; & ob id nec qui ea bona fide poſſidebat, uſucapione eorum dominium quærebat Rationis tamen erat, ut quale dominium in iis eſſe poterat ſive illud utile, ſive quo alio nomine quis appellare velit, tale etiam bonæ fidei poſſeſſor ſibi poſſet adquirere, ut aliquo tandem tempore tutus eſſet; itaq; ceſſante uſucapione longi temporis poſſeſſio ſeu præſcriptio defendebat poſſidentem; quod & in iis rebus obtinebat, quæ veram traditionem & poſſeſſionem non admittebant, quales erant res incorporales, veluti ſervitutes, quæ quaſi poſſeſſione longi temporis adquirebantur *l. ſi quis 10. ſi ſerv. vendicet.* Et igitur iſta differentia videtur duraſſe usque ad tempora Juſtiniani. nam differentiã perſonarũ hactenus ſuſtulit Antoninus, ut omnes eſſent cives Romani *l. in orbe 17. de ſtat. hom.* ante quem provinciales ideo uſucapere non potuerunt, quia peregrini non habuerunt communionem juris Romani. Et hæc una fuit differentia inter uſucapionem & præſcriptionem. A rebus; quod præſcriptio erat rerum incorporalium & immobilium, quæ non erant Italici ſoli; Altera jam dicta à tempore quod præſcriptio longius tempus requirebat *l. 1. 2. 4. 5. 6. 7. 10. 11. Cod. de long. tempor. præſcr.* ubi vocatur longi temporis præſcriptio, nimirum 10. vel 20. annorum *leg. 1. & l. emptor. 9. Cod. de ſui.* juxta differentiam quam paulo poſt trademus. Tertia erat ab effectu; quod per uſucapionem adquirebatur dominium Quiritarium, & exinde actio directa in rem; per præſcriptionem tantum jus quoddam proximum dominio & exinde tantũ actio utilis, ut ad rubr. diximus ex *l. ſi duo 13. §. 1. de iureiur. l. 8. in pr. C. de præſc. 30. ann. l. ſi quis 10. vind.* Adeo cum Juſtinian. confuderit uſucapionis & præſcriptionis jura, & unam ſpeciem effecerit, neceſſaria conſequentia efficitur, omnimodo hodie verum dominium & directum adquiri, quod inepte Dd. in dubium vocant: & operam ludit Mynſ. dum multis (pleriſque tamen ineptis) argumentis cõtra eos diſputat. Et ſuperflua obſiciunt Dd. quod utilis actio competat præſcribenti; hoc enim eſt ex jure veteri; inepte autem reſpondet Porcius quod actio utilis ſignificet efficacem.

Nobis melior ſententia redit. Mutatio juris veteris. Juſtinianus ſuſtulit differentiam Quiritarii & bonitarii dominii, itemque, prædiorum Italicorum & provincialium, & conſtituit, ut uno modo & ratione & eodem temporis ſpacio & eodem effectu res omnes utique per poſſeſſionem temporis legitimi adquirerentur, quæ eſt uſucapio Juſtinianea, cuius natura breviter hic exponitur, in *l. un. C. de uſucap. tranſfor.*

Longi temporis poſſeſſionem. Explicat quod jam diximus ex *l. 1. & 9. C. de long. temp. præſcr.* Longi temporis poſſeſſionem eſſe X. vel XX. annorum, illam inter præſentes, hanc inter abſentes. Ita temporis qualitatem ſumptam ex veteri præſcriptione, fecit communem huic adquiſitioni, & ex uſucapione veteri ſumpſit effectum, ut adquireretur dominium verum, unde effecta eſt una ſpecies eiuldem conditionis, ut non amplius inter uſucapionem & præſcriptionem ſit diſtinguendum, eam ſcil. quæ olim longi temporis erat, & titulum itidem & bonam fidem requirebat, nam præſcriptionis 30. vel 40. annorum, quæ dicitur longiſſimi temporis, alia ratio eſt, quæ ſolo tempore citra aliud adminiculum tuetur poſſeſſorem. Jam pridé autem exploſa eſt Dd. ſententia, qui præſumptionem ad res immobiles, uſucapionem ad mobiles reſtingunt. Qui autem hic dicantur præſentes, qui abſentes, (poſſeſſor nimirum qui de re alterius tempore ſibi adquirenda laborat, & prior dominus) explicat Juſtinianus *in l. ult. in pr. C. de long. temp. præſcr.*

TEXTUS.

2. Sed aliquando etiam ſi maxime quis bona fide rem poſſederit, non tamen illi uſucapio ullo tempore procedit, veluti ſi quis liberum hominem vel rem ſacram, vel religioſam, vel ſervum fugitivum poſſideat. Furtivæ quoque res & quæ poſſeſſæ ſunt, nec ſi prædicto longo tempore, bona fide poſſeſſæ fuerint, uſucapi poſſunt: nam furtivarum rerum L. XII.

Tabb. & Attinſa inhibent uſucapionem, vi poſſeſſorum Lex Iulia & Plautia. Quod autem dictum eſt, furtivarum & vi poſſeſſarum rerum uſucapionem per Leges prohibitam eſſe, non eo pertinet, ut ne ipſe fur, quive per vim poſſidet, uſucapere poſſit, (nam his alia ratione uſucapio non cõpetit, quia ſcil. mala fide poſſident) ſed ne ullus alius, quamvis ab eis bona fide emerit, vel ex alia cauſa acceperit, uſucapiendi ius habeat.

COMMENTARIUS.

1 *Res quæ non poſſunt.*
2 *De ſervo fugitivo.*
3 *Quid hic ſit auctoritas.*

PRimo loco erat ponendum; ante omnia requiri, ut res ſit habilis, †&, ut ita loquar, uſucapibilis: ceterequin cetera non proſunt, & ceſſat uſucapio, licet res bona fide ex juſta cauſa accepta legitimo tempore poſſeſſa ſit. Hinc non poſſunt uſucapi res quæ ſunt extra commercium, & quæ in nullius dominio eſſe poſſunt, veluti res ſacræ, ſanctæ, religioſæ: Item liberi homines, & quæcunque tandem Lege prohibita ſunt uſucapi: juxta *l. ubi Lex 24. h. t.* cuiuſmodi ſunt res vi poſſeſſæ, & furtivæ *l. 45. quod autem 6. h. t.* ſub quas recte refertur, qui tamen hic ſeparatur, ſervus fugitivus; quippe cuius ex hac cauſa inhibita uſucapio eſt, quod videatur ſui ipſius furtum facere *l. 1. C. de ſerv. fugit.* quod qua ratione fiat, rectius *infr. lib 4. tit. 1.* tractatur. Poſſeſſum autem quid vi oportet, ut uſucapi non poſſit, adeo ut non ſufficiat vi deiectum quem eſſe, niſi qui deiecit, etiam poſſederit *l. non ſolum 32. §. ſi dominus 2. h. t* Adeo duo juxta gl. requiruntur, ut quis vi deiectus, & res quoque vi poſſeſſa ſit; adeo ſi qui vim intulit, ipſe non occupavit poſſeſſionẽ, ſed domino dejecto, alius ſine vi ingreſſus eſt, uſucapioni erit locus. Illud quoq; notandum, rem cõtrahere vitium, etiamſi non ipſe dominus, ſed alius licet prædo vi dejectus fuerit.

Si quis liberum hominem.] Nec quidem præſcriptionem LX. annorum hic ſufficere reſcripſit Conſtantinus *in l. ult. C. de long. temp. præſc. quæ pro lib.* quinimo nec 100. annos ſatis eſſe recte ibid. notat Accurſ. quoniam nullus titulus hic locum habere poteſt, quomodo accipienda eſt *l. 6. C. de ingen. manum.* & LX. annorum mentio fit *in d. l. ult.* quia iſte vulgo eſt humanæ vitæ terminus. Aliarum rerum alia ratio eſt, in quibus poſſeſſorem exceptio temporis, quæ omnes excludit actiones, defendit *l. 3. & 4. C. de præſcr. 30. ann.* utcunque nec titulus, nec bona fides probetur; quia poſſeſſor hoc tantum allegat, nullam amplius ſupereſſe actionem.

Et licet hoc vel illo caſu poſſeſſor nec titulum nec bonam fidem habeat, cui nihilominus exceptio hæc temporis competit, attamen res ipſæ eius conditionis ſunt, ut juſto titulo poſſint transferri, quomodo non poſſunt homines liberi, vel quæcunque extra commercium ſunt: ſcilicet qua talis: alia enim ratio eſt, ſi verbi cauſa homo liber factus ſit ſervus, veluti ſi ſe venumdare paſſus ſit, vel res ſacra facta fuerit profana: ex quo res iſtæ in commercio eſſe incipiunt. An autem hactenus eandem rationem eſſe dicemus hominis liberi, & rei furtivæ, quæ Lege uſucapi prohibetur? Non crediderim. Nam hic tantum vitium accidit rei extrinſecus, & quod facile purgatur; & res furtiva propriis actionibus, rei vindicatione, actione ad exhibendum, & condictione furtiva peritur, quæ actiones proculdubio exceptione XXX. annorum repelluntur. De 2 ſervo fugitivo, quem inter † res furtivas referendum paulo ante diximus, video dubitari apud Accurſ. quoniam dominus videatur retinere ejus poſſeſſionem: contra eum autem qui poſſidet, nulla poteſt currere præſcriptio, ex quo Actur. dominium nec XXX. annorum præſcriptione excludi affirmat per *l. 1. §. per ſervum c. 4. & l. rem quæ 15. in fin. de adquir. poſſ.* ſed eſt erronea ſententia, & hoc ſaltem probatur textibus juris, hactenus aliarum rerum furtivarum, & ſervi fugitivi diverſam eſſe rationem: quod cum ſine controverſia illarum nobis ſubreptarum ab alio amittamus poſſeſſionem, non tamen amittamus protinus poſſeſſionem ſervi fugitivi, ne cum ſervus fugiens furtum ſui facrat, ipſe facto ſuo poſſeſſionem nobis auferre videatur, ut apparet *ex l. Pomponius 13. in fin. pr. & d. l. rem 15. in fin. de adquir. poſſ.* Ceteroquin ſi alius eum apprehendat, priſtinum dominum amittere poſſeſſionem reſponſum eſt *in d. l. 15. 14. eod. tit.* quod cum non admittat Accurſ. inceptam facit quæſtionem, quoniam ubi de uſucapione aut præſcriptione quæritur, oportet præſupponi, quod poſſideat alius, aut poſſederit, eſt ceteroquin

quin alia quæstio, an servus ipse temporis tanti spatio gerendo sese pro libero, domini potestati se subducere, & post quandocunque institutojudicio liberali seu præjudicio, contra dominum obtinere possit de quo latius hic agere, est præter propositum nostrum. Prorsus si domino controversiam sui faciat, possidere negatur *l. si is, qui* 15 § 1. *h. t.* & ita tandem videri possit locus esse præscriptioni libertatis, dummodo non amplius pro fugitivo, sed pro libero se gerat, *arg. l. quod autem* 10. *vers. quid sit de lib. caus.* Alios casus quibus cessat præscriptio, notat *Ioh. Faber hic. n. 6.*

3 *L. XII. Tabb.*] Quid opus fuit † duplici Lege prohibente usucapionem rerum furtivarum? nam & JCtus *in l. non solum* 33. *in pr.* utriusque huius L. meminit. Oportet, eam quæ posterior fuit, aliquid addidisse, & utcunque non satis constet, utra sit posterior, probabilius tamen est, Atiniam fuisse recentiorem; ceteroquin per LL. XII. Tabularum eius autoritas & ius fuisset sublata: cum LL. XII. Tabularum latæ fuerint ab his, qui in universum eius rei acceperunt potestatem, & facit quod Legis Atiniæ hoc caput quoque fuit, ut rei furtivæ esset usucapio, si ea in domini potestatem perveniisset, *d. l. 4. § quod autem h. t. l. potestates* 215. *in fin. de verb. signif.* ut proinde ea L. Atinia pleni, us disposuisse videatur. Eius verba hæc refert *Gellius lib. 17. cap. 7.* Eius, quod subreptum erit æter-

4 na autoritas † esto. Cicero, ut ad pr. tit retulimus, ait fundos & alia à patre obvenire, sed autoritatem esse à jure civili, id est, ut quamque rem jure tenere, & contra quemcunque asserere possimus, quo sensu, (licet specialibus magis) *in orat. pro domo*, accipit *ius autoritatis*: & eodem sensu dicitur ex L. XII. Tabularum autoritatis fundi, usus biennii esse, & scilicet per usum biennii quem fieri dominium rei. An eodem significatu in loco jam citato Gellii usurpatur vox *autoritatis*, quod qui velit adquirere rem furtivam, id facere non possit, nisi æternum eam possideat, adeo numquam possit eam adquirere. An potius sumitur alio sensu, quod dominus cui res subrepta est, habeat autoritatem & potestatem rem illam semper persequendi, quæ etiam istius verbi sententia est, in eo quod 1. *offic.* laudat Cicero; Adversus hostem, æterna autoritas esto. igitur duplex fuit Lex de rebus furtivis, duplex itidem de rebus vi possessis: Lex Plautia & Julia. & hæc posterior, ut notat hic Cujac nã copula ET facit, ut separatæ LL. intelligantur, quomodo & *in L. non solum* 33. § *si dominus* 2. *h. t.* Ceteroquin diceretur Lex Plautia Julia, quomodo dicitur Lex Papia, Poppæa, à duobus unius anni Consulibus, & ad eundem modum Junia Norbana, Furia Caninia, Ælia Sentia. Atquin si æterna autoritas est, non poterit, post 30. annos dominus excludi, contra quam supra diximus. Dicam vel quod verbum *æternum* hic sumatur paulo pinguius, vel quod præscriptio tricennalis posterioribus constitutionibus Impp. est introducta, cum ante actiones essent perpetuæ *in pr. infr. de perp. & temp. actionibus.*

Quod autem dictum est.] Supervacua admonitio hæc est, quod L. Attinia etiam habeat locum in eorum persona, qui rem furtivam bona fide acceperunt: tum quod alias Lex Attinia supervacua fuisset siquidem communi jure ipsi fures usucapere non possunt, tum & magis, quoniam hoc jam in pr. §. expressum erat; nimirum furtivas res usucapi non posse, etiamsi longo tempore bona fide fuerint possessa: Atquin ipse fur, aut qui alium per vim dejecit, utique bonam fidem habere non potest.

Quamvis ab eis.] Fure scilicet & violento possessore, quorum fecit mentionem Justin. quia ab his primum incipit vitium habere res; quod postea comitatur possessorem quemcunque, itaque idem erit, ut non sit locus usucapioni, licet hi qui rem à fure acceperunt, porro in alios eam alienaverint, hoc enim est, quod dicitur, vitia possessionum durare, & rem ipsam comitari *l. vitia* 11. *C. de adq. poss.* & quod est in §. *novissima infr. h. t.* rem talem esse oportere, ut in se non habeat vitium, siquidem à bonæ fidei possessore debeat usucapi. Notant Interpp. satis esse adducere Legem pro oratione. Ait enim Justin. res furtivas non posse usucapi, quia Lex inhibeat usucapionem, neque placet ratio, quod per furtum ipsa res vitio afficiatur, hoc enim ipsum est ex Lege prohibente; Cum usucapio brevi satis tempore perficeretur, forte placuit eam restringere sub colore vitii quod contraxisse res videbatur, & cum furtum clam fiat, non ita facile res furtivæ inquiri possunt, & contra violentum possessorem forte ob vim & potentiam non posse quis statim experiri creditur.

TEXTVS.

3. Unde in rebus mobilibus non facile procedit, ut bonæ fidei possessoribus usucapio competat. Nam qui sciens alienã[illegible] ve[illegible]

vendiderit, vel ex alia cauſa tradiderit, furtum eius committit. Sed tamen id aliquando aliter ſe habet. Nam ſi heres rem commodatam aut locatam defuncto, vel apud eum depoſitam, exiſtimans eſſe hereditariam, bona fide accipiendi vendiderit, aut donaverit, aut dotis nomine dederit, quin is qui acceperit uſucapere poſſit, dubium non eſt, quippe cum ea res in furti vitium non ceciderit: cum utique heres, qui bona fide tamquam ſuam alienaverit, furtum non committat. Item ſi is, ad quem ancillæ uſusfructus pertinet, partum ſuum eſſe credens vendiderit, aut donaverit, furtum non committit: furtum enim non committitur ſine affectus furandi. Aliis quoque modis accidere poteſt, ut quis ſine vitio furti rem alienam ad aliquem transferat, & efficiat, ut à poſſeſſore uſucapiatur.

COMMENTARIVS.

1 *Caſus quo ſciens rem alienam vendens, non committit furtum.*

2 *An poſſit uſucapi res* pro herede.

3 *Caſus quibus res aliena ſcienter translata uſucapitur.*

IN rebus mobilibus.] Quoniam harum tantum, non etiam immobilium furtum committitur, ut eſt *in §. ſeq.* Eſt autem talis collectio. Quæ res facile in vitium furti cadunt, illarum difficilior eſt uſucapio & infrequentior; quoniam talium rerū non eſt uſucapio. Atqui res mobiles facile in vitium furti cadunt; quoniam, ut hic ſubjicitur, quiſquis ſciens eas alienas, (harum autem tantum eſt uſucapio) in alium quoquo modo transfert, furtum earum committit, quod confirmatur *l. 1. C. pro empt. l. 2. C. pro donato.* Id illuſtratum exemplis duobus huius §. ſi heres rem defuncto commodatam ſciens alienam vendat, ſi fructuarius ſciens partum ancillæ ad ſe non pertinere, vendat. Idem & magis erit, ſi ipſe commodatarius rem vendat *§. furtum 6. infr. de furt.* Sed pone, heres rem defuncto commodatam, putans fuiſſe defuncti, vendidit † bona fide accipienti, hic cum eſſet in conditione uſucapiendi, reſcivit rem defuncto fuiſſe commodatam, uſucapio quidem non interrumpitur, ſed an ſi antequam impleviſſet uſucapionē, rem vendiderit alteri, an furtum committi dicemus? Id quidem affirmandum fuerit, ſi præciſe verba huius textus ſequamur, furtum committere, qui ſciens rem vendidit alienam. Ego tamen vix putaverim hoc admittendum eſſe, & crediderim hoc quod in textu noſtro eſt, ita accipiendum & reſtringendum ad eum, qui cum rem primum accepit eſſe alienam ſcivit, & tamquam alienam accepit, qui vendendo intelligitur rem velle intervertere domino, ſicut & tum furtum committit, ſi eam retinens apud ſe, intervertendi animum habere incipiat *l. inficiando 67. in pr. de furt.* quæ locum non habent, ſi quis initio rem fide bona accepit, quam cum continendo poſſeſſionem uſucapere potuiſſet, non poteſt videri eius alienatione commiſiſſe furtum; & hæc limitatio ad iſtum locum notanda eſt.

Sed tamen id aliquando.] Dixerat mobiles res non facile uſucapi; quoniam facile fiant furtivæ, idque eo confirmarat, quod quisquis ſciens rem alienam mobilem vendat, furtum eius committat. Hoc non eſſe perpetuum docet hoc verſ. & ſcilicet ſæpe contingere, ut res mobilis uſucapiatur, quoniam non raro accidat, ut quis rem mobilem ignorans alienam & ſuam putans eſſe aliquo modo in alium transferat. Quæ cum rectiſſime ſe habeant, oportet Hottomannum dormitaſſe, dum ſcribit hic Tribonianum parum fuiſſe attentum ad negotium ſuum, & falſum eſt, quod iſta verba nihil ſignificent, & quod iſtud colligatur ex *l. poteſt 36. h. t.* neque enim neceſſum fuit ut Tribonianus eadem verba retineret, & omnino optime *d. l.* cum hoc textu convenit, ait enim ibi JCtus hoc ipſum, quod noſtro h. §. proponitur, poſſe aliquibus modis accidere, ut quis per errorē rem alienam vendat tamquam ſuam.

Bona fide accipienti vendiderit.] Hoc ita Juſtin. quoniam vult proponere caſum, quo alienatione rei alienæ non committitur furtum, qui caſus in perſona ipſius heredis rem ſuam eſſe putantis, & eam retinentis proponi non poteſt, quod nimirum heres non uſucapit ipſe rem eiuſmodi defuncto † commodatam, licet ſuam eſſe putet, quoniam titulus, Pro herede ad uſucapionem habilis non eſt, etiam ad adquirendam rem ſingularem, ut perſpicue probatur per textus *in l. 1. & ult. C. de uſucap. pro hered.* quamvis aliis diverſum placuiſſe oſten-

ſtendat *l. pen. D. pro hered.* de quo hic accuratius tractare non libet. Et fruſtra diſtinguitur, an heres à ſe velit incipere uſucapionem. Ceterum de hoc caſu quærimus dum tractamus de titulo pro herede. Nec enim poteſt admitti cum Accurſio, quod uſucapio *pro herede* habeat locum, ſi defunctus rem tenuerit, tamquam ſuam ſed ſine titulo. Nihil enim hoc poteſt facere, ad juſtificandum titulum *pro herede*: & vitium defuncti nocet heredi. Ceterum ubi defunctus poſſedit cum titulo, ſed mala fide, quæri ſolet, an heres de novo uſucapere volens & non computare tempus defuncti, audiatur de quo dicemus *infra* § *diutina h. t.* ubi etiam notabimus caſum alium pro uſucapioni *pro herede* locus eſſe poſſit.

Partum vendiderit.] Ex duplici prædicta ratione, hic quoque partum ut proprium venditum proponit: nam ipſe fructuarius uſucapere non poteſt, quoniam, ut docet §. *in pecudum* 38. *ſup. de rer. diviſ.* in jure errat, fructuarius dum partum ancillæ ad ſe pertinere putat, error autem juris uſucapioni impedimento eſt *l. numquam* 31. *in princ. h. t.*

Furtum ſine affectu.] Eſt enim contrectatio 1 fraudulenta §. 1. *infra de obligat. ex del.* itaque non eſt furtum ubi quis putat rem eſſe ſuam, & abeſt ab ipſo animus doloſus §. *placuit* 7. *in fin. d. t. l. furtum* 37. *in princ. h. t.* Et error juris licet impediat uſucapionem *d. l.* 31. *h. tit.* utique tamen excuſat à dolo & delicto à quo, ut vulgo traditur; quævis, vel fatua cauſa excuſat *arg. l. plagis* 14. *C. ad L. Fab. de plagiar. l. 1. in fin. de abig.*

Aliis quoque modis.] Omnibus ſcilicet iis qui- 2 bus putat rem eſſe ſuam † & proponitur alius *in l. poteſt* 36. *h. tit.* ſi quis cum heres non eſſet, juſta tamen cauſa, vel etiam errore juris putans ſe eſſe heredem, rem vere hereditariam vendat; Idem erit, ſi quis rem pro derelicto habitam putans vendiderit. Item, ſi quis vendiderit rem ſibi à conjuge donatam, quamvis jure donatio nulla ſit; & hoc amplius, licet qui emit, rem talem eſſe ſciat *l. ſi id* 5. *pro derelicto*, quoniam cum domini conſenſu donatarius rem poſſideat, furtum committi non poteſt. Item huc refero caſum, de quo ad pr. §. dixi, ſi quis rem mobilem quam uſucapere cepit, licet iam ſciens alienam, vendiderit. Addo & alium notabilem caſum, quo quis etiam rem alienam mobilem ſciens occupans, non committi furtum, nimirum ſi hereditas ſit jacens ut expreſſum eſt *in l. 1* §. *Scævola. 15. ſi is qui teſt. lib. eſſe juſſ.* Itaque hanc rem accipiens bona fide uſucapere poterit, dum tamen ne alius interſit eam non eripi. Nam *d. l. 1*, §. 15. omnino ita accipienda eſt, quod non fiat furtum hereditati, & heres poſt non poſſit agere furti; ceteroquin ſi ſervus cuius uſusfructus legatus eſt, & quem heres non poſſedit, nec fructuarius, ſubreptus ſit, fructuario competere actionem furti reſponſum eſt *in l. ſi homo* 35. *h. tit.* quo pertinet quod eſt in *l. hereditaria* 68. *de furt.* hereditariæ rei non fieri furtum niſi commodata aut pignorata fuerit: & addenda diſtinctio Dd. quod rei quæ jam non poſſidetur fiat furtum, modo qui eam ante poſſidebat ſuperſit, qui videlicet eâ caſu amiſit per §. *pen. & ult. ſup. tit. 1. de rer. diviſ.*

TEXTVS.

3. Quod autem ad eas res, quæ ſolo continentur, expeditius procedit, ut ſi quis loci vacantis poſſeſſionem propter negligentiam aut abſentiam domini, aut quia ſine ſucceſſore deceſſerit, ſine vi nanciſcatur, quamvis ipſe mala fide poſſideat, quia intelligit ſe alienum fundum occupaſſe, tamen ſi alii bona fide accipienti tradiderit, poterit ei longa poſſeſſione res adquiri: quia neque furtivum, neque vi poſſeſſum acceperit. Abolita eſt enim quorundam veterum ſententia, exiſtimantium, etiam fundi locive furtum fieri. Et utilitati eorum qui res ſoli poſſidet, principalibus conſtitutionibus proſpicitur, nec cui indubitata & longa poſſeſſio debeat auferri.

COMMENTARIVS.

1 *De huius loci lectione.*
2 *Res vacans qua dicatur.*
3 *Immobilium rerum cur non fiat furtum.*
4 *Mutatio juris quod eſt in hoc §.*
5 *Reſtrictio & limitatio* auth. malæ fidei C. de præſcr. long. temp.

ITa Pacius edidit, *expeditius procedit*, ſecutus Cujacium, qui ita explicat, quod facilius † & ſæpius accidat, ut uſucapiantur res immobiles, quæ videli-

delicet in vitium furti non cadunt, & quomodo hic explicatur, facile quoque & non paucis casibus initio citra violentiam occupari possunt. Et istud quidem verum est. Sed si haec fuisset mens Justiniani, ita porro scribendum fuisset, *expeditius procedit, ut ille possint usucap.* quomodo scriptum non est: tum etiam ita est defectiva locutio, *quod ad eas res quae solo continentur*, quomodo scripsisse Tribonianum verosimile non est: sed potius, verbo *expedit* usum pro, *attinet*. Et itaque omnino retinenda est vulgata lectio, quae Baroni, Hottomanno & aliis quoque probatur. *Quod ad eas res quae solo continentur, expedit, jus ita procedit.* Et statim nimirum ostendit, quomodo citra vitium violentiae res immobilis ad aliquem pervenire possit. Et proponit casus dubitabiliores, quibus quis etiam sciens praedium alienum occupat, ut tamen usucapere possit, non quidem ipse, cum sit in mala fide, procedit enim hic in dubio illud, quemque debere scire, quod suum non est, ad alium pertinere) sed qui rem ab eo bona fide accepit: Quod secus est in rebus mobilibus, quas qui sciens alienas animo lucrandi occupat & detinet, protinus furtum committit: ut proinde jam res vitio affecta, à nullo quamvis bonae fidei possessore, usucapi possit. Itaque protinus removet rationem dubitandi, & docet cur aliter obtineat in praediis, quoniam videlicet horum furtum non committatur, abolita, ut ait veterum sententia, qui etiam fundi, locive furtum putabant fieri; atque haec ex *l. furtum* 17. §. 1. *cum l. seq. h. t.* eamque olim fuisse Sabini sententiâ refert *Gell. lib. XI. cap. XVIII.*

Ceteroquin multi alii sunt casus, quib. quis etiam rem immobilem bona fide putans esse suam alienare potest, veluti si quis in hereditate reperiat aedes oppignoratas (nam & immobilia creditori in securitatem debiti tradi possunt) commodatas (nam immobilia commodato dari possunt *l. 1. commod.*) precario concessas, aut ex mandato alicujus à defuncto emtas, &c.

2 *Vacantis loci.*] Vacans † dicitur res vel ratione dominii, vel ratione possessionis; & ubi quis sine successore decessit, potest etiam res dici vacua ratione dominii, sed magis est ut hic dicatur sine successore decedere, qui non habet certum heredem; quinimo & amplius puto, istud & hic & in *l. 38. h. t.* ita proponi, ut tanto magis constet rem vacuam esse; constat enim, etiamsi quis decesserit instituto certo herede, tamen possessionem in eum nec adita quidem hereditate transire *l. cum heredes* 23. *in princ. de adquir. poss.* & hereditas interim domini quidem §. *servum etiam* 4. *infra de her. inst.* sed non possessoris vicem sustinet, ex quo etiam fit, ut jacente hereditate rerum hereditariarum negetur fieri furtum *l. 1. §. Scaevola* 15. *Si is qui test. lib. iuss.* Itaque fatendum est, si quis occupet hereditarium fundum sine vi, etiamsi certus successor sit relictus, tamen procedere quod hic traditur, ut qui ab hoc occupante cum bona fide accepit, eum usucapere possit; quod omnino hic supplendum est & ad *l. 18. eod.*

Neque obstat quod etiam jacente hereditate impletur coepta usucapio *l. coeptam* 40. *h. t.* non autem possunt duo rem eandem simul usucapere, quia nec possidere juxta *l. 3. §. per contrarium de adquiren. possess.* Etenim 1. ponemus rem fuisse propriam defuncti, non quam usucapere coperit. Deinde & rectius, quod *in d. l.* 40. *h. t.* dicitur receptum est jure singulari *l. insto* 44. §. *nondum* 3. *h. tit.* & quidem dum res vacua manet, nec ab alio possessa est *l. qui cum* 6. §. *ult. pro emptore, iunct. l. possessio* 19. *h. t.* Haec de re ejus, qui decessit. De altero membro, si quis occupavit rem domini absentis, objicitur: Quod aut rem dominus habet pro derelicto, aut non habuit. Illo casu non opus est usucapione. Sed res utpote quae nullum habet dominum, protinus fit occupantis per notata *ad §. penult. sup. de rer. div.* hoc casu nec qui eam accepit videtur posse usucapere, cum dominus absens possessionem non amiserit, ut proinde nec vacare dici possit: quod autem absens quoque retineat possessionem, probatur *ex l. clam. Cod. 51. de adq. rer. poss.* Respondebo 1. Quod quis possit ignorare rem habitam esse pro derelicto, & eam occupare tamquam alienam; eoque mala fides in eius persona inhibet usucapionem. 2. Quod possessio quam retinet absens, si tantum civilis, quae non impediat, quominus naturalis possessio interim occupata, accedente bona fide accipientis prosit ad usucapionem. 3. Et apertius, loqui hic Justinianum de re vacante, & de domino non simpliciter absente, sed simul res suas negligente, quem non retinere possessionem certum est. Illud hic addendum est, errare gl. & reprehendi communius ab Interpp. quae putant hunc locum correctum per *l. ult. C. unde vi.* Etenim ne inducatur correctio textuum, dicendum erit, occupatorem clandestinum vacantis possessionis, hactenus pro praedone haberi; ut ipse eo remedio de quo ibi agitur, conveniri possit, ceteroqui quo ad alia minime omnis pro violento haberi.

Abolita

Digitized by Google

Abolita eſt ſententia.] Sed quare non placuit, 3 etiam † immobilium rerum furtum fieri? ſcilicet furtum eſt interverſio poſſeſſionis, rei immobilis poſſeſſio non intervertitur, ſi quis clam fundum verbi cauſa ingrediatur; nimis enim abſurdum ſit, ſtatim hoc modo dominum privari poſſeſſione fundi, cui ipſe ſemper corpore incubare non poſſit. & ſi quis ingreſſus fundum, dominum advenientem non admittat, vi poſſidere dicitur, *d. l. 6. §. 1. de adq. poſſ.* & delicta violentiæ & furti diſtincta eſſe placuit. Accedit notatio nominis, fur dicitur à Græco φὼρ quod Gellius oſtendit 1. *Noctium Attic.* & φὼρ ἀπὸ τῦ φέρειν, quod & magis probat Juſtin. *in* §. 2. *infra de furt.* poſt JCtum *in leg.* 1. *Dig. eod.* res autem mobiles, non item immobiles ferri dicuntur.

Fundi locive.] Loci nomen generalius eſt, nam & ædes & area locus eſt, fundus non eſt; itaque in pr. §. ſimpliciter ait Juſtinian. *Loci vacantis.* Ineptæ ſunt diſtinctiones Mynſ. Cujacii, & Pacci, quod fundus ſit integrum aliquid, Locus, portio fundi, quod fundus finibus regatur, locus non regatur, nam & quælibet minima portio, fundus recte dicitur *l. quod in* 24. § 3. *de legat.* 1. ſpecialis acceptio eſt quod ager ſine ædificio dicatur locus; cum ædificio, fundus *l. fundi* 211. *de verb. ſignif.* ex qua etiam apparet, locum proprie magis in urbe dici aream, non etiam ædes. Illud perſpicuum eſt, locum hic non uſurpari, ut in Phyſicis, pro ſuperficie continente corpus.

Et eorum utilitati.] Aut intelligit conſtitutiones, quibus etiam ante ipſius tempora poſſeſſores in provinciis quoque per longam poſſeſſionem tuti erant, vel per exceptionem, vel per utilem actionem, juxta tractata ad Rubr. nam ex XII. Tabb. uſucapio anni vel biennii eſt, non præſcriptio longi temporis; aut eas, quibus omnimodo XXX. annorum poſſeſſio eos defendebat, juxta *l. 3. & 4. C. de præſcr. 30. ann.* Hodie ubique per longi temporis poſſeſſionem res adquiruntur eodem jure quo olim per uſucapionem Illud au- 4 tem addendum, juri quod hic refertur, ut † qui bona fide rem accepit à poſſeſſore malæ fidei, uſucapere poſſit, derogatum eſſe jure noviſſimo, *Novell. 119. cap. 7.* ex qua deſumpta eſt *auth. mala fidei. C. de long. temp. præſcr.* per quam conſtitutionem tum demum locus eſt uſucapioni aut longi temporis X. & XX. annorum præſcriptioni, ſed dominus ſciens rem ſuam ab alio poſſeſſam, conteſtatus id non ſit poſſeſſori: Ceteroquin demum per longiſſimi temporis XXX. annorum præſcriptionem poſſeſſor rem ſibi adquirit; & ita ſimul tollitur diſpoſitio *l. ult. in fin. Cod. de long. temp. præſcr.* ubi dicitur, non eſſe attendendam (ſcilicet domini) ſcientiam aut ignorantiam, & ita fit, ut non ſufficiant amplius dominis ſpatia X. aut XX. annorum ad inquirendas res ſuas, contra *pr. ſup. h. t. & l. un. C. de uſucap. transform.* Doctores id latius produxerunt contra manifeſtam rationem juris, ut domino qui ignoravit, etiam poſt LX. annos detur reſtitutio, quod ſi ita juris eſſet, non opus fuiſſet, jam d. nova conſtitutione *N. 119. cap. 7.* Nihil etenim effectu intereſt, an per ordinarium an extraordinarium reſtitutionis remedium poſſeſſori res auferatur. Cum autem in *d. Novell. 119.* 5 *cap. 7. & auth. mala fidei* † *C. de long. temp. præſcript.* agatur de præſcriptione X. aut XX. annorum, & jus iſtud ſit correctorium, recte proinde Dd. videntur id reſtringere ad uſucapionem rerum immobilium & alias verius eſt, ut poſſeſſor rei mobilis ſciens alienando non faciat furtum: ſicut & iidem recte reſtringunt vel declarant *d. Novell. 119.* ut procedat, ſi ipſo tempore alienationis adſit mala fides alienantis. Quin & amplius volunt, ut tantum hic non poſſit uſucapere, qui tem immediate accepit à malæ fidei poſſeſſore, ſecus in tertio. Quod haud ſcio an probare debeam, ſiquidem indiſtincte loquitur Juſtinian. nec videtur ratio, cur alia ſit ratio poſſeſſoris primi, qui & ipſe habet bonam fidem: & ſi hic ſtatim rem alienet, jam fieret fraus conſtitutioni Juſtiniani: Et ita tamen ut retuli, etiam cenſet *Faber n. 8.* ex hac ratione, quod mala fides non ſit vitium reale, ſed hac ratione non obeſſet primo emptori, contra quam conſtituit Juſtinianus. Amplius *Ang. in* §. *furtiva h. t.* reſtringit *d. auth.* ad alienationem voluntariam; & porro, quod notandum eſt, ad eum qui initio poſſeſſionis habuit malam fidem, non cui poſt ſupervenit.

TEXTVS.

4. Aliquando etiam furtiva, vel vi poſſeſſa res uſucapi poteſt: veluti ſi in domini poteſtatem reverſa fuerit: tunc enim vitio rei purgato, procedit ejus uſucapio.

COMMENTARIVS.

HÆc limitatio tribuitur Legi Atiniæ in *l. 4. §. quod autem 6. h. t.* & non uno loco præterea de ea tractant textus juris *l. quamvis 84. de furtis l. ult. h. t.*

Digitized by Google

h. t. Et mihi tamen ſemper hæc exceptio inſubtilis viſa eſt, & veriſſime hic adnotatum ab Accurſ. quod hoc caſu, ubi in poteſtatem domini res rediit deſierit eſſe vitioſa; & velut ipſe hic ait Juſtinian. vitium ſit purgatum. Quod ſi vitium purgatum eſt, ergo res non amplius eſt vitioſa, & conſequenter nimis quam craſſe dicitur hoc §. & alibi, rem furtivam vel vi poſſeſſam uſucapi poſſe; perinde ſi quis dicat, rem ſacram, vel religioſam poſſe uſucapi, poſtquam deſiit eſſe ſacra; neque profecto hoc videtur ſatis defendi, vel ſaltem excuſari poſſe.

Et ſane Juriſconſulti iſtud præcipue hic tractat, cum non tantum auferendo rem dominis, ſed etiam aliis eam tenentibus furtum committatur §. *furti* 13. *infra de oblig. ex del.* an omnino in domini poteſtatem rem rediiſſe oporteat, an ſufficiat veniſſe in eius poteſtatem, penes quem res erat cum auferretur, & an omnino neceſſe ſit, dominum apprehendiſſe rurſus poſſeſſionem. Et id minime ita præciſe accipiendum eſſe dolent JCti, ſed ſufficere, ſi quomodocunque domino ſit ſatisfactum, veluti ſi æſtimationem litis dominus acceperit *dict. l. quamvis* 84. *de furt.* vel ſi cum fure tranſegerit, aut à fure pretium acceperit *d. l.* 84.

Et haud dubie ſive in ipſius domini, ſive in alterius, domini voluntate, poteſtatem pervenerit, vitium purgatum eſſe intelligetur. Quod ad prius autem attinet, ita accepta eſt Lex Atinia, ut oporteat rem in domini poteſtatem rediiſſe, non eius cui ſubrepta fuit, veluti commodatarii, conductoris, *l.* 4. §. *quod autem* 6. *h. t.* quoniam hi tantum actionem mere pœnalem, nullam autem pro re ipſa perſequenda habent actionem, de quo dicemus *infra* §. 13. *cum ſeqq. de obl. ex delicto.* Eadem eſt ratio ſi creditori ſubrepta res ſit *dict. leg.* 4. §. 6. *h. t.* purgatur enim vitium ubi in manum domini debitoris reverſa res eſt, ubi videlicet ab alio ſubrepta eſt, quod ſi enim ipſe debitor rem propriam ſubripiat debitori, (quo caſu furtum quoque committi conſtat §. *aliquando* 10. *infr. de furt.*) cum ipſe dominus furtum faciat, purgatur vitium, ubi in creditoris poteſtatem rediit *l. ult. h. t.* videlicet omnimodo, & ſiquidem hic aliqua ratio debet eſſe purgandi vitii per reditum in manus alterius quam furis: Ceteroquin & inſuper ſubtili quadam ratione, cum ipſe fur ſit dominus, videtur ſimul & res furtiva facta & vitium purgatum; quo fit, ut, (ſi forte res non fuerit propria debitoris) nō ſi diſtraxerit debitor, uſucapioni ſit locus *l.* 5. *pro emptore l.* 4. §. *ſi rem* 21. *de uſucap.* quamvis alias etiam in re propria debitoris, per varias commutationes poſſit accidere, ut quæratur de jure uſucapiendi, Et ſane Porcius poſt alios, hic diſtinguit, inter rem propriam & alienam pignori obligatam, & ab ipſo debitore ſubtractam. Cetera huc pertinentia ſatis copioſe exponuntur in *l.* 4. §. 6. *cū multis ſeq. h. t.*

TEXTVS.

5. Res fiſci noſtri uſucapi non poteſt. Sed Papinianus ſcripſit, bonis vacantibus fiſco nondum nuntiatis, bonæ fidei emtorem traditam ſibi rem ex his bonis poſſe uſucapere: & ita Divus Pius & Divus Severus & Antoninus reſcripſerunt. Noviſſime ſciendum eſt, rem talem eſſe debere, ut in ſe non habeat vitium, ut à bonæ fidei emptore uſucapi poſſit, vel qui ex alia juſta cauſa poſſidet.

COMMENTARIVS.

1 *Varietio Triboniani.*

2 *De ſententia* l. 13. de diverſ. præſcript.

PErtinet ad tractatum §. 1. & 2. *ſup. h. t.* de rebus, quæ uſucapi poſſunt. Variæ ſunt res quæ effugiant uſucapionem, & pro earum diverſitate variæ quoque huius iuris cauſæ. Iſtud privilegium eſt rerum fiſcalium, *hiſ. & l. ubi* 24. *inf. h. t. & l.* 18. *eod. l.* 2. *C. comm. de uſucap.* ne Princeps per uſucapionem damnum patiatur; cum præſertim in eo ceſſat ratio negligentiæ, cum aliæ ſint ipſius curæ, quam ut inquirat, quæ res ſint eius vel publicæ, quæ cura eſſe debet procuratoris fiſci, qui cum dominus non ſit, non debet negligentia ſua damnū principi inferre. Eademq; cauſa videtur, ob quam nec res civitatum uſucapi poſſunt. *l. uſucap.* 9. *h. t.* Et tanto magis id procedet in rebus quæ dicuntur patrimoniales principis, quippe quæ conferuntur cum fiſcalibus in §. *ult. h. t.* Et tamen poſſeſſoribus prodeſſe vetuſtatis auxilium reſcriptum eſt in *l. ult. Cod. de fund. priv.* quod de tempore XL. annorum accipiendum docet *l. ult. C. de fund. patrimon.* & arg. ex *l.* 4. *C. de præſcr.* 30. *ann.* Secundum quam quodvis etiam jus publicum & publica perſecutio excluditur præſcriptione 40 annorum quo facit, quod tantum excipitur, tributorum collatio *com-*

Digitized by Google

perit. 6. C. de præscript. 30. *ann.* Sed rursus aliud Justiniano placuisse videtur in *l. ut inter* 23. *Cod. de sacrosanct. Eccles.* ubi civitatibus demum vult obstare præscriptionem centenariam, & multo igitur magis hoc jure utetur fiscus; ita parum memor fuit

1 † Tribon. eorum quæ scripsit *sub tit. C. de præscr.* 30. *ann.* Quæ res facit ineptire Dd. ut speciale statuant, in hereditate, donatione, venditione legato, quorum mentio in *d. l.* 23. cuius specialitatis nulla penitus ratio reddi potest. Sed Justinianus, aut potius Tribonianus desolutoria levitate jura mutavit; quippe qui cum *d. l.* 23. etiam Ecclesiis vindicantibus res; velit obstare demum 100. annorum præscriptionem, quod confirmat *Num.* 9. tamen postea *N.* 111 & 131. *cap.* 6. mutat, & 40. annorum præscriptionem Ecclesiis obstare constituit, qua constitutione puto etiam pro correcto habendum, quod de civitatibus dispositum erat in *dict. leg. ut inter* 23. *Codic. de SS. Eccles.* tum quia ibi confert civitates & Ecclesias, tum quia ratio qua se motum refert, ut mutaret priorem cõstitutionem in *dict. Novell.* 111. *in pr.* itidem militat in civitatibus: & cum Ecclesiæ alias sint magis favorabiles, rationis non est, ut plus tribuatur civitatibus. Placet tamen fere communius, excipi Ecclesiam Romanam, & huic tantum opponi posse centum annorum præscriptionem, sed recte hoc improbat *Cuiac. 5. obs.* 5. Etenim N. 9. non datur speciale privilegium Ecclesiæ Romanæ scil. quod ante dispositum erat in Oriente, etiam producitur ad Occidentem: nec tantum de Romana Ecclesia. Sed de omnibus Occidentis Ecclesiis ibi tractatur & disponitur. Ceterum de rebus fisci scrupulum movet *l. in omnibus* 12. *de diverf.* † *& temp. præscript.* ubi dicitur in fisci quæstionibus, (nisi specialem minora tempora sint constituta) præscriptionem vicennii custodiri, Acc. id quidem refert ad bona necdum fisco nuntiata, sed obstat, tum quod simpliciter ita respondetur de omnibus fisci quæstionib. tum quod bonorum necdum fisco nuntiatorum videtur esse usucapio; & vix dubitatio, quin in *l. quamvis* 18. *h. t. in fin.* pro *usucapio* substituerit Tribonian. *diutina possessio.* Ego malim *d. l.* 13. referre ad causas criminales, ex quibus bona damnatorum, & ex quibusdam causis etiam non damnatorum pertinent ad fiscum, vel etiam bonorum pars: ut nimirum sicut ipsorum delictorum persecutio, ita & persecutio bonorum, quam fiscus habet, vicennii præscriptione excludatur.

Bonis vacantibus.] Idem in *d. l.* 18. *h. t.* Est hoc ex numero regalium, quæ pertinent ad locupletandum fiscum: jus occupandi boni vacantia: veluti si quis sine successore decedat. Et erant delatores, qui aliquo lucro invitati denuntiabant fisco, huiusmodi bona Possunt etiam huc referri bona caduca vel in causa caduci: nam & hæc ita disponente Lege pro vacantibus habentur. Ea autem fere sustulit Justin. in *l. un. C. de caduc. toll.*

Vsucapere posse.] Justinian. vetera & nova jura cõfuse tractet. Super bonis vacantibus & non nuntiatis olim post 4. annos fiscus quæstionem movere non poterat. *l. g* 1. *Codic. de quaer. præscript. l.* 7. *§. drvus de iure fisci leg.* 10. *§.* 1. *diverf. præscript.* Fo jure utile erat ea accepisse titulo & bona fide, quo usucapio erat anni vel biennii. Hodie immobilia demum 10. aut 20. annis usucapiuntur. Et an igitur fiscus hodie usque ad 10. annos poterit movere quæstionem super bonis vacantibus? Vix dixerimus, sed aut referam hunc §. ad res mobiles, aut dicam hoc ita ex jure veteri huc relatum. Adde, quod jus fisci quod habebat in bonis reorum adnotatorum demum finiebatur præscriptione 20. annorum *l.* 1 *§.* 3. *de iur. fisci*: quoniam hoc jus potentius erat, ex delicto. Adde quod fisco petenti res quæ in commissum cecidisse dicuntur, obstat præscriptio quinquennii *l.* 2. *C. de vectigalibus*, & istis scilicet casibus, quia actionib fisci ejusmodi tempus præscriptum est, obstabit exceptio sine ulla bonæ, vel malæ fidei consideratione.

Noviſſime ſciendum eſt] Diximus ad §. 1. *h. t.* hoc esse præcipuum & primum requisitum, ut res sit habilis, & id ante omnia præsupponendum. Ait autem *noviſſime*, quia aliquot §§ tractavit de rebus, quæ usucapi possunt, vel non possunt.

TEXTVS.

6. Error autem falsæ causæ usucapionem non parit: veluti cum quis non emerit, emisse se existimans possideat: vel cum ei donatum non fuerit: quasi ex donatione possideat.

Dixi ad pr. huius tit. in verbis, Rem emerit.

TEXTVS.

7. Diutina possessio, quæ prodesse defuncto coperat, & hæredi & bonorum possessori continuatur, licet ipse sciat, alienum prædium esse. Quod si ille initium justum

Digitized by Google

iuſtum non habuit, hæredi & bonorum poſſeſſori, licet ignoranti poſſeſſio non prodeſt. Quod noſtra conſtitutio ſimiliter, & in uſucapionibus obſervari conſtituit, ut tempora continentur. Inter venditorem quoq; & emtorem coniungi tempora Divi Severus & Antoninus reſcripſerunt.

COMMENTARIUS.

1 *Continuatio poſſeſſionis & n. 8.*
2 *Interruptio civilis.*
3 *Continuatio poſſeſſionis in diverſis perſonis.*
4 *Mala fides autoris an noceat ſucceſſori.*
5 *Et quid ſi hæres nolit acceſſione defuncti uti.*
6 *Caſus uſucapionis pro hærede.*
7 *De ſucceſſore ſingulari.*

POſſeſſio fundamentum eſt uſucapionis *l. ſine* 25. *h. t.* poſſeſſio ſcilicet cum animo domini conjuncta, quippe cum uſucapione dominium adquiratur: in qua poſſeſſione eſt, uſus rei, ex quo uſucapio appellata eſt. Poſſeſſio requiritur temporis, lege definiti *leg.* 3. *h. t.* de quo in *princ. h. t.* Et eam 1 poſſeſſionem oportet eſſe continuatam, † non interruptam: adeo ut ſi quis poſſeſſione 10. vel 20. annorum interrupta rem tenuerit, rem non uſucapiat. Interrumpitur poſſeſſio naturaliter ac civiliter: Naturaliter, ſi quis poſſeſſionem amittat, veluti de ea dejectus, *l. naturaliter* 5. *h. tit.* civiliter per litis conteſtationem: quamvis revera: hoc modo non interrumpatur poſſeſſio, quæ manet apud reum conventum. Sed interrumpitur adquiſitio. Et de naturali interruptione dubium non eſt, quin olim etiam & in uſucapione & in præſcriptione ita jus fuerit, ut ſi quis ante uſucapionem impletam rem deſierit poſſidere, poſſeſſione iterum apprehenſa, tempora priora computata non fuerint, ſed oportuerit tempora de novo inchoare, & conſequenter uſucapioni non fuerit locus, ſi tempore rurſus apprehenſæ poſſeſſionis quis ſciverit rem eſſe alienam; probatur iſtud in *d. l.* 5. *h. t.* & apertiſſime in *l. qui fundum* 7. §. *qui bona* 4. *pro emptore. l. ſi is qui* 5. §. *pen. h. t.* Neque obſtat *d. l.* 7. *in fr.* cuius ea ratio eſt. quod uſucapio cœpta & hæreditate jacente licet nemo poſſideat, continuatur & impletur, ut ſupra diximus ex *l. captam* 40. *h. t.* Quod attinet interruptionem † civilem, illud quoque conſtat, uſucapionem in ſpecie dictam jure veteri per litis conteſtationem non fuiſſe interruptam, ſed pendente etiam lite impletam obtinuiſſet, uſucapio quo ad effectum eſſet inutilis, cum poſſeſſor licet ſubtilitate juris dominus effectus cogeretur juxta ſententiam rem reſtituere, & inſuper cavere, ſi forte poſt impletam uſucapionem rem oppignoraſſet, aut ſervum petitum manumiſiſſet, *l. ſi poſſ* 18. *de rei vindic.* Adeo abſoluto poſſeſſore dubium non eſt, quin propter uſucapionem impletam perpetuo jure dominus fuerit effectus. De præſcriptione ſecus fuiſſe conſtitutum communiter placuit, ut ea per litis conteſtationem ita fuerit interrupta, ut licet abſolutus poſſeſſor, priora tempora imputare non potuerit, ſed de novo præſcriptionem inchoare neceſſe habuerit; probatur ex *l. nemo* 10. *Cod. de adq. poſſeſſ. leg.* 1 & 2 & *leg. nec bona* 10. *Codic. de long. tempor. præſcript.* adeo quidem ut juxta *dict. leg.* 1. nec ſufficiat poſt moram quæſtionem & litis conteſtationem, eandem longo tempore poſſediſſe; quoniam ex quo interrupta uſucapio eſt, & per litis conteſtationem inducta mala fides *d. l.* 10. perinde eſt, ac ſi quis tempore poſſeſſionis adprehenſæ fuerit in mala fide. Videri abſurdum equidem poſſit, ut propter conteſtationem litis jus jam quæſitum amittatur, cum in eodem ſtatu maneat poſſeſſio. Sed hic effectus tributus eſt quæſtioni motæ, quæ facit ut poſſeſſor incipiat de jure ſuo dubitare *dict. leg.* 10. *Cod. de adquiren. poſſeſſ.* adeoque longe eſt major effectus litis conteſtationis, quam ſi ſimpliciter ſuperveniat rei alienæ ſcientia, per quam interrumpit præſcriptionem nuſquam ſcriptum eſt. Hodie cum uſucapionis jus & effectus tributus ſit præſcriptioni per *l. un. C. de uſucap. transf.* defendendum videatur, quod præſcriptio amplius per litis conteſtationem non interrumpatur, aut illa confuſio ſecundum quid erit accipienda: Ceteroquin non poterit ab inſigni incuria & ſocordia Tribonianus excuſari, quod textus abrogatos nova conſtitutione Juſtiniani nobis tradiderit. Illud quoque addendum, hodie ut interrumpatur uſucapio, non opus eſſe litis conteſtatione, ſed etiam ſufficere oblationem libelli *l.* 2. *&* 3. *C. de ann. except.* Hæc de continuatione 3 poſſeſſionis. Continuatur autem † poſſeſſio non tantum in una & eadem perſona, ſed etiam in diverſis, ubi ab uno ad alium res legitime translata eſt; ita ut ſi v. c. unus inter præſentes quinque alter aliis quinq; annis rem poſſedit, uſucapio completa intelligatur. Et hoc 1 in ſucceſſo-

re universali, hærede, qui accessione utitur ejus temporis quo defunctus possedit, *h. §. in pr.* 2. etiam in successore singulari, §. *Inter h. t.* ubi hoc tribuitur constitutioni Impp. Siveri & Antonini, adeo ante hos continuatio in successore singulari non habuit locum: nec dubitandum est, quin quod de venditore hic dicitur, idem habeat locum in eo, qui permutatione, aut alio titulo singulari rem accepit, per *leg. Pomponius* 13. §. *in dote* 6. §. *sed & ita* 10. *de adq. poss.* ubi pluribus agitur de accessione temporis, quæ etiam probatur in *l. de accessi.* 14. §. 2. *de div. præscr. l.* 2. §. *pen. pro empt.* Illa altera huic connexa quæstio est, an noceat successori mala fides autoris sui, à quo rem accepit. Et hic quoque duplex successor distinguendus est. De universali hic expresse traditur, & ei prodesse & nocere vi-

4 tium, & scil. malam fidem † autoris, ut 1. si defunctus habuerit bonam fidem, usucapit hæres, licet sciat ipse rem alienam esse *h. §. & l. hæres* 43. *in pr. h. t.* Quod accidit propter repræsentationem defuncti, cum quo una persona censetur: 2. ut si defunctus rem acceperit mala fide, hæres usucapere non possit, licet putet rem fuisse defuncti *h. §. & l. cum hæres* 11. *de diverf. præscr.* quod fit propter eandem repræsentationem. Ad quem casum pertinet *l. vitia* 11. *C. de adq. poss.* ut apparet ex verbis *culpa autoris, & maioribus*, quæ etiam faciunt, ut de vitio reali ille locus non recte explicetur; & mala fides quoque suo sensu, vitium possessionis dici potest. Ubi tractat Dd. an idem sit, si hæres ex sua persona incipere usucapionem & tempora possessionis computare velit. Et placuit multis pos-

5 se hoc heredem facere, † atque ita malam fidem defuncti ei non futuram impedimento, quos sequitur & probat *Ang. in §. sed tamen h. t. n.* 2. quamvis contrarium magis probet *Balb. de præscr. p.* 2. *tert. part. pr. q.* 12. Et communiter hoc teneri confirmat *VV. ibi. hic.* Et hæc sententia omnino veriffima est. Etenim 1. alias jure veteri, quo usucapio anno vel biennio absolvebatur, non magnus fuisse effectus illius sententiæ, quod mala fides defuncti noceat hæredi, & impediat rem usucapi, quinimo non impediisset. Deinde constat hac in re differre successorem universalem & singularem; atquin de hoc responsum est, ei non nocere malam fidem autoris, nisi ejus accessione uti velit *l. Pompon.* 13. §. 1. *de adq. poss.* Ergo universali nocebit vitium defuncti, licet eius accessione velit non uti. Tertio suadent hoc textus generales *h. §. & in d. l.* 11. *de diverf. præscr.* Et denique omnino evincit hanc sententiam repræsentatio illa quam diximus, & quod hæres una persona cum defuncto censetur, ita ut perinde habeatur, ac si ipse defunctus adhuc rem possideret; neque quisquam sibi mutare potest causam possessionis, & in arbitrio hæredis non est, an velit repræsentari defunctum, vel non. Neque obstat *l. pen. pro hered.* quoniam ibi nullum vitium fuit defuncti, neq; defunctus rem ibi mala fide possedit: veluti ubi res fuit defuncto commodata vel pignorata, quam hæres defuncti esse putabat; quo casu nihil est, quod heredi ex persona defundi nocere possit, quamvis supra dixerimus, magis obtinuisse ut hoc casu quoque heres usucapere non possit. Non obstat adeo *l. non solum* 33. §. 1. *verf. hoc amplius h. t.* nam & ibi nullum vitium est defuncti, sed quæritur de heredis solius usucapione, v. c. Titius fundum emit alienum; qui fuit Sempronii, & postea Titius instituit ut heres à Sempronio, jam fundum, quem pro emptore antea inceperit possidere, pro hærede possidet. Et cum ut supra probavimus ad *pr. tit.* justus error facti non impediat usucapionem aut titulum, idem erit, si quis ex justa causa heredem se esse cum revera non esset, existimet: qui casus est *d. verf. hoc amplius.* Sed

6 cum in his terminis † defunctus, de cuius hereditate quæritur, fuerit dominus, non poterit de usucapiane tractari ubi quis verus heres est: sed tractabitur de ea, ubi putabit se heredem esse; & hic erit casus, quem supra quæsivimus in §. *unde in rebus*, quo usucapioni erit locus titulo pro hærede. Et dicam ei esse locum etiamsi fundum emerit Titius mala fide, & postea vera succedat ei quem putat fuisse dominum: & itidem, si putat se esse verum heredem ejus, qui vere erat dominus: siquidem juxta *d. l.* 33. §. 1. *h. t.* si quis mala fide emerit, superveniente nova causa, vitium tituli præcedentis non amplius nocere probatur. Et de hoc casu potest etiam explicari *l. pen. pro hærede.* Nec eadem ratio est, ubi nullum ante habuit titulum heres nec possessionem, velut in re defuncto commodata aut pignorata, ad quem casum recte refertur *l. . . & ult. C. pro hered.* & ubi possessionem rei & titulum per se habilem ad usucapionem habuit heres, qui per successionem vel justam opinionem successionis justificatur; sed vix quidquam hic certo affirmare possim: & in huiusmodi quæstionibus, non omnibus idem placuisse, non est absurdum.

Hæc de successore universali. Quod ad singula-

7 rem † attinet, constat jure veteri non nocuisse ei rem bona fide accipienti, quod autor eius rem alienam

nam eſſe ſcivit, ut expreſſiſſimum eſt in §. *quod autem h. t. l. quamvis* 38. *eod.* Ceſſat enim hic repræſentatio & unitas perſonarum. Et hinc vice verſa quoque bona fides autoris non prodeſt ſucceſſori mala fide rem accipienti, ut apparet ex *pr. h. t.* Juſtin. tamen contra prius illud conſtituit in *N.* 119. *cap.* 7. *auth. mala fidei. Cod. de præſcr. long. temp.* ut ſi v. c. venditor ſit in mala fide, non poſſit, emptor, licet bona fide rem accipiat, uſucapere, juxta ea quæ explicavimus *ſup. ad* §. *quod autem h. t.* Et ſcilicet non nocet vitium autoris, ubi ſucceſſor à ſe incipit, & poſſeſſionis tantum ſuæ tempora computat, ceteroquin ſi velit uti acceſſione autoris, nocebit ei vitium eius, quippe non poterit uti ejus poſſeſſione, niſi cum adjunctis qualitatibus, ut docet *ICtus in d. l.* 13. §. 1. *de adq. poſſ. l. apud* 4. §. *de autoris* 27. *de doli except.* objicitur tamen hic *d. l.* 4. §. *ſi quis autem* 29. Neque poteſt dici, quod ibi quis voluerit uti acceſſione autoris, quippe cum ibi diſerte diſtinguat ICtus inter titulos, & aliud in donatione & legato, aliud in emptione obtinere ſtatuat, & in hac re quoſdam ita inter titulum lucrativum & oneroſum diſtinxiſſe, apparet ex *l. pen. inf. C. de long. temp. præſcr.* Atquin hoc caſu itidem nocet mala fides venditoris, cujus acceſſione quis vult uti *d. l.* 13. & *d. l.* 4. §. 27. Diſtinguendum omnino eſt, quod aut conveniatur is, qui rem accepit ab eo qui mala fide rem tenuerat: aut agit contra alium. Illo caſu indiſtincte verum eſt, non nocere malam fidem autoris, poſſidenti, qui ex ſua perſona computat tempora, licet titulo lucrativo rem teneat. Hoc caſu, & ſi agat, nocere malam fidem autoris, ſi titulus ſit lucrativus: quæ Dd. communiſſima eſt ſententia. Et alias conſtat facilius dari exceptionem, quam actionem. Et tamen ſcrupulum movet, quod utique uſucapio certo jure procedit etiam ex titulo lucrativo: *t. t. pro don. & pro legat.* ubi adeo quis uſucapioni dominium quæſivit, non convenire videtur, ut agens dominus, repellatur exceptione malæ fidei autoris, quæ non fuit impedimento uſucapioni. Ut fortaſſe cogitandum, an non probanda diſtinctio Accurſii inter ſimplicem malum fidem, & dolum malum autoris, qui longe eſt odioſior. Sed nimis fortaſſe de his multa. Videamus cetera hu-

8 jus loci. Ait Juſtin. Conſtitutione ſua † introductum, ut in uſucapionibus quoque tempora continuentur, quem *verſ.* Cujacius putat, tranſpoſitum, & ſubjiciendum poſt §. *Inter.* hoc ſenſu, quod Juſt. produxerit etiam ad uſucapionem quod olim tantum in præſcriptione & adquiſitione per longum tempus obtinebat: ſiquidem non videbatur rationis, ut in tam brevi ſpacio anni vel biennii tempora continuarentur. Verum minime neceſſum eſt mutare locum huius § cum id referatur commode ad *pr.* § quo dixit, diutinam poſſeſſionem continuari in heredem, cui recte ſubjicitur idem in uſucapione & ſcilicet rerum mobilium habere locum. Tum porro iſti ſententiæ obſtat, quod ſimpliciter ſcriptum eſt, ſucceſſorem ſingularem quoque uti acceſſione autoris ſui, *l. id tempus* 14. *h. t.* late in *l. Pomp.* 13. §. 1. *cum multis ſeqq. de adq. poſſeſſ.* Nec iniqua conditio infertur domino priſtino, ſi eo temporis ſpacio res adquiritur, quo adquiſita fuiſſet, ſi penes veterem poſſeſſorem manſiſſet: cum imo hactenus fiat melior conditio domini, quod ſi novus poſſeſſor rem apprehenderit mala fide, uſucapioni locus non eſt, quam non interrupiſſet mala fides, ſuperveniens priſtino poſſeſſori. Et eſt textus expreſſus in *l. a. acceſſ.* 14. §. 2 *de diverſ. præſcr.* eſſe acceſſioni locum etiam ſi ſervus venditus ſit; atquin res mobiles olim ubique anno uſucapiebantur, in *pr. ſup. h. t.* ita quoque in *l.* 2. § *pen. pro empt.* tempus venditoris emptori ad uſucapionem procedere reſpondetur; & temerarium eſt iſta adſcribere Tribonianо cum Cuiacio in *l. tempus* 14. *h. t. & VVeſemb. hic.* Nec obſtat *l. ſi ædes* 32. §. 1. *de ſerv. verb. præd.* vel quia propria ſervitutum ratio eſt: vel potius quia ibi non poſſeſſio ab uno in alium rite translata, ſed alias ab uno amiſſa, & poſt ab alio apprehenſa fuit. Et an igitur falſo Juſtinianus hoc ſibi tribuit, quod etiam aliis locis factum eſt? An aliter explicamus hunc locum, & cum Hottomanno, & conjungimus hunc *verſ.* cum eo quod in pr. ſcribit Juſtin. bonam fidem defuncti prodeſſe heredi, etiamſi hic ſciat prædium eſſe alienum; quod nimirum Juſtinianus etiam ad adquiſitionem rerum immobilium produxerit, ſcilicet in *l. un. C. de uſucap. tranſform.* quod olim ſecus fuiſſe putat Hottom. in herede quoque, qui rem à defuncto licet bona fide poſſeſſam adprehendens, ſciens alienam eſſe committere furtum intelligatur, *arg.* § *unde in rebus ſup. h. t.* Et tamen ſimpliciter ſcriptum legimus continuationem non impediri heredis ſcientia *l.* 2. §. *ſi defunctus* 19. *pro empt. & l. heres* 43. *h. t.* ubi nominatim diſtinguitur an heredi primo res tradita ſit (ſcilicet ex contractu quem defunctus geſſit,) non poſſeſſio jam fuerit quæſita defuncto: neque ſimplex ſcientia rei alienæ poteſt inducere furtum; & cum hic militet ratio à repræ-

ſentatione defuncti. Percurramus quædam verba Juſtiniani.

Diutina poſſeſſio.] Intelligit adquiſitionem rerum immobilium, quas ille ubique longo tempore demum adquiri conſtituit. Sed eadem recte uſucapio Juſtinianea appelletur, itaque & mox ſubjicit exemplum de prædio.

Heredi & bonorum poſſeſſori.] Intelligit non ſucceſſorem ſingularem, ſed heredem prætorium, qui & effectu vice heredis eſt, & ſapiſſime appellatione heredis venit: quippe cum in omnibus (effectu inſpecto) loco heredis eſſe dicatur *l. 2. de bon. poſſ.* de quo *infr. lib. 3. tit. 19.*

Similiter in uſucapionibus.] Abutitur verbo uſucapionis, dum hoc refert ad res mobiles, ut ex oppoſitione in *pr.* §. apparet: & ſcil. quia breve illud tempus vere quo olim adquirebantur res immobiles, ipſe ad res mobiles retulit; & rebus immobilib. illud tempus præſcripſit, quod olim præſcriptioni in provinciis proprium erat, poſſit tamen & ita accipi Juſt. ut velit in uſucapione ſua à ſe reformata obtinere, quæ olim in diutina poſſeſſione, & præſcriptione longi temporis obſervabantur. Ex his conſtituitur definitio uſucapionis, quod ſit rei per contiuationem legitimæ poſſeſſionis adquiſitio, ſive adeptio: quomodo omnino rectius legitur in *l. 3. h. t.* Neque enim uſucapio adjectio eſt, ſed ipſa adquiſitio eſt; quamvis fateor dominio nudo bonitario, per uſucapionem adjici Quiritarium: ſed jure civili bonitarius pro vero domino non eſt. Legitima autem poſſeſſio dicitur, quæ eſt civilis cum animo domini, juſto titulo & bona fide apprehenſa.

TEXTVS.

8. Edicto D. Marci cavetur, eum qui à fiſco rem alienam emit, ſi poſt venditionem quinquennium prætercrit, poſſe dominum rei exceptione repellere. Conſtitutio Divæ memoriæ Zenonis proſpexit bene iis, qui à fiſco per venditionem aut donationem, vel alium titulum accipiunt aliquid: ut ipſi quidem ſecuri ſtatim fiant, & victores exiſtant, ſive experiantur, ſive conveniantur: adverſus ſacratiſſimum autem ærarium, uſque ad quadriennium liceat iis intendere, qui pro hypotheca vel dominio earum rerum quæ alienatæ ſunt, putaverint ſibi quaſdam competere actiones. Noſtra autem divina conſtitutio, quam nuper promulgavimus, etiam de iis qui à noſtra vel venerabilis Auguſtæ domo aliquid acceperint, hæc ſtatuit, quæ de alienationibus in fiſcalibus præfata Zenoniana conſtitutione continentur.

COMMENTARIUS.

1 *Quid Ærarium fiſcus, & res Cæſaris.*

1 Diſtinctio hic ante omnia notanda eſt Ærarii, Fiſci, & rerum † quæ in ſpecie dicuntur Cæſaris. Ærarium ſub libera Repub. dictum fuiſſe conſtat, in quod pecuniæ publicæ referebantur: quod erat in æde Saturni, in quam etiam Senatus conſulta & ſententiæ referri ſolebant, quod innumeris locis Livii & aliorum paſſim autorum, conſtat. Quod ante populi & Reipub. id poſtea Principes occupaverunt, itaque recte ærarium Principis appellatur, ut & diſerte hoc noſtro §. *& in leg. ultim. Cod. de quadrien. præſcr. in princip* & hic ſacratiſſimum ærariũ nihil aliud eſt, quam fiſcus Principis. Et tamen ſub primis Principibus (cum & Auguſtus aliquot provincias populo & Senatui permiſerit, adhuc veteri ſenſu ærarium ſeparatum videtur à fiſco, in quem referebantur quæ Princeps ſibi vindicabat, caduca, vacantia, bona damnatorum &c. Indicio eſt locus apud *Plinium in Panegyr. ad Traianum.* At fortaſſis inquit non eadem ſeveritate fiſcum qua ærarium cohibes: imo tanto majore, quanto plus tibi licere de tuo, quam de publico, credis.

Ex quibus tamen verbis hoc licet intelligere. 1. quod Princeps quoque jus tum habuerit in ærarium: & diſtinctio illa provinciarum videtur non multo poſt Auguſtum ſublata fuiſſe. 2. quod res fiſcales quaſi propriæ Principis habitæ fuerint: quomodo & Juriſconſultus in *leg. 2. §. hoc interdict. ff. Ne quid in loc. public.* res fiſcales quaſi propriæ & privatas Principis eſſe ſcribit, & in *l. 2. C. de priviil. fiſc.* rationes fiſci dicuntur rationes Principis.

Sed plane diſtinctio illa ærarii & fiſci ſub Principibus poſterioribus in deſuetudinem abiit: & reliqua

liqua tantum manſit diſtinctio fiſcalium bonorum & eorum quæ patrimonialia Principis appellabantur.

Licet enim, ut diximus, fiſcalia quoque, propria Principis eſſe cenſerentur, tamen alio ſenſu patrimonialia; propria dicebantur: & nimirum fiſcalia erant propria principis qua principis, ſed patrimonialia propria Juſtiniani: nam cum ſæpe ex privatis eligerentur Impp. bona eorum propria utique diſtincta a fiſcalibus fuerunt: Sed & quibus ad uſum domeſticum & quotidianum ſuum ſuorumque utebantur principes, patrimonialia dicebantur: unde procuratores, & poſt comites rerum privatarum, quibus harum rerum cura & adminiſtratio permiſſa erat *l. 1. Cod. de offi. com. rer. priv.* ubi olim procuratores patrimonii dicti *(cum ſervus ante l. apud. 9. §. nil. de lega. 1.* Hæc permittenda fuerunt, jam textum videamus. Triplex jus proponitur circa res fiſcales & patrimoniales principis Primum ex Edicto Marci: ut emtor rei fiſcalis poſt quinquennium ſit ſecutus, cujus mentio in *l. ult. C. ſi adu. fiſcum* Quod intelligo, ut ſimpliciter, dominus repellatur exceptione quinquennii citra conſiderationem bonæ fidei: ceteroquin, quod abſurdum fuerit, deteriori conditione fuiſſet qui a fiſco emit quam qui a privato: cum qui ob hoc rem accepit titulo & bona fide etiam rem immobilem biennio uſucaperet, niſi ad prædia in provinciis vendita hoc quis referre velit, quod generalitati Edicti minus convenit: cum id temporis Impp. in Italia haberent ſedem in urbe Roma Objicitur hic inepte ex *cap. intellect. de iureiur.* res fiſci non poſſe alienari. Hoc enim ſimpliciter acceptum falſum utique eſt, cum conſtet ſub haſta multas res publice venditas a fiſco fuiſſe: & venditionem legitime factam præſupponi oportet. Alterum jus eſt ex conſtitutione Zenonis in *l. 2. C de quadrien. præſc.* ut qui rem emit a fiſco ſtatim ſit ſecurus, ſive conveniatur a domino aut a creditore, cui res obligata hypothecæ fuit: ſive cauſa aliquo amiſſa poſſeſſione agat: dominus autem & creditor ſuper indemnitate, jus agendi intra quadriennium habeant adverſus fiſcum, condictione ex *lege, ut gl. & Interpp.* hic notant. Quod ita conſtitutum eſt, tum ut eo facilius, fiſcus reperiat emptorem: tum ut ne convellatur venditio, publica autoritate celebrata. Habet alias hoc jus non parum iniquitatis 1. quia aufertur domino jus vindicandi & perſequendi rem ſuam, quam forte habere potius quam pretium ipſius intereſt, 2. quoniam ita domino vel creditori durior objicitur adverſarius. 3. quia ita brevi nimis ſpatio dominus rem ſuam amittit, quam alias ampliatis uſucapionum temporibus demum 10. aut 20 annis amitteret: cum præſertim non diſtinguatur, an in mala an bona fide emptor fuerit. Et hinc eſt quod Dd. communiter hic notant *h.* § contineri jus iniquum, quod improbetur jure canonico, *c. cum placuit 16. q. 3. c. quicunq; 17. quæſt. 4.* Oportet tamen rem talem à fiſco venditam eſſe, quæ vitio careat, & quam fiſcus eſſe exiſtimet ſuam, & inſuper, quæ non ſit eorum qui ex juſta & probata cauſa reſtitutionem merentur per textus *in l. unique 5. C. de reſtit. milit.* (in qua obſervandum eſt, quod Tribonianus, pro *quinquennio*, ſubſtituit *quadriennium*; quod Zeno introduxerat) *l. non ideo 5. C. de lib. cauſ.* ubi tamen hoc annotandum, quod ſi pro fiſcali debito res vendatur, reſtitutio non habeat locum *l. quæcunque 5. C. de iur. haſt. fiſc.* quoniam hic fiſcus non vendit rem ut ſuam, ſed ut alienam pro debito ſuo, quod maxime eſt privilegiatum. Sed inſuper hic locus limitandus videtur, ſi fiſcus communi jure rem ſuam ut totam ſuam vendat: ſecus ſi ſpeciali jure rem ſibi cum privato communem diſtrahat: quo caſu contra emptorem videtur domino integra eſſe actio per text. in *l. un. Cod. de vendit. rer. fiſc.* Porro huic quod Edicto & conſtitutione Zenonis diſpoſitum hic dicitur, objicitur quod vendita hereditate, actiones creditorum, & ipſa utilis petitio hered. contra fiſcum non datur, ſed contra emptorem *l. 1. C. de hered. vend. l. nec ullam 13. & l. etiam §. Item ſi quis 9. de hered. pet.* Plane in ſpecie *d. l. 13.* fiſcus vendidit hereditatem quæ ad ſe jure pertinebat, quo caſu ſpeciali privilegio actiones creditorum perſonales in emptorem dantur: nec hoc ad caſum noſtrum pertinet. Difficilius eſt reſpondere ad *d. l. 13.* & vix videtur ſufficere diſtinctio inter univerſitatem, & res ſingulares. Expedita eſt reſponſio Joh. Fabri, præſcriptionem iſtam Zenonianam jure Dig. incognitam fuiſſe: adeo veſtigium antiquati juris nobis reliquit ſocordia compilatorum. Tertium deniq; Juſtiniani jus eſt qui conſtitutum de rebus fiſcalibus, produxit etiam ad res quę in principis vel Auguſtæ patrimonio eſſe dicuntur *h. §. in f. & l. ult. C. de quadrienn. præſcr.* ubi recte ait non eſſe differentiam conſtituendam inter res quæ fiſcales ſunt, & quæ patrimoniales, cum omnia Principis eſſe intelligantur nimirum fiſcales quoque, (ut ridiculi ſint qui hinc omnia principis eſſe colligunt, etiam bona ſubditorum) per ea quæ ſupra ad *pr. §.* diximus. Et imo videatur iſta Juſtiniani conſti-

conſtitutione non fuiſſe opus, & etiam ante obtinuiſſe hoc jus in Principis & Auguſtæ rebus per textum generalem in *l. fiſcus* 6. §. *ult. de jur. fiſc. iunct. l princeps* 31. *de legib. fac. l. pen. C. de don. int. vir. & ux. l.* 3. *C. de præpoſ. ſacri cubic.* Nec obſtat *l. quod principi* 56. *cum l. ſeq. de legat.* 2. ibi enim ſpecialis eſt ratio Principis, quæ in Anguſta non habet locum, quippe quæ ſucceſſorem non habet: quod ſecus eſt in Principe, cui quod legatum eſt, non tam perſonæ huic, quam Principi qua tali legatum eſſe intelligitur. Ait Juſtin.

Aut donationem.] Videlicet ubi præcedit expreſſum mandatum principis: ceteroquin procurator principis jus donandi non habet: quin nec vendere ſine conſenſu principis poteſt *l.* 1. §. 1. *de procur. Cæſ.* Et omnino præſupponendum eſt alienationem legitime factam eſſe. Plane res à fiſco alienata latius accipi poteſt, ſi ſub haſta juxta ſententiam magiſtratus res debitoris damnati diſtrahuntur: ad quem caſum tamen haud ſcio, an hic §. ſit referendus: & magis eſt, ut non ſit referendus.

Noſtra autem divina.] Jam ſupra monuimus Impp. Chriſtianos parum pie paſſim ita de ſe tamquam Diis aut divis loqui: ſane apud Græcos vox θεῖος de quavis re excellente uſurpari ſolet.

AD TITVLVM VII.

LIBRI SECVNDI INſtitutionum,

DE DONATIONIBVS.

TEXTVS.

1. Eſt & aliud genus adquiſitionis, Donatio. Donationum autem duo ſunt genera, mortis cauſa, & non mortis cauſa. Mortis cauſa donatio eſt, quæ fit propter mortis ſuſpicionem: cum quis ita donat, ut ſi quid humanitus ei contigiſſet, haberet is qui donavit, reciperet, vel ſi eum donationis pœnituiſſet, aut prior deceſſerit is cui donatum ſit. Hæ mortis cauſa donationis ad exemplam legatorum redactæ ſunt per omnia: nam cum pudentibus ambiguum fuerat, utrum legati an donationis inſtar eam obtinere oporteret, & utriuſque cauſæ quædam habebat inſignia & alii ad aliud genus eam retrahebant: à nobis conſtitutum eſt, ut per omnia fere legatis connumeretur, & ſi procedat, quemadmodum noſtra conſtitutio eam formavit. Et in ſumma donatio mortis cauſa eſt, cum magis quis ſe velit habere, quam eum cui donat, magiſque eum cui donat quam heredem ſuum. Sic & apud Homerum Telemachus donat Piræo &c.

COMMENTARIVS.

1 *An donatio ſit modus adquirendi civilis. & numer* 3.
2 *De genere donationis.*
4 *Quæ ſint iuris gentium.*
5 *Donationis diviſio.*
6 *Quid ſit donatio mortis cauſa.*
7 *Caſus quibus reſolvitur aut revocatur hæc donatio.*
8 *Collatio huius donationis & legati.*

PRopoſuit Juſt. in *f. tit.* 5. ſe acturum de modis 1 adquirendi † ex jure civili. Et talis ſane modus eſt uſucapio, ſi fidem habemus Juſtiniano, talis modus adquirendi, habendus quoque erit donatio. Verum iſtud in principali ſpecie donationis ſine controverſia falſum eſt. Nimirum principalis ſpecies eſt, donatio quæ dicitur inter vivos, de qua in §. *ſeq.* quam qui retulerit inter modos adquirendi juris civilis, ille ſane ad agnatos & gentiles fuerit deducendos: quin & ipſi Juſtiniano contradixerit qui in §. *per traditionem* 41. *ſup. de rer. diviſ.* donationem refert inter cauſas adquirendi ex jure gentium; & res ipſa loquitur ſatis.

2 Videndum hic eſt quid ſit donatio, † & videlicet an modus adquirendi: an ſaltem titulus & cauſa. Cauſam eſſe probat *a.* §. 41. ibi, *ex cauſa donationis.* Modum eſſe adquirendi probat *h. t. infr.* & methodi ratio. Breviter reſpondeo, donationis verbum videri ſignificare ipſam actualem rei traditionem, cum aliquid in alium gratuito confertur, & ita translationem rei, quæ habet implicatam cauſam: ſed uſu receptum fuiſſe, ut conventio quoque de donando, cum quis gratuito

tuito & alteri quid daturum promittit. diceretur donatio; quo ſenſu donatio dicitur eſſe ſtricti juris contractus in *l. eum qui* 22. *de donat.* atque hoc modo accipitur verbum donationis in *l.* 2. *in pr. & §.* 1. *& 2. & alibi h.t.* & ex donatione hoc modo accepta, non dominium ſed obligatio adquiritur; itaque in priori ſignificatu donatio hic uſurpatur. Ut redeam ad illud, unde digreſſus ſum, ut
3 defendatur methodus Juſtiniani, † dicimus ejus propoſitum fuiſſe principaliter agere de donatione mortis cauſa & propter nuptias, quæ non inepte ad jus civile referuntur. Donatio inter vivos juris gentium eſt, de qua quidem *Weſembec. ad rub. h.t.* tantum obiter actum ait, ut ejus collatione illuſtretur donatio mortis cauſa. Sed refellit hunc colorem prolixitas, qua utitur §. 2. neſcio autem quid hic nugetur Hottom. Et in primis vehementer errat, dum ea omnia juris civilis eſſe ſtatuit, quæ Romani civibus tantum ſuis, non
4 peregrinis communia eſſe voluerunt & ea juris † gentium, quæ Romani etiam cum peregrinis recte agunt. Sed imo ea juris gentium ſunt, quæ apud omnes pene gentes obſervantur, & quæ ita obtinerent, etiamſi nuſquam Reſp. Romana exſtitiſſet: ceteroquin juxta opinionem Hottomanni, ſucceſſiones, nuptiæ & alia plurima juris civilis, non gentium dicenda eſſent; penitus abſurde. Et feramus licet ea dici juris civilis, quæ pleraque à ſolemnibus civilis juris dependent, veluti teſtamenta (quod ipſum tamen non ſatis recte dicitur) at ut donationem inter vivos referamus ad jus civile, nulla ratione defendi poteſt. Quin amplius non dubitarim, donationem hanc recte inter peregrinum & civem Romanum celebratam fuiſſe; licet non negarim, aliquando ut dominium Quiritarium transferretur, adhibitum donationi quoque fuiſſe nexum & mancipationem per æs & libram, quæ & in teſtamento, & in omnibus alienationibus fere adhiberi ſolebat: quæ tamen ſolemnitas procul dubio jam pridem ante Juſtinianum ſublata fuit. Illud vero ridiculum, quod Hottom. ait ſi res ſimpliciter tradita fuiſſet donationis cauſa, nec inter cives aliquid actum fuiſſe, quod omnimodo falſiſſimū eſt: Ridicula etiam ratio, quod Romani voluerint admittere ut diſperderentur patrimonia: An enim etiam actiones liberalitatis & beneficentiæ tollere voluerunt? Quod quid abſurdius? Et inepta ratio, quod Ulp. non meminerit donationis in *tit.* 19. *de adq. rer.* Nec enim integrum habemus Ulpianum. Deinde donatio aut ſumitur pro cauſa, & non pertinet ad illum titulum; aut pro modo adquirendi & utique comprehenditur ſub traditione: Et docet ille ipſe titulus, quod rerum nec mancipi dominia ſimplici traditione fuerint translata; in rebus mancipi ut dominium Quiritarium tranſiret, v. c. mancipatione opus erat; ceteroquin tantum tranſibat dominium bonitarium, ut docet *Ulp. in §. qui tantum XI. de liberta.* Ex quibus apertiſſimum eſt, quaſcunque res per donationem recte translata fuiſſe. Item apparet, falſiſſimum eſſe quod Hottom. ait, rem donatam non fuiſſe factam donatarii, niſi poſtquam eam uſucepiſſet. Nec pro eo facit *l.* 1. *pro donat.* quia (ut ex ceteris textibus apparet) accipienda eſt de caſu, quo aliquid licet pro ſuo donatum, fuit alienum: tum etiam, quo caſu res mancipi ſimpliciter tradita erat, ex ratione juris veteris dominio bonitario Quiritarium adjiciebatur. Hæc contra Hottom. dicenda fuerunt. Jam his præmiſſis ad textum noſtrum accedamus.

Proponitur initio diviſio; quod donatio
5 alia ſit mortis † cauſa, alia non mortis cauſa. Sed enim membra diviſionis affirmativis verbis ſunt proponenda. Dividitur rectius donatio in propriam & impropriam per *l.* 1. *de donation.* Eſt enim donatio ex numero eorum generum, quæ ſunt homonyma, & dicuntur πρὸς ἕν quæ nimirum non æqualiter prædicantur de ſpeciebus ſingulis. Donatio propria eſt rei gratuita & perpetua in aliquem translatio. Impropria plures habet ſpecies. Talis eſt donatio propter nuptias, de qua in §. *eſt & aliud* 3. *infr. h.t.* Talis etiam donatio omnis ſub modo, de qua *t.t. Cod. de donat. ſub mod.* cum aliquid ita transfertur, ut viciſſim quid donans conſequatur: & magis incidit in contractum innominatum do ut des, vel facias.
6 Talis etiam eſt † donatio mortis cauſa, quoniam res non transfertur omnimodo, ſed ita ut ex cauſa, imo & ex pœnitentia revocari poſſit: de qua agitur §. 1. *h.t.* Videamus quæ de ea hic proponuntur. Ait Juſtin.

Fit propter mortis ſuſpicionem.] Non tantum mortis propriæ ſed etiam alterius, filii, fratris, ſororis *l. mortis* 11. *l. mortis* 18. *de mort. cauſ. don. l.* 3. *C. eod.* Et quidem fit dupliciter, vel propter periculū aliquod imminens (ut in exemplo quod refertur ex Homero) & ob morbum quo quis jam laborat vel ſimpliciter, cogitatione mortalitatis *l.* 2. *h.t.* Nugatur hic Hottom. qui negat iſtam poſſe dici veram donationem mortis cauſa: neminem enim donaturum omnino niſi ſe moriturum ſciret: tum

cum semper duret cogitatio mortalitatis, non esse quomodo revocetur hæc donatio. Prius illud perspicue falsum est: tum non intelligitur cogitatio mortis in mente retenta, sed expressa: quo facto morte demum confirmatur donatio, pœnitentia autem & præmortuo donatario corruit. Et præter *d.l.* idem expressum est in *l. senatus* 35. §. *mortis* 4 *h.t.* & illud ipsum est, quod ait Justin. in *l. ult. Cod.* donationes has fieri sive juxta mortem, sive longiori mortis cogitatione.

7 *Cum quis donat.*] Duplici † modo, vel ut statim dominium transferatur in accipientem: vel ut non statim transferatur, sed secuto casu mortis. *l. 2. in f. de mort. caus. don.* Cujus differentiæ in hoc fere consistit effectus, quod hoc casu sublata causa donationis, actionem in rem donans utpote dominus adhuc habeat: illo condictionem & actionem personalem *l. si mortis* 29. *cum l. seq. h. t.* & quod in *d. l.* 29. isto casu in rem actio competere dicitur, accipiendum est de actione utili in rem aut fatendum erit, ipsa potestate juris sublata donandi causa resolvi donationem, & in nihilum redigi. Et juxta hanc posteriorem sententiam, observandum erit, quod in *d. l.* 29. agitur de casu quo periculum ob quod donatio est facta, cessavit; ceteroquin per pœnitentiam non potest dici sublata ipso jure donatio; itaque hoc casu tantum actioni personali erit locus.

Sin autem supervixisset.] Tres proponuntur modi, quibus resolvitur hæc donatio, aut jus repetendi competit donatori. Unus est, sola pœnitentia donatoris *h. §. & l. mortis* 16. *eod. l. qui mortis* 30. *eod.* Alter si supervixit, qui donavit. Tertius, si prior decessit cui est donatum; qui modi ne videantur non differre, & ita sunt distinguendi, & ita explicanda verba Justiniani, ut posterior significet simpliciter casum præmortui donatarii, licet, durante adhuc periculo cujus contemplatione donatum fuit: prior autem liberationem à periculo, licet superstite adhuc donatario.

Reducta sunt per omnia.] Ita quidem hic ait Justin. sed mox addit particulam FERE, quæ omnino necessaria est: & si per omnia instar legatorum essent, jam essent legata, at enim omnino differentias aliquas superesse fateri oportet: neque probo quod Baro particulam *fere* eo refert, quod donatio non sit omnino legatum, ratione modi relinquendi & verborum, ceteroquin nullam penitus superesse differentiam: adeo nec verum puto, quod omnes differentiæ, quas post *gl. Dd.* referunt, sunt sublatæ per *l. ult. Cod. de mort. caus. donat.* Et rectissime ista ita conjunxi. Theoph. κατὰ πάντα κλῆρον. Etiam olim instar legatorum obtinuisse has donationes docent *l. Marcellus* 15. *l. illud.* 37. *h. t.* Et comparantur 1. quod sicut legatum, legatario, ita hæc donatio præmortuo donatario corruit. 2. quod ut legatum, ita & hæc donatio sola pœnitentia revocatur 3. quod ut in legatis, ita & in istis donationibus Falcidia locum habet *l. Seia* 42. § 1. *h. t. l.* 5. *& l. pen. C. ad l. Falcid. l. cum pater* 77. §. 2. *de legat.* 2. Addit Justin. quod præcipuum est, & in quo maxime ad ultimas voluntates accedit hæc donatio, ut opus sit quinque testibus *l. ult. C. de mort. caus. donat.* cum in conventionibus regulariter ad earum probationem sufficiant duo testes: ut appareat, in donatione mortis quinque testes ad solemnitatem actus pertinere. Supersunt tamen non pauca, in quibus etiamnum à legatis & ultimis voluntatibus differt donatio mortis causa. Et 1. donatio mortis causa ut plurimum fit ab ipso donante ita ut res statim tradatur donario: sed legatum qua tale semper præstatur ab herede 2. quod donatio mortis causa in annos singulos una est, sed legatum tale multiplex esse censetur *l. senatus* 35. §. *ult. h. t.* 3. quod non ut legatum, ita donatio mortis causa ad confirmationem suam ulla additione hereditatis opus habet, sed sola morte donantis confirmatur. 4. quod in donatione mortis causa an capax sit donatarius inspicitur tantum tempus mortis *l. in mortis* 28. *de mort. caus. don.* cui in legatis spectetur etiam & præcipue testamenti facti tempus *l. 1. de reg. Caton.* Et denique quod legatum perficitur sola voluntate disponentis, absente etiam & ignorante legatario, sed donatio mortis causa confertur in præsentem *l. Inter* 38. *h. t.* vel utique quod isti loco addendum est in scientem, velut si quis absenti per nuntium aliquid mortis donationis causa mittat, aut etiam se donare citra traditionem promittat: siquidem quod in *l. si quis* 35. *Cod. de donat.* sancitum est, ut etiam pactum nudum de donando efficax sit, procul dubio ut ex communissima Dd. sententia etiam ad donationem mortis causa pertinet. Hæc ita si revera debent esse donatio mortis causa. Quod si enim dicat quis simpliciter, se aliquid donare absenti & ignoranti, valiturum jure fideicommissi communiter hic tradunt Interpp. Et his de causis hæc donatio quodammodo ad contractus referri videtur *d. l. senatus* 35. §. 3. *h. t.* ex quo etiam est ut filius fam. qui nullo mo-

lo modo nec patris conſenſu ultimam voluntatem condere poteſt, in *pr. inſ. quibus non eſt perm. fac. teſt.* patris tamen conſenſu mortis cauſa donare poteſt *l. tam ii* 25. §. 1. *h. t.* Et communiter Dd. quos refert Weſenb. hic *Gomez. 2. reſol. 4. n. 16.* hanc donationem accenſent magis contractibus, eum in eſſe producitur; ſed magis legatis, dum in eſſe producta eſt: quamvis illi non ſatis conveniat, quod ex *l. ult. C. de don. mort. cauſ.* requiruntur quinque teſtes; quod utique ad conſtitutionem pertinet: ceteroquin quo ad eſſentiam intrinſecam donatio fit inter duos, non autem legatum.

Prudentibus ambiguum fuerat.] Ita ſolet fere ſemper Juſtin. dum aliquid novi conſtituit, allegare ambiguitatem veterum JCtorum. Sed ſæpe falſo, forſan & hic: apparet enim ex jam dd. inter prudentes ſic convenisſe, in quibus donatio mortis cauſa cenſeretur jure legati, & in quibus non.

Verum donationis.] Scil. inter vivos.

Vtriuſq; cauſa.] In quibuſdam enim ſapiebat naturam legati, in quibuſdam donationis.

A nobis conſtitutum eſt.] Exſtat conſtitutio in *l. ult. C. de mort. cauſ. donat.*

Et in ſumma.] Ex JCto in *l. 1. & l. ſenatus* 35. §. 2. *h. t.* & apparet ratio, cur hæc donatio pœnitentia revocari poſſit, quia mavult ſe habere &c. Ceterum hæc deſcriptio etiam legato competit.

Sic apud Homerum.] Apparet igitur nec hanc donationem eſſe pure juris civilis: licet per conſtit. dictam Juſtin. & ante quoque, quædam habeat & habuerit introducta à jure civili (Locus apud Homer. eſt in *lib. 17. Odyſſ.*) Itaque licet admittas cum *Gomez. 2. reſolut. 4 num. 17. VVeſemb. ad rubr. hic. Schneid. in h §.* (qui in plures allegant) ex donatione hac citra traditionem tranſire dominium ad inſtar legati, per *l. ultim. Codic. h. t.* ubi Juſtinian. omnino, quo ad effectum iſta inter ſe comparat, (licet contradicat *Cuiacius 1. diſp. 12.*) non tamen propterea ſine vitio ſimpliciter juris civilis adquiſitio iſta dici poteſt, ſufficit tamen hoc ad excuſandum Juſtin.

TEXTUS.

2. Aliæ autem donationes ſunt, quæ ſine illa mortis cogitatione fiunt, quas inter vivos appellamus: quæ non omnino comparantur legatis: quæ ſi fuerint perfectæ, temere revocari non poſſunt. Perficiuntur autem, cum donator ſuam voluntatem ſcriptis, aut ſine ſcriptis manifeſtaverit. Et ad exemplum venditionis, noſtra conſtitutio eas etiam in ſe habere neceſſitatem traditionis voluit; ut etiamſi non tradantur: pleniſſimum habeant & perfectum robur, & neceſſitas traditionis incumbat donatori. Et cum retro principum diſpoſitiones eas actis intervenientibus inſinuari volebant, ſi maiores fuerant ducentorum ſolidorum: noſtra conſtitutio eam quantitatem uſq; ad quingentos ſolidos ampliavit, quam ſtare etiam ſine inſinuatione ſtatuit: Sed & quaſdam donationes invenit, quæ penitus inſinuationem fieri minime deſiderant, ſed in ſe pleniſſimam habent firmitatem. Alia inſuper multa ad uberiorem exitum donationem invenimus, quæ omnia ex noſtris conſtitutionibus, quas inſuper his expoſuimus, colligenda ſunt. Sciendum eſt tamen, quod etſi pleniſſimæ ſint donationes, ſi tamen ingrati exiſtant homines, in quos beneficium collatum eſt, donatoribus per noſtram conſtitutionem præſtitimus licentiam, certis ex cauſis eas revocare: ne illi qui ſuas res in alios contulerint, ab his quandam patiantur iniuriam vel iacturam, ſecundum enumeratos in noſtra conſtitutione modos.

COMMENTARIUS.

1 *Donatio propria quæ.*
2 *De modis donandi.*
3 *Inſinuatio donationum.*
4 *De donatione in piam cauſam.*

1 HIc igitur de donatione propria quæ dicitur inter vivos, h. §. & in *leg. ubi ita* 27. *de donat. mort.*

Digitized by Google

mort. cauſ. quoniam fit ſine ulla mortis contemplatione. Directam eam appellat Conſtantinus in *leg. donatio* 25. *Codic. h. t.* propriam Juriſconſultus in *l.* 1. *eod.* Diximus ſup. hanc donationem eſſe rei in aliquem gratuitam & perpetuam translationem. Per verbum *gratuita* excluditur 1. datio, quæ fit ex vinculo aliquo obligationis; tali videlicet, quod vel actionem vel utique ſoluti retentionem & exceptionem inducit; veluti ſi quis ſolverit, quod nudo pacto promiſit; quæ obligatio multos quoque jure civili effectus habet alios, de quibus *lib. ſeq. tit.* 14. Ceteroquin nuda obligatio honeſtatis, qua qui beneficium accepit naturaliter ad ἀνθυπηρεσίαν obligari dicitur, *l. ſed & ſi* 25. *§. conſuluit de petit. hared.* non impedit quo minus donatio gratuita habeatur, & inſtar propriæ donationis: ſecus ſi quis per opera aliqua præſtita, alicui honorarium (quod in factis locare ſolitis merces eſſet) dederit, quo pertinet, quod Dd. donationem remuneratoriam propriam donationem eſſe negant, *arg. l. hoc iure* 19. §. 1. *l. Aquilius* 27. *l. ſi pater* 34. §. 1. *h. t.* itaque nec hic inſinuatione opus erit. Deinde per verbum iſtud excluditur datio, vel donatio quæ ita fit, ut viciſſim quid detur vel fiat: quod genus incidit in contractum innominatum de quo *ſub t. t. C. de don. quæ ſub. mod.* Addo in definitione verbum, *perpetua* ſive *irrevocabilis*, ut diſtinguatur à donatione mortis cauſa, quæ facile revocatur & corruit, juxta *dd. ad §. præced.* Eadem qualitas, removet donationem propter nuptias; quæ amplius juxta formam, quam hodie habet, de qua in §. *ſeq.* nec vere gratuita dici poteſt. Dicitur autem perpetua & irrevocabilis, tum oppoſitive ad donationem mortis cauſa, quæ facile revocatur: tum ratione intentionis eius qui donat, *l. 1. in pr. h. t.* ibi *nec ullo caſu ad ſe revert.* in & *l. ubi ita* 27. *de mort. cauſ. donat* ibi, *ut nullo caſu revocatur.* Et omnino rebus ita ſe habentibus nullum jus revocandi eſt. Verum ubi donatarius pro beneficio accepto graviſſimas rependit injurias, quod ſi futurum cogitaſſet donator, numquam contuliſſet beneficium, placuit locum eſſe retractationi donationis juxta *l. ult. C. de revoc. donat.* ubi cauſæ ex quibus revocare licet hanc donationem, recenſentur.

Et hæc gratia adjecit hic Juſtin. *Temere* revocari non poſſe; Nam donatio mortis cauſa pro libitu, & ita temere poteſt revocari. Addunt Dd. communiſſime & alium modum revocandi, ſi poſt, donatori, qui omnia, aut partem honorum donavit, liberi nati fuerint, ex *l. ſi umquam* 8. *Cod. de revoca. donat.* ſed, quod præſertim eius nullam hic facit mentionem Juſtin. verius eſt, eam conſtitutionem, tantum ad caſum ibi expreſſum, quo patronus donavit liberto, pertinere; quæ plerumque ex Neotericis ſententia eſt *Coraſ. 7. miſcell. 20. Hot. tom. 1. amicab. reſp. 12. A. Fab. 7. conject. 14. & 15.* & veterum quoque multorum quos refert Tiraq. ad *d. l. ſi umquam*, de quibus pluribus hic agere fuerit præter inſtitutum.

Non omnino.] Notavit Cui. in veteribus legi, *omnino non*; nam & de alienatione mortis cauſa ita dici poſſit. Et ineptum eſt, quod affertur, pro recepta lectione à Pacio, quod comparentur omnino, ſiquidem uterque ſit titulus lucrativus, & utrobique modus adquirendi particularis; Neque enim ullæ res tam interſe diverſæ ſunt, ut non in aliquando generali concurrant.

Perficiuntur autem.] Non ſatis plenus hic locus 2 eſt. Donatio † perficitur, aut traditione, (quæ vera perfectio eſt,) aut conventione, ita ut juxta dicta ad *prin. tit.* donatio ſumatur pro conventione de dando aliquid gratuito, quomodo emptio perfici dicitur nudo conſenſu; Conventio eſt vel veſtita, veluti ſtipulatio, vel nuda. Et cum ſtipulatio ſcriptis fieri non poſſit, Juſt. hoc loco, dum ſcribit de voluntate ſcriptis, aut ſine ſcriptis manifeſtata, videtur reſpexiſſe fere tantum ad pactionem nudam, & ad conſtitutionem ſuam, in *l. ſi quis arg.* 35. *C. h. t.* ubi conſtituit ut quævis declaratio voluntatis etiam citra ſtipulationem, valida ſit & obſtringat donatorem: & ita pactum donationis ut legitimum eſſet, effecit; idque eſt quod hic ait, habere conventionem & declarationem quamvis neceſſitatem tradendi, & quidem, ut ait, ad exemplum venditionis. Quæ comparatio ſecundum quid accipienda eſt; venditio enim contractus eſt; at ſimplex pactio de donando contractus recte dici non poteſt. In eo conſiſtit autem comparatio; quod emptio perficitur ſtatim, ubi de re & pretio conventum eſt in *pr. inſt. de emption.* & mox ex ea conventione emptori efficax actio ad rem tradendam competit; Ad hunc modum per *d. l.* 35. *C. h. t.* ſi vel ſcriptura quis & per Epiſtolam, vel quibuſcunque idoneis verbis ſi quid donare dixerit, utcunque ſtipulatio nulla intervenerit, tenetur ad rem tradendam. An potius, ait, ſcriptis & ſine ſcripti, ut inſinuet donationem quandam; de [illegible] nox, indigere inſinuatione, quæ non fit [illegible] ptis? An autem præciſe emptor

ptor tradere teneatur, an liberetur præſtando intereſſe, alia quæſtio eſt nec huius loci; ſicut nec iſta, in quo differat præſtatio ex donatione, ab obligatione ex venditione, cum donator ad dandum, ſed venditor tantum ad tradendum teneatur, verbo traditionis in ſpecie ſumpto, de quibus agemus infra *de verbor. obligations & de empt.*

Et cum retro principum.] Intereſt Reipubl. ne quis re ſua male utatur, & bona ſua temere profundat. Donare jure noſtro fere eſt, perdere, & verendum ne potius ſit actio prodigi quam hominis liberalis. Itaque & L. vetus Cincia modum impoſuit donationibus; & illa ipſa cauſa principis poſteriores, donationes paulo majoris quantitatis, non aliter validas eſſe voluerunt; quam ſi actis 3 † inſinuarentur, id eſt in acta referrentur; & literis publicis conſignarentur; & quiſquis liberali animo alterius inopiam ſublevare vult, non gravabitur aperte & palam apud magiſtratum quoque hoc agere. Summam 200. ſolidorum Juſtinianus porrexit uſque ad 500. ſolidos, infra quam ſummam non ſit opus inſinuatione: forte quod aurei ejus ſeculi minoris erant valoris & ponderis, quam olim ex quo quidam exiſtimant, cum hodie noſtri aurei viliores ſint, quam Juſtiniani ætate, quo tempore 72. aurei faciebant libram, hodie quoque ampliorem debere ſtatui ſummam, uſque ad quam citra inſinuationem etiam liceat donare. Fortaſſe autem ea nobis licentia non eſt conceſſa; & forte nec vera ratio illa, ob quam ſummam veterem Juſtinianus auxit; ſed quia (an ob illius ſeculi divitias) plus voluit indulgere privatorum liberalitati, de qua re præter alios tractat *Alciat. in leg. etiam aureos. de V. S. & diſpunct.* 9. Et illam rationem veram non eſſe inde patet, quod Juſtinianus initio ſummam veterem 200. ſolidorum produxit tantum ad 300. ſolidos *leg. Sancimus* 34. *in princ. Codic. h. t.* mox ſolita levitate ad 500. ſolidos *l. penult. in fin. Cod. eod.* neque vero ipſius ætate mutatio tanta aurei facta fuit.

Illud communiſſime receptum eſt inter omnes, ſi donatio excedat ſummam definitam, nec inſinuata ſit, eam ſolummodo irritam quo ad ſummam excedentem, non autem penitus nudam eſſe, ut expreſſum eſt in *l. ſancimus* 34. *in pr. & §. 1. inf. C. h. t.* Porro cum Juſtin. hic principibus attribuat diſpoſitionem de 200. aureis, non puto verum eſſe quod Cuj. ſcribit 6 obſerv. 18. eam eſſe ex Lege Cincia. Notant autem Dd. hic inſinuationem eſſe juriſdictionis voluntariæ, & poſſe adeo fieri apud judicem & magiſtratum non ſuum, per *leg. data* 27. *& leg. in hac* 30. *Codic. h. t.* *Equidem illud* in genere affirmatum verum non videtur, tum longe alia Reipubl. Roman. ratio fuit, ubi omnes magiſtratus, unum communem principem habebant; nec umquam crediderim quidquam eorum valuiſſe, quæ civis Rom. apud magiſtratum extra Remp. Rom egiſſet. Et quod ad hanc rem attinet illud non requiri docet *l.* 27. *in f.* ut res donata ſit ſub juriſdictionem magiſtratus, apud quem fit inſinuatio; Ceteroquin oportere & debere magiſtratum eſſe competentem oſtendit ipſa *l.* 30. *C h. t.* quod id fieri poſſit in provinciis, (ſi municeps aliquis donet) apud præſidem provinciæ, & magiſtratus ſcilicet civitatis, aut municipii ita in ſpecie dictos, & apud defenſores civitatum, nam & hi inſtar cujuſdam magiſtratus ſunt, ſecundum quid, ut patet ex *t. t. C. de defenſ. civit. & Nov.* 15.

Et quaſdam donationes invenit.] Nimirum quæ fiunt à principe, & in principem conferuntur *dict. leg.* 34. *in princ. verſ. exceptis. Nov.* 51. *c.* 2. Item donationes propter nuptias & ſponſalitias largitates, *d. l.* 34. §. 1. *authen. ut ſponſalit. largit.* & alias quaſdam *leg. penult. Codic. h. t.* Ubi notandum quaſdam donationes ſimpliciter liberari à neceſſitate inſinuationis; quaſdam hactenus privilegiatas, ut major ſumma poſſit ſine inſinuatione donari; qualis eſt donatio ad pias cauſas juxta *dict. leg. ſancimus* 34. §. 1. *Codic. h. t.* quæ citra inſinuationem valida eſt uſque ad 500. aureos, cum ex illo adhuc textu ceteræ donationes tantum uſque ad 300. aureos non inſinuatæ, ſubſiſterent. Ex quo non immerito dubitatur: cum poſt ex *l.* 36. *in f. Cod. h. t.* hoc jus commune ſit, ut uſque ad 500. ſolidos valeant donationes quævis, an nullum privilegium hodie 4 habeant hactenus donationes ad pias † cauſas; an vero proportionaliter privilegium in *d. l.* 34. iis conceſſum, cenſeri debeat productum per *d. l.* 36. ut circiter uſque ad 700. ſolidos, & paulo amplius iſtæ donationes abſque inſinuatione ſubſiſtant. Sed difficile eſt, citra LL. aliquid ſtatuere, & cum Juſt. *d. l.* 36. ubi diſponit de 500. aureis, non auxerit privilegium cauſarum piarum, (cum tamen ibi ab obſervatione illa liberet donationes pro redimendis captivis) non eſt noſtrum, producere iſtud: & igitur, quod ante privilegium erat, hodie non amplius, ſed piæ cauſæ utentur jure communi privatorum; quæ etiam communis Dd. ſententia eſt in *l. illud* 19 *C. de ſacr. Eccl.* & in *d. l. ſancimus* 34. *in pr. C. h. t.*

Alia inſuper multa.] Quænam ſunt iſta, quæ hic

inveniſſe ſe profitetur ad uberiorem exitum donationum? nam quod etiam nudum pactum efficax eſt, de eo jam ante h. §. dixerat. An intelligit, quod etiã omiſſa inſinuatione non vitiatur tota donatio *d. l. jancimus* 34. §. 1 *C. h. t.* an quod diverſis temporibus plures factæ donationes non conjunguntur, *dict. l.* 34. §. *ſi quis* 3. adeo ut licet conjunctim excedant ſummam 500. aureorum, non ſit opus inſinuatione, ubi tamen videndum, ne in fraudem dividatur donatio, quam quis alias ſimul facturus fuiſſet. Illa autem quæ addit Acc. hic plane ſpecialia ſunt, quod ſufficiat eum qui recipit pecuniam donatam in redemptionem captivorum jurare de pecunia bona fide expendenda *l. pen. inf. pr. C. h. t.* quod itidem habeatur fides domino cuius ædes ruerunt, juranti ſe pecuniam donatam in ædes novas expendiſſe, *dict. l. pen.* §. 1. *inf.* quæ ipſa nec quidem proprie pertinere videntur, ad uberiorem exitum donationum. Rectius forte huc referatur *l. ultim. Codic. h. t.* ubi vult rejici verba, quæ in donationibus anteponi ſolebant, *Seſtertii nummi, &c.* quibus ſcilicet uti ſolebant, cum, ut notavimus ad *pr. tit.* donatio per intervenientem mancipationem & nexum perficiebatur, &, unus nummus dicis cauſa interveniebat, ut hoc modo Quiritarium dominium in donatarium transferretur, quas ſolemnitates imaginarias ſuſtulit Juſtinianus.

Si ingrati exiſtant homines.] De hoc diximus ad pr. §. Ratio optima eſt, quod donatarius, naturaliter tenetur gratiam referre *l. ſed & 25 & conſuluit de perit. her.* Qui ergo eſt ingratus exuit naturam donatarii: cui proinde merito aufertur quod donatum eſt. Et jus tamen revocandi datur ſoli donatori, non ejus heredi; quoniam eſt vindicta quædam injuriæ; perſecutiones autem injuriarum non dantur hæredibus injuriam paſſi, de quo in §. 1. *infr. de perp. & temp. act.* Iſtud expreſſum eſt in *l. his ſolis* 7. *& l. ultim. Codic. de revocat. donat.* Sed quid ſi ſucceſſor donatarii ſit ingratus, an poterit donator revocare. Rectius negatur argument. dd. textuum, nec proprie donatarii ſucceſſor ingratus dici poſſe videtur. Et alia ratio eſt feudorum, ubi ipſe vaſallus primus, & ſucceſſores ad certa officia obligantur. Quid ſi donatarius ingratus præmortuus ſit, an poterit donator revocare bona ab hærede? Si comparationem ſequimur actionis injuriarum, non poterit, ſi poſt annum deceſſit donatarius.

Tractatur & hoc à Dd. *d. l. ult. Cod. de rev. donat.* an præter cauſas ibi expreſſas admittantur aliæ ſimiles, vel graviores; quod mihi recte & inprimis à Johañ. Fabro hic affirmari videtur, ſicut & communiſſime placet admitti alias exheredationis cauſas præter enumeratas in *N. 115. c. 3.* de quo forte dicemus.

TEXTVS.

3. Eſt & aliud genus inter vivos donationis, quod veteribus quidem prudentibus penitus erat incognitum. Poſtea autem à iunioribus Divis Principibus introdum eſt, quod ante nuptias vocabatur, & tacitam in ſe conditionẽ habebat, ut tum ratum eſſet, cum matrimonium eſſet inſecutum. Ideoque ante nuptias appellabatur, quod ante matrimonium efficiebatur, & numquam poſt nuptias celebratas talis donatio præcedebat. Sed primus quidem Divus Juſtinus, pater noſter, cum augeri dotes & poſt nuptias fuerat permiſſum, ſi quid tale eveniret, etiam ante nuptias augeri donationem, & conſtante matrimonio, ſua conſtitutione permiſerat. Sed tamen nomen inconveniens remanebat, cum ante nuptias quidem vocabatur, poſt nuptias autem tale accipiebat incrementũ. Sed nos pleniſſimo fini tradere ſanctiones cupientes, & conſequentia nomina rebus eſſe ſtudentes, conſtituimus, ut tales donationes non augeantur tantum, ſed etiam conſtante matrimonio initium accipiant, & non ante nuptias, ſed propter nuptias vocentur, & dotibus in hoc exæquentur: ut quemadmodum dotes conſtante matrimonio non ſolum augẽtur, ſed etiam fiunt: ita & iſtæ donationes, quæ propter nuptias introductæ ſunt, non ſolum antecedant matrimonium, ſed eo etiam contracto augeantur & conſtituantur.

COMMENTARIVS.

1 *Progreſſus huius donationis.*

2 *De revocatione non ſecutis nuptiis.*

§ *Qua hodie natura iſtius donationis.*
4 *Ius uxoris in donatione propter nuptias.*

Eſt & alius genus.] Si Stichus & Pamphilus ſpecies ſunt, ut jure noſtro appellari ſolent, homo poterit dici genus: & ita quoque donatio propter nuptias: ceteroquin ſicut homo ita & donatio iſta revera & Logice loquendo, non genus, ſed ſpecies infima eſt.

Veteribus incognitum.] Prout ſcilicet poſt iſta donatio fuit conformata, & quæ omnino eſt juris civilis, & impropria donatio. Ceteroquin ori-
1 ginem traxit hæc donatio † à donatione vera; & quæ juris gentium fuit. Nimirum ſponſi & ſponſæ affectionis & amoris erga munera ſibi daſolebant, & quidem efficaciter: quoniam inter jam conjuges erant prohibitæ donationes, ſed non inter adhuc ſponſos, qua de cauſa diſtinguit JCtus an ante nuptias an poſt aliquid ſit donatum *l. penult. in fi. de donat. int. vir. & uxor.* & eodem modo Imp *in l. cum in 6. C. de don. ant. nupt.* & de validitate hujus donationis, ad inſtar alterius cujuſvis inter vivos, ſunt textus *in l ſi ante 8. cum 6. ſeqq. C. de don. ant. nupt.* Et licet frequentius eſſet, ut ſponſus donaret ſponſæ, *l. ſi à ſponſo 16. C. de don. ant. nupt.* ibi, *quod raro accidit*, tamen & ſponſam recte donaſſe ſponſo dubium eſſe non poteſt, *arg. l. ſi mater 12. C. d. t. & l. 1. §. 1. de donat.* ubi ait JCtus ſimpliciter; inter ſponſum & ſponſam valere donationem, jure alterius donationis, quæ liberalitatis gratia exerceatur, cum donans rem donatam numquam ad ſe reverti velit. Adeoque apparet etiamſi nuptiæ ſecutæ non fuiſſent, tamen donationem manſiſſe integram, quæ pure facta fuiſſet. Potuit autem hac lege donari, ut ſi nuptiæ ſecutæ non fuiſſent, res reſtituatur *d. l. 1. §. 1. in fin.* ubi quod ait, *hac mente* intelligendum eſt, mentem fuiſſe etiam expreſſam, *arg. l. 2. C. de donat. ant. nupt.* ibi, *niſi Eutychia tibi nupſerit, &, ut Eutychiam uxorem duceres.* Item *l. ſi mater 12. eod. tit.* ibi, *ſine ulla repetendi lege*, quamvis admitti poſſit, aliquando ex conjecturis etiam hanc mentem colligi potuiſſe, ſemper autem hoc ſubintellectum non fuiſſe apertiſſimum eſt ex oppoſitione *dict. l. 1. §. 1. de donat. & ex l. cum veterum 5. Cod. de don. ant. nupt.* ubi Conſtantinus ait ſibi diſplicere veterum ſententiam, ſecundum quam donationes manebant firmæ, licet nuptiæ ſecutæ minime fuiſſent. Et igitur hoc demum eſt ex Imp. Conſtantini conſtitutione, ut omnis donatio inter ſponſum & ſpon-
2 ſam † facta, habere in ſe cenſeatur tacitam conditionem, ſi nuptiæ ſequutæ fuerint: videlicet non ſuſpenſivam, ſed reſolutivam. Etenim ita non poteſt fieri donatio, ut res ſit ſponſæ cum ſecutæ fuerint nuptiæ, quoniam incideret in caſum à quo incipere non poteſt *l. quod ſponſæ 4. Cod. de donat. ant. nupt.* ſed donatio pura, nuptiis non ſecutis reſolvitur *l. 1. §. 1. in fin. de donat.* Et non immerito ita conſtituit Conſtantinus: quoniam præſumitur quiſque adfectione ſponſi donaſſe, nec id fuiſſe facturus, ſi nuptias non ſecuturas putaſſet. Et igitur ſi nuptiæ ſecutæ non ſint, condictio datur, ſi videlicet per donatarium ſteterit, quominus ſequerentur, quia cenſetur ob cauſam datum. Ceteroquin ſi ſteterit per donantem, non tantum donati retentio, ſed etiam exactio eſt *d. l. 15. C. de don. ant. nupt.* Hæc ita, ubi ſtat per donantem vel donatarium, ubi autem alteruter mortuus eſt, diſtinguitur, quod aut ſponſa donavit, aut ſponſus: Illo caſu omnimodo repetitio eſt & repetitio totius, hoc ſubdiſtinguitur, quod aut intervenit oſculum, aut non intervenit; hic totum, illic dimidium tantum reperitur: (quaſi per oſculum aliqua delibata videatur pudicitia) *l. ſi à ſponſo 16. C. de donat. ant. nupt.* Iſta occaſionem dederant donationi, de qua hoc §. agit Juſtin quia † nunquam à ſponſa, ſed à dolo ut ſponſo: nec eo effectu quo olim, ut res omnino fiat ſponſæ, ſed imo ita ut ſponſæ vel uxori revera non adquiratur, ſed tantum jus aliquod in ea uxori conſtituatur. Solet dici ἀντφίρα, antidos, quæ quaſi à marito conſtituitur uxori ſicut ab uxore dos conſtituitur marito. Quæ ipſa res arguit eſſe inventum Græculorum Impp. qui nimio quam multum uxoribus tribuerunt, quid enim turpius quam ut maritus quaſi dotem afferat uxori, & ita ei quodammodo nubat. Jus autem quod mulier ad-
4 quirit, eſt 1 Quod ita donatum † ſecuriorem & cautiorem facit dotem, pro qua ſpeciatim res donatæ propter nuptias obligatæ eſſe intelliguntur, *l. ubi 29. C de jur. dot. N. 61. cap. 1* ex qua nec oppignorandi quidem aut alienandi eas res facultatem habet maritus, ita ut alienatio ſit nulla, licet mulier conſenſerit, etiam iterato, ubi videlicet non alia ſunt bona ex quibus uxori ſatisfiat, adeo appareat, hanc cautionem eſſe pleniorem, quam hypothecæ generalis, cui renuntiare poſſe mulierem, ſimpliciter reſcriptum eſt *in l. jubemus 2. C. ad SC. Velleian.* & ſpecialis hypotheca in quibuſdam utilior eſt. Alterum jus eſt, ut ſicut mulier temere diverſtens multatur parte dotis, vel etiam integra; ita & maritus temere divortium faciens amittat partem ex-

Digitized by Google

tem ex ista donatione vel eam totam, quæ cedat lucro uxoris *l. consensu* 8. §. *hac mihi* 4. *C. de repud.* Tertium jus, ut quibus casib. maritus ex pacto partem dotis vel decem, iisdem mulier donationem propter nuptias vel partem lucretur, ut docet *N.* 61. *cap.* 1, *in princ.* ibi, *eveniente lucro, Nov.* 91. *c.* 2. *& Nov.* 97. *cap.* 1. ubi etiam hac ipsa causa voluit donationem propter nuptias esse æqualem doti. Extra hos casus, sicut mulier soluto matrimonio dotem, ita maritus donationem propter nuptias recipiet, *cap. ult. de donat int. vir. & ux.* vel potius retinebit. Neque enim sicut dos in maritum, ita donatio propter nuptias actualiter in uxorem confertur. Possessionem rerum transferri in eam posse crediderim, sed id minime necessarium erit: quippe cum fructus earum rerum ad uxorem non pertineant: siquidem ea non dicitur sustinere onera matrimonii, sed maritus: & alias omnino fructus dotis evacuarentur, quod præsertim juxta *d. Nov.* debeat esse æqualis doti donatio propter nuptias. Sed an dominium transit in uxorem harum rerum? Licet Dd. communiter affirment, magis tamen est, ut negandum putem: cum speciales sint LL. expressi casus, quibus sine traditione dominium transit, traditio autem rerum hic necessaria non est; & ut diximus certos tantum fines habet donatio, quos ut consequatur, non est necessum, ut dominium transferatur in uxorem: adeo non videtur esse ista habilis causa transferendi dominii; nec eadem est ratio hujus donationis & dotis, cujus tamen dominii exigua vestigia reliquit Justin. per *l. in rebus Cod. de jur. dot.* & si sunt hæres mulier hypothecatæ, non possunt esse in ejus dominio. Sed & frustra interdixisset Justin. in N. 61. marito alienationem & oppignorationem, si dominus ipse amplius non esset. Nec movet; quod *in d. Nov.* 61. § 1. *vers. non enim*, uxori pro istis rebus datur vindicatio; quoniam ea demum soluto matrimonio competit, neque directa, sed utilis est; cujusmodi aliis quoque non dominis aliquando conceditur ex æquitate. Et ait Justinian. in *d. N.* 61. non immoderate fecisse quosdam judices quod uxori rerum harum dederint vindicationem: à judicibus aliis autem hoc fuisse contemtum, quod si ordinario jure dominium rerum ita donatarum fuisset in uxorem translatum, nullus judex actionem in rem negare uxori potuisset: ut appareat actionem istam in rem, non tam nativam quam dativam esse. Et hæc pro explicatione donationis hujus ejusque naturæ sufficiant. Ejus videlicet quam Justinian. propter nuptias vocat, rectius dixisset propter dotem. Etenim propterea non est negandum, posse maritum ante nuptias ita donare sponsæ, ut plenu & perpetuo jure res ejus fiat; quod genus donationis, penitus ab ista Justinianea differt. Percurramus, quæ in textu porro sequuntur.

Innioribus principibus.] Hic Constantinus intelligi solet, qui introduxit, ut donatio ante nuptias tacitam conditionem haberet *l. cum veterum* 15. *Cod. de donat. ant. nupt.* Sed enim ea constitutio non fecit, quo minus quod donatum erat, plenissimo jure, secutis nuptiis maneret donatarii; & ut apparet ex *l.* 16. *C. eod. tit.* etiam tum sponsa ita sponso donare potuit. At quin donatio ista penitus à sponsa fieri non potest, sed à solo sponso, & quidem ita ut plene res non fiat sponsæ; cæteroquin non potuisset permittere Justinus, ut post nuptias augeretur donatio ista, quippe quæ incidisset in donationem inter conjuges, vetitam; nec à Justino quidquam mutatum aliud ait Justinianus, sed tantum hoc dispositum, scilicet in eadem specie donationis, ut post nuptias augeri posset, aucta dote: quod ipsum argumentum est, jam tum, quasi fuisse istam antidotem, quod à donatione veteri in sponsas collata est alienissimum. Itaque intelligendi sunt principes, qui post Constantinum rerum potiti sunt, sub quib. sensim hoc receptum, aut etiam ita constitutum fuit, ut donatio vetus ante nuptias, in aliam quasi speciem degeneraret; & tum valeret demum ubi matrimonium esset secutum; tum non ita valeret, ut uxor plenum & verum dominium consequeretur, sed tantum jura aliqua, ut paulo ante exposuimus; qualem jam sub Theodosio eam donationem fuisse, apparet ex *l. consensu* 8. §. 4. *C. de repud.*

Sua constitutione.] Est in *l. si constante* 19. *C. de don. ant. nupt.* Justinianus insuper & constitutionem & augmentum istius donationis æquale vult esse *N.* 97. *c.* 1 adeo cum ex *d. l.* 19 aucta post nuptias dote possit augeri donatio propter nuptias, hodie per *d. N.* 97. augenda necessario est quod tamen & istam æqualitatem usu non observari, alii notant.

Nomen inconveniens.] Recte ait Hotto non propterea fuisse nomen inconveniens, licet aliquando post nuptias aliquid accederet; cum appellari rem satis sit à principali & quod ut plurimũ accidit. Jejuna observatio est hic Interpp. quod istud procedat in nominibus rerum appellativis, ut vocant nõ propriis; quibus sæpe minime respondent homi-

homines, quippe quæ ſint mere ex arbitrio hominum, & adhuc infantib. imponuntur. Nomina autem rerum ſæpe ad ipſarum cognitionem deducunt, de quo prolixe tractat Plato in Cratyl.

Sed nos planiſſimo.] Iſta & levia, & jam ſatis explicata ſunt.

TEXTVS.

Erat olim & alius modus civilis adquiſitionis, per jus adcreſcendi, quod eſt tale. Si communem ſervum aliquis cum Titio habens, ſolus libertatem ei impoſuerit, vel vindicta vel teſtamento: eo caſu pars eius amittebatur, & ſocio accreſcebat. Sed cum fuerat peſſimum exemplo, & libertate ſervum defraudari, & ex ea dominis quidem humanioribus damnum inferri, ſævioribus autem lucrum accedere: hoc quaſi invidia plenum pio remedio, per noſtram conſtitutionem mederi neceſſarium duximus. Et invenimus viam, per quam & manumiſſor, & ſocius ejus, & qui libertatem accepit, fruantur noſtro beneficio, libertate cum effectu procedente, (cuius favore antiquos legumlatores multa etiam contra communes regulas ſtatuiſſe manifeſtum eſt) & eo qui eam libertatem impoſuit, ſuæ liberalitatis ſtabilitate gaudente, & conſervato indemni ſocio, pretiumq; ſervi ſecundum partem dominii, quod nos definivimus, accipiente.

COMMENTARIVS.

Alius modus civilis.] Hinc ſane apparet, Juſtinianum hactenus de modis adquirendi civilis juris agere voluiſſe, adeoq; adjicit hic extra huius tituli materiam, quaſi pro concluſione, proprium modum adquirendi ejuſdem juris.

Per jus adcreſcendi.] Hic eſt caſus quo extra cauſam ultimæ voluntatis locum habet jus accreſcendi: quod alias habere in contractib. locum, negant Dd. communiter per *l. ſi mihi & Titio 110. de verbor. oblig.* ſed parum ſubtiliter, ut enim de jure adquirendi quæri poſſit, oportet, ut pluribus ad rem jus ſit quæſitum. Atquin in terminis *d. l. 110.* ubi quia ſibi & Titio ſtipulatus eſt, cum ex ratione juris Titii perſona nulliter ſit adjecta, non poteſt eſſe locus quæſtioni de jure accreſcendi.

Vel vindicta vel teſtamento.] Non eſt abs re, quod in ſpecie Juſtinianus facit mētionem horum modorum, per quos nimirum ſervus conſequebatur juſtam libertatem & fiebat civis Romanus, in quibus terminis hoc obtinuiſſe, quod hic ſcribitur, ceteroquin nihil actum fuiſſe per unum ex dominis, non obſcure traditum eſt à *Paulo 4. ſent. 12. in pr.* & ab *Vlpiano tit. de libertis. §. communem 13.* ſed generalius loquitur Juſtin. *in l. 1. §. 1. C. de comm. ſerv. manu.* nec hodie poterit diſtingui, poſt quam ex quavis manumiſſione ſervi fiunt cives Romani.

Pars amittebatur.] Cum enim per modos illos pars ſocii ab eo abiiſſet, nec tamen ſervus per unū dominum in libertatem perduci poſſet, eveniebat neceſſario, ut pars illa accreſceret, & accederet alteri ſocio, quomodo accidiſſe diximus *in §. pen ſup. de uſufr.* non diſſimili ratione, ut ſi fructuarius in jure cederet uſum fructum extraneo, nihil ageretur quo ad extraneum, ſed uſusfructus recurreret ad proprietatem.

Sed cum peſſimum fuerat.] Emendatio juris veteris, ex *l. 1. C. de comm. ſerv. manum.* ubi quod ante in militibus obtinebat, ipſe facit jus commune. Res perſpicue exponitur hic & *in d. l. 1.* & caſus hic eſt, quoquis res ſuam cogitur vendere, cuiuſmodi plures notant *Ioh. Faber. Angel. & Plat. hic.* Plura in non diverſis valde terminis, ſervi communis ab uno domino heredis inſtituti, dicemus ad *§. 2. infra de hered. inſt.*

Quam nos definivimus.] Videtur accurate diſtinguere circa quantitatem pretii *in d. l. 1. §. ne autem 5. C. de comm. ſervo manum.* ſed imprudenter meo judicio: Neque enim certa hic definitio dari poteſt, ſed arbitrio magiſtratus id permittendum eſt.

AD TITVLVM VIII. LIBRI SECVNDI Inſtitutionum.

QVIBVS ALIENARE LICET vel non.

TEXTVS.

1. Accidit aliquando, ut qui dominus rei ſit,

Digitized by Google

alienare non poſſit, & contra qui dominus non ſit, alienandæ rei poteſtatem habeat. Nam dotale prædium maritus invita muliere, per Legem Iuliam prohibetur alienare: quāvis ipſius ſit, dotis cauſſa ei datum. Quod nos Legem Iul. corrigentes in meliorem ſtatum deduximus. Cum enim Lex in ſolis tantummodo rebus locum habebat, quæ Italicæ fuerant, & alienationes inhibebat, quę invita muliere fiebant: hypothecas autem earum rerum etiam volente eas, utriq; remedium impoſuimus, ut etiam in ea res, quæ in ſolo provinciali poſitæ ſunt, interdicta alienatio ſit vel obligatio: ut neutrum eorum neque conſentientibus procedat mulieribus, ne ſexus muliebris fragilitas in perniciem ſubſtantiæ earum convertatur.

COMMENTARIVS.

1 *Ratio ordinis.*
2 *Ratio legis Iulia.*
3 *An res mobiles poſſit maritus alienare.*
4 *An & quatenus maritus ſit dominus dotis.*

POſt explicatos ſingulares adquirendi modos, (nam cur de legatis ſeparatim agat, in fi. tit. ra-
1 tionem redditurus eſt) ſeqq. duobus titulis † tractat, tum quis alienare poſſit tum per quos nobis adquiratur. Nam niſi perſona jus alienandi habeat, dominium accipienti non quæritur, & ubi de adquirendi modis agitur, illud vel præcipue explicandum eſt, an quiſque ſibi tantum an per alios etiam adquirat. Oportebat autem juxta rubr. in primis doceri, quis nam haberet jus alienandi, propoſita regula aliqua & nota generali. Et inprimis ita conſtituendum eſt, quod qui dominus eſt, & adminiſtrationem habet, alienare poſſit, vel ipſe, vel alius eius voluntate per §. *nihil autem* 43. *ſup. de rer. div.* ceteroquin ſæpe fit, ut qui domini ſunt, alienare non poſſint, veluti minores ætate, furioſi, prodigi, qui jus adminiſtrandi non habēt.

1 At dixerit quis, maritum & dominum † eſſe rei dotalis & ejus adminiſtrationem habere, nec tamen alienare poſſe. Sed ipſe Juſtinian. in pr. hujus tit. reſpondet, id fieri ob Legem Juliam, hæc enim eſt poteſtas Legis, ut poſſit modum ſtatuere alienationibus rerum ex juſta cauſa; cujuſmodi eſt hic in rebus dotalibus, & quidem nō omnibus, ſed tantum immobilibus, & uno verbo, in prædio dotali. Nam cum interſit Reip. mulieres eſſe dotata *l. 1. ſolut. matrim.* agendum hoc fuit, ut mulieri in caſum ſolut. matrimonii dos integra eſſet, ut porro iterū nubere poſſet. Enimvero cum maritus ſoluto matrimonio teneatur jure dotem reſtituere uxori, revera nec iſta exceptio eſt à regula, ſecundū quam is demum pro libitu alienare poteſt, qui dominiū perpetuum & irrevocabile habet; quale ſane dominium non habet maritus. Et tamen quia matrimonia hac intentione contrahuntur, ut perpetua ſint quo reſpectu dotis cauſa perpetua dicitur *l. 1. de jure dot.* ne alienatio prędii dotalis ob id valida cenſeretur, Legi perſpiciendum viſum fuit. His præmiſſis jam textum videamus.

Qui dominus rei ſit.] Ad hanc partem etiam pertinet §. 2. de pupillo, qui dominus cum ſit, alienare non poteſt, ut ibi dicemus.

Qui dominus non ſit.] Hujus partis exemplum proponitur in §. 1.

Dotale prædium.] Et maxime fundum; *arg. l. 1. de fund. dot.* nam fundi quoque pupillaris aut minorum alienatio vetita eſt, ſine decreto, quo opus non eſt in alienatione prædii urbani, juxta *tit. de reb. eor. qui ſub tut.* licet id poſtea fuerit mutatum *l. lex quæ 22. Codic. de adm. tut.* ſed Lex Julia de qua hic agitur, cum de prædio locuta ſit, etiam ad ædes
3 dotales pertinet. Mobilium alienatio † inhibita marito non eſt, ut patet *ex l. 3. § 2. de fuis & legit. l. 3. Cod. de iur. dot. l. ult. C. de ſerv. fign. dat man.* quod & diſerte ſcribit Theophil hic, alienando res dotales maritum trausferre dominium excepto prædio dotali. Neque obſtat limitatio *ſi ſolvendo ſit d. l. 1. § verum 21. de manumiſſ.* quoniam talis maritus cenſetur in fraudem id facere uxoris, quæ præſumitur dotem mox repetitura, & factura divortium; idque jure Juſtinianeo minus dubium eſt, quo etiam conſtante matrimonio, hoc caſu dotem repetere poteſt uxor *l. ubi 29. Cod. de iur. dot. l. ſi conſtante 24. D. ſolut. mat.* qui locus procul dubio à Tribon. eſt interpolatus. Errant adeo manifeſte Dd qui putant maritum tantum poſſe alienare res mobiles, quæ ſervando ſervari non poſſunt, inepte adducta *l. res 42. de iur. dot.* inepta enim conſequentia eſt, poteſt alienare res fungibiles. Ergo has tantum: ſed iſtas maritus liberrimo jure alienat, tamquam quaſvis res æſtimatas, quia non dantur, ut

eædem

eædem, ſed ut tantundem reſtituatur. Et plus habet juris maritus quam tutor, ideo fruſtra adducitur *l. Lex qua* 22. *C. de adm. tut.*

Invita muliere.] Iſtud mox apertius proponit, quod ex L. Iul. fundum non poterat oppignorare maritus etiam cum conſenſu mulieris, ſed alienare poterat ea conſentiente. Ratio vulgò nota eſt, quod L. Julia voluerit non nimium derogare juri mariti, & proſpicere in caſum in quem maius erat periculum. Facile conſentit mulier in oppignorationem, ex qua nullum oſtenditur periculum præſens: & ſperat mulier maritum luiturum pignus ſoluto debito: proinde omnino hoc ne fieret prohibuit Lex Julia; ſed non ita facile in alienationem, quæ omnino rem ſtatim transfert. Eademque ratio eſt, cur SCto Velleiano irritentur interceſſiones mulierum, in quas ſunt faciliores, ſed non irritentur donationes, in quas mulier minime eſt facilis *l. ſed ſi ego* 4. *in fin. ad SC. Vell.* ubi nominatim hæc ratio redditur, quod facilius ſe mulier obligat, quam donet; eoque non ita fuit neceſſarium in hunc caſum auxiliũ Velleian. & hanc rationem L. Juliæ affert quoque *Theoph. hic.* ſed quoniam tamen mulieres perſuaſæ à maritis poſſunt conſentire alienationi prædii dotalis, non immeritò Juſtinianus hactenus derogavit Legi Juliæ, & diſpoſuit nullam quoque eſſe alienationem, licet ei conſenſerit mulier.

4 *Quamvis ipſius ſit.*] Dotis † cauſam & titulum eſſe habilem ad transferendum dominium, probat *tot. tit. pro dote.* nec enim alias ex hac cauſa præcederet uſucapio: & §. *unde in rebus ſup. de uſucap.* ibi, *aut dotis nomine dederit* §. *per traditionem* 41. *in fi. ſup. de rer. diviſ.* ibi, *donationis aut dotis*: & amplius marito dominium adquiri probant *l. dotis* 7. §. *ſi res* 3. *de iur. dot. l.* 1. *dotale* 13. §. 2. *de fund. dot. l. quoties* 47. §. *uls. de fund. dot. l.* 3. §. 1. *de public. act. l. ſi prædium* 13. *C. de iur. dot.* neque neceſſaria fuiſſet L. Julia prohibens alienari prædium dotale, niſi maritus dominus fuiſſet; idque & arguit effectus, quod actiones quæ dominis dantur, pro re dotali competunt marito *l. dote* 9. *Cod. de rei vind. l. de his* 11. *C. de iur. dot.* & ſervus dotalis heres inſtitutus, juſſu mariti adit aut repudiat hereditatem *l. ſervus* 58. *ſolut. matrim.* argumentum etiam certum eſt, quod ſoluto matrimonio uxori pro repetenda dote olim non niſi actio perſonalis competebat. Quæ omnia confirmant maritum effici dominum rerum etiam non æſtimatarum, ſed nimirum dominium habet non abſolutum & irrevocabile, ſed repocabilo, ſublata cauſa quæ eſt dos, & tollitur ſoluto matrimonio, quod ubi accidit, maritus rem reſtituere uxori tenetur, quod non tenetur facere ubi res ſunt æſtimatæ, quas & libere alienat, & ſoluto matrimonio precium reſtituit, qua conſideratione de hoc caſu in ſpecie reſcriptum eſt, marito dominium quæri *l. 5. C. de iur. dot.* ſcil. perpetuum & irrevocabile, quamvis ex textibus præſertim Codicis, argumentum à contrario ſenſu & quidem contra expreſſos textus nullam vim habeat. Iſtud autem plane novum & rationi juris veteris contrarium eſt, quod Juſtin. *in l. in rebus* 30. *in pr. C. de iur. dot.* uxori etiam pro rebus æſtimatis actionem in rem concedit, quod tamen de utili accipiendum eſt, & quidem ſoluto matrimonio in ſubſidium, ubi maritus non eſt ſolvendo, & alii creditores cum uxore concurrunt. Itaque nec attendendum eſt, quod *in d. l.* 30. ſcribit Juſtinian. naturaliter rem dotalem in dominio uxoris permanſiſſe; quod ita ſcribere neceſſe habuit, ne alias videretur contra rationem dediſſe actionem in rem, quamvis tamen fatendum eſt, ineſſe hic aliquid juris civilis, quod maritus ſit rei dotalis dominus: Nam ut maxime nuptias & dotis quoque dationes à jure gentium eſſe fateamur, non tamen ob id conſequitur, hoc quoque eſſe juris gentium, ut maritus ſit dominus dotis, cum ſatis eſſe poſſit, ſi maritus interim habeatur pro fructuario, cum nec multo plus civili jure habeat in effectu, ſiquidem ſi cæciderit arbores, earum pretium, ſi in fundo theſaurum repererit, ejus dimidium tanquam inventi in alieno cogitur reſtituere uxori *l. fructus* 7. §. *ſi fundum* 17. *ſol. matr.* & omnino intuitu ſoluti matrimonii, res dotalis qualis aliena mariti habetur *l. Pomponius* 6. *de pact. dot. l. in rebus* 17. *de iure dot. l. ſi conſtante* 24. §. *ſi maritus* 5. *ſolut. matrim. iunct. l.* 8. §. 1. *qui ſatisd. cog.* & licet ſervus dotalis mariti juſſu adeat, ſi ſit heres inſtitutus, lucrum tamen (quia in fructu hoc non eſt) ad uxorem pertinet *l. ſervus* 58. *ſol. mat.* hinc etiam quod legatur ſervo dotali, non marito, ſed uxori quæritur, ita ut ſcilicet poſt ſolutum conjugium ei ſit reſtituendum *l.* 3. *de fund. dot.* Ex quo ipſo huius controverſiæ explicatio ſumenda eſt, quod nimirum cum ſoluto matrimonio uxor jus habeat repetendi dotem, eamque maritus reſtituere cogatur, videatur dos quodammodo non tam mariti quam uxoris eſſe, quo reſpectu etiam proprium filiæ patrimoniũ dici videtur *l.* 3. §. *ergo* 5. *de minorib.* quamvis illud potius dicatur ad diſtinctionem dotis à profectitio peculio, & comparative non ad maritum,

tum, ſed ad patrem, quod licet dos ſit profectitia, tamen proprium quoddam eius in ea filia habeat, de quo alibi tractatur. Plane autem hac conſideratione dicitur, *in l. quamvis 75. de iur. dot.* quamvis dos ſit in bonis mariti, tamen eſſe mulieris. Quod autem quidam hic inter dominium Quiritarium & bonitarium ex ratione juris veteris diſtinguunt, & huc etiam afferunt, quod itidem *in l. 7. §. ſi res de iure dot. & in l. Lucius 21. §. Idem 4. ad munic.* dos in bonis mariti eſſe dicitur, ex his cauſis admitti non poteſt. 1. Quod plurimis locis maritus ſimpliciter dominus appellatur. 2. Quod cauſa dotis ſimpliciter confertur cum titulis & cauſis, ex quibus adquiritur etiam dominium bonitarium. 3. Quod pro dote titulus, eſt habilis ad uſucaptionem, quæ eſt modus adquirendi dominium Quiritarium. 4. Et præcipue, quod diſtinctio dominii bonitarii & Quiritarii, non pendet à titulo & cauſa adquirendi, ſed à qualitate & diverſitate modi, quo res accipitur & transfertur, & non dubium eſt, olim rerum mancipi, ſimplici tantum interveniente traditione, dominium tantum bonitarium translatum fuiſſe, interveniente vero mancipatione & nexu, aut ceſſione in jure, translatum fuiſſe Quiritarium: vix autem quis dubitare poſſit, quin etiam res dotalis per aliquem eorum modorum transferri potuerit, ex quibus hoc dominium adquirebatur, quos refert *Vlp. tit. 19. de adquiſit. rer.* ſed plus ſatis de iſta quæſtione.

In rebus quæ Italica fuerant.] Ergo prædium dotale provinciale ſtipendiarium & tributarium maritus libere potuit alienare, quod durius videtur, poſtquam præſertim ab Antonino omnes quoque provinciales cives Roman. effecti ſunt. Et licet earum rerum & ſc. prædiorum iſtorum non eſſet Quiritarium dominium: tamen erat jus valde affine dominio, & qui omne emolumentum poſſeſſori præſtabat, excepto quod ſtipendium ſolvendum erat. Et ita fiebat, ut mulier eſſet indotata in provinciis alienato prædio: ſi maritus forte non eſſet ſolvendo. Hottomannus putat id per conſequentiam effectum, quod Lex Iulia de civib. Romanis tantum locuta eſſet, ea prædia & bona tantum, quæ Juris Italici erant, utebantur jure civili. Et ante L. Juliam quoque quæ poſterioribus temporibus lata fuit, remedia fuerunt quibus conſuleretur uxoribus: nec proinde adeo abſurdū, ſi in provinciis non obtinuit ea Lex. Sed Juſtin. hoc quoque mutavit, hic & *in l. nn. §. Et cum 15. C. de rei ux. act.*

Alienationes.] Alienatio hic ut & alibi ſignificat omnem actum per quem dominium transfertur *l. 1. C. de fund. dot.* adeo nec legari poteſt *l. de talem 16. de milit. teſt.* Pertinet Lex etiam ad uſucapionem, ut dotale prædium uſucapi non poſſit juxta *l. ſi fundum 16. de fund. dot.* & quorum Lex alienationem vetat, in his uſucapioni locus non eſt, ex ratione *l. ſi ab eo 11. de uſucap. l. qui fundū 7. §. quo ſciens pro empt.* Et habet Lex locum in quovis marito etiam milite *d. l. 16.* quin & in ſponſo *l. 4. de fund. dot.* Illud denique addendum, quod Lex Julia non tantum pertinet ad fundum in dotem datum, ſed etiam ad eū quem mulier per ſervum dotalem adquiſivit *l. 3. de fund. dot.*

Ne ſexus fragilitas.] Ratio eſt, ob quam nec conſentiente muliere alienatio rata eſſe debet, quæ ob fragilitatem mulier facile perſuadetur.

TEXTVS.

2. Contra autem creditor, ex pactione pignus, quamvis eius ea res non ſit, alienare poteſt. Sed hoc forſitan ideo videtur fieri, quod voluntate debitoris intelligitur alienari pignus, qui ab initio contractus, pacto eſt, ut liceret creditori pignus vendere; ſi pecunia non ſolvatur. Sed ne creditores jus ſuum perſequi impedirentur, neq; debitores temere ſuarum rerum dominium amittere viderentur, noſtra conſtitutione eſt conſultum, & certus modus impoſitus eſt, per quem pignorum diſtractio poſſit procedere: cuius tenere utriq; parti creditorum & debitorum ſatis abundeq; proviſum eſt.

COMMENTARIUS.

ALienandi jus, eſt effectus dominii, ſi modo etiam competat jus adminiſtrandi, ut notatum ad *pr. tit.* Conſequens hinc eſt, ut dominus alienare poſſit, & ut qui non dominus eſt, non poſſit, & hoc procedit expeditius: ſiquidem cum alienationis effectus ſit, translatio dominii, qui iſtud non habet, nec transferre poterit. Limitatio eſt expeditiſſima & certiſſima, ut qui non eſt dominus poſſit alienare voluntate domini, veluti qui mandatum habet de alienando §. *Nihil autē 43. ſup. de rer. div.* Quin revera iſta limitatio non eſt, ſiquidem dominus ipſe ita videtur alienare. Adeo nec vera erit limitatio, quæ hic proponitur de creditore, qui debitore non

Digitized b gl

non ſolvente, alienat rem pignoratam, & ſcilicet, qui alienat, ut Juſtin. hic proponit, ex pactione, qua conventum eſt ab initio, ut creditori in jam dictum caſum pignus vendere liceret. Propius accedit ad limitationem, ſi nihil ſit conventum expreſſe de alienando, ſed pignus ſimpliciter fuerit datum. Neque enim quod pactionis hic meminit Juſtinianus, exiſtimandum eſt, eam eſſe neceſſariam; ſed imo licet nihil dictum ſit, jus vendendi competit creditori ex natura pignoris, quod in debiti ſecuritatem datur; adeo quidem ut licet conventum ſit, ne diſtraheretur pignus, trina tamen denunciatione præcedente vendere liceat, ut eſt ſcriptum *in l. 4. de pignor. act.* quia cenſetur inutile pignus, quod non liceat diſtrahere; adeoque pactum tale eſt contra pignoris naturam. Itaque cum hoc naturæ pignoris inſit omnimodo, ut diſtrahere liceat, videatur nec iſta vera eſſe limitatio, ſed ſemper intelligi tacite quaſi conventum, ut debitore non ſolvente pignoratam rem diſtrahere liceat creditori.

Sed ne creditores.] Olim liberius erat jus diſtrahendi quod coercuit Juſtin. *in l. ult. C. de iur. dom. imp.* Et ſicut noluit ademptum creditorib jus quæſitum, ita etiam proſpexit debitoribus, ne facile res ſuas amitterent: & diſpoſuit, ut poſt elapſum demũ biennĩ à denuntiatione vendere non liceat; ut nimirum interea ſpacium debitor legitimum habeat expediendi ſolutionem. Et cum fine controverſia Juſtin. hic intelligat *d. l. ult. C. de iur. dom. impet.* & hic indefinite diſtractione pignoris agat: hinc apparet manifeſto errare Donellum, qui *d. l. ult.* & ſolemnitates ibi requiſitas ad caſum ſingularem reſtringit, quo creditor cupit adquirere & impetrare dominium rei pignoratæ: cum præterea nec hoc ſit ſingulare, ſed ita ſemper obtineat, ut ſi res pignorata venum expoſita, non reperiat emptorem, tum demum creditor ſupplicare principi poſſit, ut pro debito rei pignorata dominii jure ſibi addicatur. Apparet autem ex *d. l. ult. C. de iur. dom. impet.* falſum eſſe, quod Weſembec. ſcribit, non eſſe opus denuntiatione aliqua præcedente, niſi hoc conventum ſit: quippe eum expreſſe *dict. leg. 3* denuntiationem requirat: & rationi plane repugnat, ut debitori prius non monito de ſolvendo pignus diſtrahi poſſit: contra quam & olim obtinuiſſe patet ex *l. debitores 50. Cod. de pignoribus l. creditor. 4. Cod. de diſtract. pign.* & inepte in contrarium adducitur § *appellamus 15. de action.* Longe enim aliud eſt, creditorem qui convenire aliquem in judicio vult, non habere neceſſum ut prius ei denuntiet actionem, vel alias admoneat: & debitore non monito de ſolvendo, poſſe diſtractionem pignorum fieri: cum præſertim debitoris magnum hic verſetur præjudicium, qui amittit rem ſuam ut docet expreſſe hic Juſtinianus iſtis verbis, *ut debitores temere ſuarum rerum dominium amittere viderentur*: & omnino indiſtincte in *d. l. ult. Cod. de iur. dominii*, requiritur denuntiatio præcedens: quem textum nimis quam abſurde Weſembec refert ad caſum, quo convenit; ne pignus diſtrahatur, abſurde etiam *Ioh. de Plat. poſt Ang.* reſtringit ad caſum fœneratoris; cum ſimpliciter loquatur de creditore, adeo etiam ſi ſine uſuris pecunia data ſit; quin ex quocunque etiam contractu. Nec poteſt pignus diſtrahi, niſi ſi pecunia debita non ſolvatur, h. §. atquin non poteſt imputari debitori, quod non ſolverit, ſi prius interpellatus non fuerit, cum nec antea conſtituatur in mora. Et licet ponas ipſo jure debitorem eſſe in mora, ſi forte ad diem ſoluturum ſe pecuniam promiſerit tamen quo ad jus diſtrahendi pignoris, debitorem prius interpellatum eſſe oportet. Adeoque etiamſi convenerit, ut liceat diſtrahere, tamen denuntiatione opus eſt: non tamen hic requiritur lapſus biennii; ſed duobus reliquis caſibus, ubi aut nihil actum, aut ut ne diſtraheretur actum eſt: hac differentia, ut hoc caſu pronuntietur: quæ triplex denuntiatio olim ſufficiebat intra minoris temporis ſpatium; ubi autem nihil actum erit unam denuntiationem ſufficere communiter placeer, quamvis *Paul. 2. ſentent. de pignorib.* Et hoc caſu tres denuntiationes requirat: atque ita ſecundum eum nulla erit differentia, ſive de vendendo actum non ſit, ſive actum ſit ne vendatur: quamvis id non ſatis videatur convenire ſententiæ *Vlp. in l. 4. inf. de pignor. act.*

Quamvis eius ea res non ſit.] Etenim pignore dominium mutatur, ſed res in ſecuritatem obligatur creditori.

Alienare poteſt.] Eo effectu, ſicut ſi dominus alienaret, ut in accipientem & ementem transferatur dominium *l. qui à creditore 18. Cod. de diſtrah. pign. l. 4. in pr. de pign. act.*

Creditore pignus.] Pignus in ſpecie dicitur cuius poſſeſſio in creditorem eſt tranſlata *l. 9. §. 3. de pign. act.* Quod ſi res tantum pignori obligata, & poſſeſſio ejus penes debitorem vel alium eſt, debitore non ſolvente, prius actione Serviana rem creditor evincit §. *Item Serviana 7. inſt. de act.* & tum eam

distrahit. Vendit autem creditor pignoratam rem ei fini, ut ex precio sibi de debito satisfiat, adeo quidquid ultra debitum consecutus est, pro eo restituendo, sibi, pignoratitiam actionem debitor habet *l. quamvis 6. §. ult. de pign. act. l. quæsitum 9. de distr. pign.* sicut ibidem si minus debito consecutus fuerit creditor, residuum jure, persequi potest *l. 3. Cod. de distr. pignor.*

TEXTVS.

3. Nunc admonendi sumus, neque pupillum neque pupillam ullam rem sine tutoris autoritate alienare posse. Ideoq; si mutuam pecuniam alicui dederit, sine tutoris autoritate, non contrahit obligationem: quia pecuniam nō facit accipientis. Ideoque nummi vindicari possunt, sic ubi extant, sed si nummi, quos mutuo minor, dederit, ab eo qui accepit, bona fide consumpti sunt, condici possunt: si mala fide, ad exhibendum de his agi potest.

COMMENTARIVS.

1 *Pupillus an possit amittere possessionem.*
2 *De casu nummorum solutorum à pupillo, & consumtorum.*
3 *De oppositione condictionis & actionis ad exhibendum.*
4 *Hottomanni errores explosi.*
5 *Singularia de actione ad exhibendum.*

PErtinet ad primum membrum huius tit. quo dominus alienare non potest: ex perspicua ratione, quia pupillus tutorem habens, administrare sua bona non potest. Itaque omnis à pupillo facta venditio, aut permutatio ipso jure nulla est, sine tutoris autoritate, ut est in pr. *huius §.* Et an igitur cum tutore pupillus res quasvis potest alienare? Utique olim potuit, exceptis prædiis rusticis, in quibus opus erit decreto magistratus. Postea magis potestas tutoris hac in re cōstricta *l. lex qua 22. C. de admin. tut.* Et hinc est, quod juxta *verf. & ideo h.* si pupillus mutuam pecuniam det, non contrahat obligationem; quoniam mutuum non contrahitur, nisi dominium transferatur in debitorem *h. § l. 2. §. 2. de reb. cred.* & in genere ita obtinet, ut pupillus ex contractibus suis nullo modo obligetur, & nec actio personalis contra eum competat, ut dictum *supr. libr. 1. de autor. tut.* Et hinc etiam est quod in extremo huius tit. dicitur pupillum non posse solvere etiam quod ex obligatione efficaci debeat, quæ forte à patre in eum descendit, quia effectus solutionis est translatio dominii, quæ si non fiat, non potest liberatus intelligi debitor, *h. t. in f. obligari 9. §. 2. de autorit. tut.* Et igitur nec mutuum dando obligationem adquirit pupillus: nec solvendo debitum liberatur: Sed utrobique vindicatio est nummorum, quorum dominium non discessit à pupillo, *h. §.* At scrupulum facere possit, quod cum non possit vindicari res cuius possessio-
1 nem quis adhuc habet, pupillus non videtur † amittere possessionem sine tutore, nec naturalem quidem, ut est in *l. pupillus 11. de adq. rer. dom.* cui tamen videtur contradicere *l. possessionem 29. de adq. poss.* quæ affirmat pupillum posse sine tutore amittere possessionem, quatenus facti est, & in corpore consistit; quod satis est ut vindicatio locum habeat, maxime in reb mobilibus, *arg. l. efficium 9. de rei vind.* idque & rationi convenit. Et respondebo ad *d. l. 11. de adq. rer. dom.* quod non possit perdere naturalem possessionem; sicut alius potest, qui & animo solo eam perdit, & desertione; at nos ponimus casum, quo pupillus rem naturaliter, & corporaliter, in alium transtulit. Nec dubium est hoc ita obtinere, ubi nummi adhuc exstant. Quid autem si consumpti sint? Distinguitur: an qui ac-
2 cepit, bona an mala fide † eos consumpserit. Vel potius distinguendum, an pupillus solutionis caussa nummos dederit, an obligationis contrahendæ causa. Illo casu, ubi videl. debitum justum fuit, non ab ipso pupillo sine tutore contractum, (quo casu omnimodo nummorum condictio est *l. interdum 29. de cond ind.*) consumptis nummis pupillo adquiritur liberatio, sive sciens pupillum debitor eos acceperit & consumpserit, sive ignorans: hoc inutile est pupillo ut liberetur, quo casu efficaciter ad solvendum conveniri potuisset; & ita distincte responsum est in *l. nemo nis 19. §. 1. de reb. cred. l. quod si 14. §. ult. de solut.* & cum utique sciat creditor sibi deberi, non videtur esse revera in dolo; nisi hactenus, quod à tutore vel ejus autoritate pecuniam accipere debebat. Et tamen in *l. 9. §. 2. de aut. tut.* proponitur bona fide pecuniam fuisse consumptam. An hoc forte adjectum, ut tanto minus ea de re dubitari posset? an facit hoc subtilis ratio civilis juris, ut qui mala fide pecuniam consumpsit, non possit eam consumsisse videri tamquam ex debiti causa solutam. Existimarim plane nec maxime subtili jure ad exhibendum conveniri possit debitor

bitor, eum fore tutum exceptione, ne reſtituere cogatur, quod poſtea jure ſuo iterum petere poſſet: cum et dolo faciat, qui petat, quod reſtituturus eſt. Quid autem ſi nummi quos ſoluit pupillus fortuito caſu perierint, incendio, ruina, rapina, an pupillo damnum erit? Et quidem vulgo traditur, rem perire domino. Sed recte probant communiter Dd ad pupillum non pertinere jacturam quoniam hoc fit ob pupilli perſonam, ut dominium nequeat pervenire recta ad debitorem, ſed hoc non poteſt, nec debet conditionem debitoris, qui à pupillo pecuniam accepit in aliis facere meliorem, ſed omnia quo ad iſtud & alia perinde habebit, ac ſi non pupillus ſolviſſet pecuniam, ejuſque dominium in accipientem creditorem translatum fuiſſet. In altero caſu, ubi obligationis contrahendæ cauſa, & v.c. pecuniam mutuam dedit pupillus, non habet dubium, quod qui mala fide pecuniam conſumpſit, ad exhibendum teneatur, juxta hunc §. *inf.* Sed qui bona fide conſumpſit, teneatur condictione quaſi ex mutuo, *h.* §. quoniam conſumptio iſta eſt modus quidam adquirendi dominium, & facit adeo, ut mutuum quod ab initio inutiliter contractũ erat, quodammodo convaleſcat, ut communiter notat *Dd. ex l. rogaſti* 11. *inf. cum* 2. *ll ſeqq. de reb. cred.* & ad eundem modum diſtinguitur in *d. l.* §. *ult.* & ita Theoph. hic, ὅτε γὰρ οὐκ ἐπίσχεν τὸν χρεώφιλον ἀπὸ τοῦ ἐκδικῆσαι τὸ δάνεισμα τῷ πρὶν ὑπὸ καλῆς πίστεως δοθέντι.

3 id eſt: quod non fecit pecuniæ numeratio, ut conſtitueretur mutuum, id facit, bona fide ſecuta conſumptio. Hoc autem amplius notandum, non accipiendam æqualiter † iſtam oppoſitionem condictionis & actionis ad exhibendum, ubi bona vel mala fide res conſumpta eſt, nam illo caſu tantum eſt condictioni locus, non etiam actioni ad exhibendum: at hoc caſu equidem excluditur condictio tanquam ex mutuo: ſed non protinus omnis condictio, nam cum etiam contra prædonem, qui mala fide fructus conſumpſit, condictio detur *l. pen. de cond. ſine cauſ. l* 4. *in f. C. de crim. hared. expil.* quidni etiam condictioni poſſit dari locus contra hunc, qui mala fide conſumpſit, cum præſertim *ſup. in* §. *ſi tamen* 27. *de rer. div.* oſtenderimus, non obſtare malam fidem, quominus per conſumptionem, aut alios id genus modos dominiũ adquiratur. Itaque ſi quis mitius agere & hic velit, recte utetur condictione. Sed Juſtin. voluit proponere actionem graviorem, quæ eſt ad exhib. in qua juratur in litem, quoniam, qui mala fide conſumpſit tenetur, tamquam ſi rem dolo malo deſierit poſſidere. Explodendi autem hic nobis

4 & confutandi ſunt errores Hortomanni † hoc loco. Ait dari ita actionem ad exhib. ut poſt in rem agatur per *l.* 3. §. 3. *ad exhib.* Ego iſtud autem in noſtris terminis falſum eſſe dico. Actio nimirum iſta ad exhibendũ, tum præcedit actionem in rem, cum res mobilis ſeparatim extat apud poſſidentem, ſed cujus qualitates non novit exacte dominus, quæ in rei vindicatione exprimendæ ſunt *l.* 6. *de rei vind.* quas ut exprimere poſſit dominus, prius agit, ut ſibi res exhibeatur. Deinde

5 actio ad exhibendum præparatoria † eſt vindicationis, ubi res ita extat apud aliquem, ut propter conjunctionem cum alia re poſſeſſor ſummo jure rei dominium conſecutus eſt, ita ut vindicari res non poſſit: & hoc caſu effectus eſt actionis ad exhib. ut res ſeparata poſtmodum vindicari poſſit, §. *ſi tamen* 27. *ſup. de rer. div. l. gemina* 6. *ad exhib. l. in rem* 23. §. *item* 5. *de rei vind.* Extra hoc caſus actio ad exhibendum nullam poſt ſe habet vindicationem; veluti ubi, qui rem tenebat, eam dolo malo poſſidere deſiit, quod & factum intelligimus, ubi res dolo malo conſumpta eſt: totum enim quod & quantum poteſt, conſequitur actor per hanc actionem ad exhib. ut intereſſe præſtetur, vel jurata æſtimatio §. *ſi ad* 3. *in fin. infr. de offic. jud.* ſiquidem perinde eſt, contumaciter rem non reſtituere & dolo malo feciſſe, quominus reſtitui res poſſit, illo autem caſu certo jure in litem juratur *l.* 3. §. 2. *ad exhib.* quod ſi æſtimationem juratam vel omne intereſſe actor conſecutus ſit, nihil habet amplius, quod alia actione & rei vindicatione perſequatur. Ait porrò Hortmannus, licet, qui rem dolo malo poſſidere deſiit, utili in rem actione teneatur, tamen quia actio ad exhib. directa ſit, eam potius Juſtinianum propoſuiſſe; quod & Cujac. in notis conſiderate adſcripſit. Enimvero rurſus omnino falſum eſt, quod contra eum, qui rem dolo malo poſſidere deſiit, detur directa actio ad exhibendum: Fieri enim non poteſt, ut directa actio hic habeat locum, cum ut res exhibeatur, impoſſibile ſit, ut hic ſaltem color ſit, quod dolus hactenus ſit pro poſſeſſione, quæ cum fictio ſit, utili actioni facit locum: nec hac in re ulla inter actionem ad exhib. & rei vindicationem differentia dari poteſt. Utraque contra poſſidentem directa, utraque contra eum qui dolo poſſidere deſiit, eſt utilis. At quæ ratio igitur eſt, cur non potius actio in rem utilis proponatur, quæ utique etiam pro re mobili competit? Subtilis & vera ratio eſt, quod hæc actio ad exhib. eſt præparatoria actionis in rem, & in caſu vero & in ficto; id eſt ſive de

utili

utili ſive directa actione in rem quæratur. Igitur, ſicuti actio ad exhibendum directa, præparatoria eſt vindicationis, ubi res mobilis extat apud poſſidentem; ita & actio utilis ad exhibendum, eſſe debet præparatoria actionis in rem, ubi rem dolo malo reus poſſidere deſiit. Fit autem ex accidenti, ut actio in rem non poſſit ſequi hoc caſu: ſicut nec ſequitur ubi reus conventus directa actione ad exhib. rem quam revera poſſidet, contumaciter reſtituere recuſat, ſiquidem propter contumaciam ex ipſius actionis ad exhib. natura juratur in litem; quo facto cum conſequatur actor, quod agendo in rem conſecutus fuiſſet, non habet, quod jam alia actione utatur. Idem autem eſt ut diximus; ſive reus contumaciter non reſtituat, ſive ante dolo fecerit, quominus eam reſtituere poſſit. Quæ omnino notanda ſunt.

TEXTVS.

4. At ex contrario omnes res pupillo & pupillæ ſine tutoris autoritate recte dari poſſunt. Ideoque ſi debitor pupillo ſolvat, neceſſaria debitori eſt tutoris authoritas: alioqui non liberabitur. Sed hoc etiam evidentiſſima ratione ſtatutum eſt in conſtitutione quam ad Cæſarienſes advocatos ex ſuggeſtione Triboniani viri eminentiſſimi, quæſtoris ſacri palatii noſtri promulgavimus, qua diſpoſitum eſt, ita licere tutori vel curatori debitorem pupillarem ſolvere, ut prius judicialis ſententia ſine omni damno celebrata hoc permittat: quo ſubſecuto, ſi & judex pronuntiaverit, & debitor ſolverit, ſequatur hujuſmodi ſolutionem pleniſſima ſecuritas. Sin autem aliter quam diſpoſuimus, ſolutio facta fuerit, pecuniam autem ſalvam habeas pupillus, aut locupletior ex ea ſit, & adhuc eandem pecuniæ ſummam petat, per exceptionem doli mali poterit ſubmoveri. Quod ſi male conſumſerit, aut furto, aut vi amiſerit, nihil proderit debitori doli mali exceptio, ſed nihilominus condemnabitur: quia temere ſine tutoris autoritate, & non ſecundum noſtram diſpoſitionem ſolverit. Sed ex diverſo pupilli vel pupillæ, ſolvere ſine tutoris autoritate non poſſunt; quia id quod ſolvunt, non fit accipientis: cum ſcil. nullius rei alienatio eis ſine tutoris autoritate conceſſa ſit.

COMMENTARIVS.

PUpillus ſine tutore conditionem ſuam poteſt facere meliorem, & ſine eo ſibi adquirere *in prin. ſup. de aut. tut.* At eum modum hic dicere videtur Juſtinianus, licet pupillus ſolvere non poſſit, ſicut neque poteſt obligari *d. princ.* tamen ei recte ſolvi poſſe, etiam ſine tutoris autoritate. Sed comparationem hanc ineptam eſſe ex eo apparet, quod Juſtin. mox ait, ſi debitor pupillo ſolvere velit, neceſſariam eſſe tutoris autoritatem. Et igitur falſum eſt, quod ei ſine tutoris autoritate omnes res ſolvi poſſunt. Et omnino inepte iſta ita ſimpliciter proponuntur, eaque de cauſa Weſemb. aliquid ſub intelligendum eſſe putat, aut pro *ideoque* legendum, *quamquam*, ſed nimirum hactenus pupillo recte ſolvitur, quod ipſe nullum damnum inde ſentit; & hoc modo accipiendum eſt prin. hujus §. Sed ſi velit debitor eſſe ſecurus, male omnino ſolvet pupillo ſine tutoris autoritate, (pupillo ſc. debitori; nam ſi adjectus ſit ſolutioni per ipſum creditorem, recte ei etiam ſine tutore ſolvitur *l. ſi ſtipulatus* 11. *de ſolutio*) quippe cum hoc modo omnimodo ipſo jure non liberetur, ſed demum ope exceptionis ſi pupillus vel pecuniam adhuc habeat penes ſe, aut illam utiliter expenderit, vel locupletior inde vel certe non ſit factus pauperior *l. in pupillo* 47. *de ſolut.* Hoc enim cum æquitati repugnet, ut bis idem conſequatur pupillus obſtat ei rurſus petenti exceptio doli mali *h. §. ver. ſin autem. l. pupillo* 15. *de ſolut. l. ult. C. pro empt. l.* 4. §. *ſi quis* 4. *de doli except.* quæ eadem æquitatis ratio facit, ut licet pupillus ſummo jure non obligetur, tamen ſi locupletior ſit factus, ex re alterius, utili actione conveniatur *l. pupillus* 5. *in fin. princ. de autorit. aut. l. naturaliter* 13. *in fin. cum l. ſeq. de cond. indeb.* Conſequenter ſi pupillus, qui rem accepit, locupletior factus non ſit, debitorem nulla exceptio defendit, ſed iterum ſolvere cogitur *h. §. verſ. quod ſi male.* quantum ſcilicet pupillo abeſt, nam ſi partem utiliter impenderit, aut penes ſe habeat, in par-

Digitized by Google

in partem eam exceptio doli utilis erit. Debitor itaque ſolvere debebat pupillo autore tutore, vel ipſi tutori, quo caſu liberari tutorem ipſo jure reſpondet Juriſconſultus in *l. Lucr.* 46. §. *tutela C. de adminiſtr. tut.* Sed Juſtinian. hoc amplius accedere voluit, ut autoritate judicis fieret ſolutio *l. ſancimus* 25. *C. de adminiſtr. tut.* ad quam conſtitut. ſe hic refert in *verſ. ſed hoc etiam*, & fallitur Hottom. qui negat exſtare conſtitutionem illam, cujus hic meminit ipſa enim verba hujus loci & *d. l.* 25. arguunt, eam ipſam intelligi conſtitutionem, & non concludit ejus ratio, quod illa *l.* 25. ſit inſcripta Johanni præfecto prætorio, non advocationi Cæſarienſi: nam & *l. ult. C. de poſt.* recte dicitur ſcripta ad Cæſarienſes advocatos, quorum in *pr. l.* mentio fit, licet eadem ibi ſit inſcriptio ad eundem Johannem; in cujus auditorio Cæſarienſes Advocati militabant. Sed & ut Weſembec. putat, poteſt ad utroſque diverſo tempore ſcripta & miſſa fuiſſe. Ita facta ſolutione ſequitur pleniſſima ſecuritas citra periculum reſtitutionis; quia debitor tenetur ſolvere ex neceſſitate. Itaque non obſtat, quod minori detur reſtitutio contra alienationem ex decreto factam *l. ſiquidem* 11. *C. de prad. minor.* Quod ſi tutor hoc omiſerit, & debito fine ſolennitate iſta ſolverit, non erit debitor ſecurus omnino. Sed ſi tutor ſolvendo non ſit, pupillus in integrum reſtitutionem habebit: quod tamen in ſolutione ſortis, non etiam redituum annorum neceſſarium vult eſſe Juſtin. *d. l.* 25. quod declarat ipſe & limitat *l. conſtit.* 27. *C. eod. tit.* ſi non excedant metas biennii, aut ſummam centum ſolidorum. Debet autem ſententia judicialis celebrari ſine omni damno, ut loquitur Juſtin in *d. l.* 25 *& h.* §. id eſt, ut ne eo nomine impenſas pupillus facere cogatur; in judicem ſcribas, aut viatores. Ad extremum notandum eſt, Iſta tantum videri pertinere ad pupillos, quos etiam nominatum ſæpius ita appellat, de quibus etiam verbum *minoris*, quo poſt pr. §. utitur, accipiendum eſt, adultos enim non omnino nulliter contrahere & agere judicio eſt, *l.* 2. §. *ſi à pupillo* 15. *pro emptore*, de qua re alibi tractatur. Et conſtat, rectius etiam ſolvi minori per *l.* 7. §. 2. *de minorib.* Et Juſtin tamen hic conjungit tutorem & curatorem; & in multis ſane pupillus & minor, præſertim curatorem habens & ubi de alienatione rerum quæritur conveniunt; quod etiam probat *l. Lex qua C. de admin. tut. & Dd. d. l.* 2. §. 1 *c. pro empt.* ad res mobiles referre ſolent. Dicitur conſtitutio *l.* 25. *C. de adm. tut.* lata ſuggeſtione Tribon. QVÆSTORIS: qui ita appellatur relatione ad tempus quo emiſſa fuit conſtitutio; ſed tempore Inſtitutionum editarum jam finita erat quæſtura, ut ex procem. Inſtit. apparet.

Sed ex decreto.] Hoc explicavimus ad §. præced.

AD TITVLVM IX.

LIBRI SECVNDI Inſtitutionum.

PER QVAS PERSONAS NOBIS *adquiritur.*

TEXTVS.

Adquiritur nobis non ſolum per noſmet ipſos, ſed etiam per eos quos in poteſtate habemus: item per ſervos, in quibus uſumfructum habemus; item per homines liberos, & per ſervos alienos, quos bona fide poſſidemus: de quibus ſingulis diligentius diſpiciamus.

COMMENTARIVS.

EST enumeratio perſonarum per quas adquirimus, ſed non æqualiter, nec eodem modo: adeoque diligentius, & diſtinctius, de ſingulis diſpiciendum eſſe ait. Adquirimus ſcilicet, aut immediate per noſmet ipſos, aut per alios mediate, quos in poteſtate habemus, qui vel ſunt liberi noſtri, vel ſervis & adquirimus vel omnimodo & omnia, vel non omnimodo nec omnia. Et citra liberos ſubjicitur diſtinctio mox in *ſeq.* §. 1. De ſervis in §. 3. *&* 4. omnino enim ut quis nobis adquirat, aliqua oportet eſſe ſubjectum, & qua talis nobis ſolum modo adquirit. Et juxta *dict.* §. 3. *&* 4. ita diſtinguēdi ſunt ſervi, quod alii ſunt plene noſtri, alii non plene, & hoc vel ratione proprietatis quæ pro parte noſtra eſt (qui dicuntur ſervi communes de quib. nihil hic, ſed *inſr. de ſtipul. ſerv. & per quas perſ. oblig. adquir.* tractatur) vel uſusfructus, quem tantum habemus. Et rurſus vel ſunt vere ſervi, vel non verè, ſed interim pro talibus habentur vel uti quos bona fide pro ſervis, aut noſtris ſervis poſſidemus, & ſunt vel ſervi alieni vel homines liberi

conditionis ſuæ ignari, de quibus ſingulis mox explicatius tractatur. Illud parum intereſt, an hic & in ſeqq. legatur in ſecunda perſona, *adquiritur vobis*, ut habent vulgatæ editiones an in prima perſona *Nobis*. quod magis probant *Cui. Bar. VVeſemb. arg. l. adquiruntur* 10. *de adquirend. rerum domin.* quam lectionem etiam Theoph. expreſſit.

TEXTVS.

2. Igitur liberi noſtri, utriuſque ſexus quos in poteſtate habemus, olim quidem quidquid ad eos pervenerat, (exceptis videlicet caſtrenſibus peculiis) hoc parentibus ſuis adquirebant, ſine ulla diſtinctione: & hoc ita parentum fiebat, ut etiam licentia eis eſſet, quod per unum vel unam eorum adquiſitum eſſet, alii filio vel extraneo donare, vel vendere, vel quocunque modo voluerant, applicare. Quod nobis inhumanum viſum eſt, & conſtitutione generali emiſſa, & liberis pepercimus, & parentibus honorem debitum reſervavimus. Sancitum etenim à nobis eſt, ut ſi quid ex re patris ei obveniat, hoc ſecundum obſervationem antiquam totum parenti adquiratur: quæ n. invidia eſt, quod ex occaſione patris profectum eſt, hoc ad eum reverti? Quod autem ex alia cauſa filiusfam. ſibi adquiſivit, huius uſumfructum patri quidem adquirat, apud eum autem dominium remaneat, nec quod ei ſuis laboribus, vel proſpera fortuna acceſſerit, hoc in alium perveniens luctuoſum ei procedat.

COMMENTARIUS.

1 *Peculium unde dictum.*
2 *Peculii diſtinctio, & unde ſumta.*
3 *An filius quid iuris in peculio profectitio habeat.*
4 *De peculio adventitio extraordinario.*
5 *Quid ſit, ex re patris adquiri.*
6 *Peculium quaſi caſtrenſe.*

DIximus *ſup. lib. 1. ad tit. de pat. pot.* quale ius & quantum ex lege Romuli, & 12. tabb. parentes in liberos habuerint, ex Dionyſ. præſertim Halicarnaſſeo. Secundum quod omnia omnino parenti filiusfam. adquirebat, quod idem autor diſerte ſcribit l. 8. & eo jure nulla penitus fuit peculiorum diſtinctio: & quod in malitia ſibi liberi pararunt, id demum conſtitutionibus Impp. qui oppreſſa Reſpubl. milites ſtudebant ſibi conciliare, ſub titt. caſtrenſis peculii proprium liberorum factum eſt, ut patet ex *tit. 12. infr. in pr. verſ. quod quidem*, ubi ipſe Juſtin. hoc tribuit Auguſto ſecundum quod fallacia homonymiæ eſt, in *prin. huius §. in verbo olim*, olim, ait Juſtin. omne adquiſitum fuiſſe parentibus, exceptis caſtrenſibus peculiis; olim nimirum, & annis quingentis circiter ante ipſius ætatem. Et huius exemplo videtur poſtea exceptum fuiſſe & peculium quaſi caſtrenſe. Peculium quidam no-

1 tant dictum à pecudibus, † qua imagine ab initio pecunia fuerit ſignata. Sed hinc non poteſt ſumi ratio quare hoc tantum dicatur de bonis, quæ ſervi & filiifam. tenent. In *l. ſi chorus* 79. §. 1. *de leg.* 3. peculium dicitur, quod præſidii cauſa ſeponitur: An forte hinc origo, ut quod domini concederent ſervis peculiariter ſeparatim à rationibus ſuis, diceretur peculium? Videtur hoc longius petitum; Ceteroquin deſcribitur peculium iſtud in *l. 4. & 5. §. 3. de pecul.* quamvis latius pateat: nam & in peculio ſervi eſſe dicimus, quod ille clam domino comparſit. Unde illud Senecæ, *peculium quod ventre fraudato comparaverunt, pro capite numerant.* Unde non uno in loco juris noſtri mentio, ſuis nummis empti *leg. ſed ſi* 10. *in princ. de in ius voc.* quos ſcilicet ſervus alteri dabat, qui eum redimeret à domino: quo pertinet illud *Terent. in Phorm. quod illo de demenſo ſuo comparſit miſer.* Porro ex ratione juris Juſtinianei diſtinguitur peculium,

2 quod vel ſi caſtrenſe, † vel paganicum. Utrumque duplex. Illud vel vere tale vel quaſi; hoc vel adventitium vel profectitium. Caſtrenſe & quaſi ita dicuntur ab adquirendi cauſa. Illud enim eſt, quod in militia & eius occaſione adquiritur, quinimo & amplius, ſi quid rerum mobilium eunti in militiam donatur juxta *l. 1. C. de caſtr. pecul. l. 2.* ubi fit mentio cognatorum donantium; probo tamen quod *Joh. Fab.* notat, ſi quid directo ad militiam pertineat, velut equus, arma, id eſſe peculii caſtrenſis, à quocunq; etiam datum ſit, v. & *l. caſtrenſe* 11. & *l. de hared.* 19. *de caſtr. pec.* Quaſi caſtrenſe eſt, quod ex militia togata & ex officiis publicis adquiritur, ut oſtendit *l. ult. C. de inoff. teſt.* de quo & in §. *ult. inſt. de milit. teſt. l. cum oportet* 6. *in f. pr. C. de bon. qua lib.*

nam

nam & advocati v.c. militant *l. advoc. 14. C. de advoc. div. iud.* & pluſquam nouiſſimi ſunt infiniti juris loci in *3. poſter. libr. Codicis*, quibus omnia pene officia civilia quoque, militiæ appellantur; & peculii quaſi caſtrenſis mentio eſt in *l. 1. §. nec caſtrenſe 25. de collat.* add. quæ noto in *f. in §. ult. de milit. teſtam.* Et hæc peculia ſunt pleno jure liberorum *infr. in pr. tit. 12. verſ. ex hoc*, in quibus etiam cum patre litigare poſſunt *l. 4. de iudic.* quippe cum patris famil. loco habeantur *l. 2. ad SC. Maced.* excepto quod ſi deceſſerint inteſtati iſta quoque bona jure poteſtatis occupat pater, ut dicemus *ad d. pr. tit. 12. quibus non eſt perm. fac. teſtam.* Ex pagano peculio profectitium totum eſt patris, adventitium hodie diviſo jure eſt patris & filii; quod Juſtinianus fecit univerſale in *leg. cum oporteat, Cod. de bon. quæ liber.* cum jam ante ipſum non paucæ ſpecies adventitiorum hoc eodem modo per Imp. eſſent exceptæ, ita ut pater uſumfructum, filius proprietatem haberet; veluti bona materna, itemque materni generis, ex materna cognitione delata, lucra nuptialia & ſponſalia, & quæ alias ex matrimonio obvenerunt; ut docet *l. 1. C. Theod. de bon. mat. l. 1. & 2. C. de bon. mat. l. 1. & 4. C. de bon. quæ l. &c.* Quæſitum 3 memini cui bono eſſet apud filium peculium † profectitium. ſi quidem illud totum eſſet patris. Sed quæſierit aliquis eadem ratione, cui bono apud ſervum ſit peculium, quod utique omnimodo eſt domini. Parentes concedendo peculio non tam commodum liberorum, quam proprium reſpexiſſe videntur, dum iis conceſſerunt peculium, quo negotiarentur in utilitatem parentum; quæ etiam ratio fuit, ob quam poſtea præter actionem de peculio in parentes conceſſit ex contractib. filiorum §. *actiones 10. inſ. de actionib.* Et tamen habuerunt aliquas commoditates in peculio hoc quoque liberi; nam ex juſta cauſa donare filiusf. de hoc peculio poteſt, ut eſt in *l. filiuſf. 7. §. 1. de donat.* & filiumf. emancipatum ſequitur hoc peculium, niſi nominatim pater ademerit *l. donationes 31. §. pater 2. de donat.* & damnato patre publicatis bonis peculium profectitium reſervatur filio, nec publicatur *l. 3. 1 §. ſed utrum 4. inf. de minoribus.* Eſt porro iſta quam diximus, ordinaria natura pecu- 4 lii † adventitii, ut pater uſumfructum filius habeat proprietatem; Ceteroquin idem Juſtin. introduxit aliquot caſu quibus in hoc peculio plenam proprietatem habet filius *N. 117. cap. 1. l. cum multa 7. & ult. in pr. verſ. ſivs è contrario C. de bon. quæ liber N. 118. cap. 2. verſ. ſi vero cum Auth. idem eſt Cod. de bon. quæ l. l. ult. in f. Cod. de bon. quæ li. N. 134. c. 11.* perſpicue autem falſum eſt, quod *Angel. hic. n. 5.* ſcribit, licet non quæratur his caſibus patri uſusfructus, tamen quæri ei commoditatem utendi? ita enim LL. poſitæ eſſent verbis non rebus: nihil enim effectu intereſt ut inde apparet quod Dd. negant vendi uſumfructum, ſed tantum commoditatem utendi; & omne autem emolumentum habet emptor; & huic opinioni diſerte citati textus repugnant. Hoc autem genus bonorum, qui ad quaſi caſtrenſia referunt, vehementer errant, cum diſtinctiones peculiorum omnino dependeant ab adquirendi cauſis, & nos iſtam opinionem læte & ſolide confutavimus in corollar. ad poſtrem. diſp. de actionibus, ac dicemus aliquid *infr. ad princip. tit. quibus non eſt permiſſ. fac. teſtament.*

Ex re patris.] Ita deſcribitur peculium profecti- 5 tium. † Itaque cum res ſit magni effectus, videndum quid ſit ex *re patris.* Doctores quidquid contemplatione patris filio relictum eſt, ad profectitium peculium referunt: nam & alibi ubi quæſtio eſt inter duos, ita reſponderi ſolet & diſtingui, cuius contemplatione relictum ſit *l. ſed ſi plures 10. §. in arrogato 6. in fin. de vulgar. ſubſt. l. ſi ſervi 21. cum l. ſeq. de uſufr.* nam & ibi hac gratia fructuario adquiritur, tanquam ex re ipſius quæſitum, quod contemplatione ejus relictum eſt, quamvis Juſtin. in *l. 6. in pr. C. de bon. quæ lib.* verbis ſtrictioribus utatur, *ex ſubſtantia patris.* Illud autem penitus admitti non poteſt, quod Ang. & alii volunt, quidquid filiofam. ſub appellatione filiifam. relictum eſt, cenſeri contemplatione patris relictum, & eſſe peculii profectitii. Quid ſi filiusfamil. laboribus & negotiatione ſua ex re & pecunia patris lucrum fecerit, an erit totum peculii profectitii? Video hoc magis placere Angelo & pluribus quos citat. Sed contraria Bart. opinio mihi verior videtur, ut pars intelligatur peculii profectitii, æſtimante judice labores filii; idque confirmatur ex *h. §. in fin.* ibi *laboribus*: cum ſcilicet citra eius laborem lucrum iſtud ex pecunia patris non perveniſſet nec talis labor fuerit, quem filius jure ſubjectionis præſtare neceſſe habuiſſet.

Sine ulla diſtinctione.] Alii intelligunt diſtinctionem proprietatis & uſusfructus. Alii; adventitii & profectitii peculii, utraq; conjungenda videtur. & hanc tamen protinus videtur innuere Juſt. & qui olim exceptis peculiis caſtrenſibus, cetera omnia undecunq; etiam filio obveniſſent adquirebantur patri. Notantur tamē caſus quibus & olim advētitia patri nō adquirebātur, ſed imo in iis filio pote-

rat habere plenam proprietatem: quid enim ſi pater repudiet hereditatem delatam filio *arg. l. is qui* 13. *§. ult. de adq. hered.* Item ſi pater ſit furioſus *arg. l. cum heres* 52. *eod. tit.* ſimilis caſus *in l. imper.* 50. *ad Trebell.*

Vt etiam eſſet licentia.] Cum enim pleno jure adquirerentur patri, conſequēs fuit, ut pro libitu deſuper ſtatuere poſſet.

Quod nobis.] Viſum & aliis ante Juſtin qui & pleraque adventitia bona ita exceperunt, ut paulo ante diximus.

Libris pepercimus.] Ut proprietatem haberent.

Parentibus honorem debitum.] Ita quidem cenſuit Juſtin. ſed viſum fuit aliud priſcis Legumlatoribus, qui putarunt omnia eſſe concedenda patri; contra quos tamen faciunt quæ ſupra diſputavimus *ad tit. de pat. pot.* jus patris in liberos, & juris gentium ratione eſſe regium, non tyrannicum. Tyranni omnia ſubditorum bona ſua eſſe putant. Bona autem ſubditorum rex ſua eſſe non putat; itaque hoc ut liberi omnia parentibus adquirant, non ex jure gentium, ſed poſitivo eſt; & parentes habent ſatis, ſi uſusfructus conceditur in bonis liberorum.

Si quid ex re patris.] In bonis profectitiis nihil mutavit Juſtinianus, ſed ut hic loquitur reliquit antiquam obſervationem.

Dominium remanet.] Hic uſurpat dominium pro nuda proprietate.

Suis liberis.] Notandum hoc inprimis eſt, 6 peculii eſſe adventitii, † quod filius adquirit laboribus ſuis; ſcilicet extra cauſam togatæ militiæ & officii publici, juxta late tradita à Juſtiniano, *in l. ult. C. de inoffic. teſtam.* Ut proinde errent & labantur perſpicue, qui ſalaria & honoraria quorumvis procuratorum referunt ſub peculiū, quod quaſi caſtrenſe dicimus id ſane hodie fuit recte illis locis, quibus procuratorum in judiciis ſuperiorius officium publicum habetur. Et in genere placet Joh. Fab. & aliis, quidquid adquiritur ex ejuſmodi officio quod publicum eſt, & in quo quis cuivis inſervire tenetur, id eſſe peculii quaſi caſtrenſis; veluti quod advocati aut Notarii adquirūt. Apparet primo id iis conceſſum, qui non omnino alieni erant à caſtrenſi militia, *arg. l. un. C. de caſtr. pub. pec.* poſt ſenſim productum *l. fin. C. de ſilent.* & generalibus à Juſtin. ſtatutum *l. ult. C. de inoff. teſt.* ut forte temere extendendum non ſit. Utique quod hujuſmodi perſonæ extra cauſam officii adquirunt, erant adventitii peculii. Et ſpeciale omnino eſt *in d. l. un.* ut quod etiam parſimonia & ex donatione principis quærunt, ſit jure caſtrenſis peculii, quod nimirum ad perſonas ibi expreſſas reſtringendum eſt. Singulare etiam eſt in militibus cæleſtis militiæ, presbyteris diaconis; ut quidquid adquirunt, teneant jure caſtrenſis peculii. Et in talibus diſpoſitionibus fruſtra accurata juris ratio quæritur ex qua omnino cauſa adquirendi diſtinguit peculia.

TEXTVS.

3. Hoc quoque à nobis diſpoſitum eſt & in ea ſpecie, ubi parens emancipando liberos ſuos ex rebus quæ adquiſitionem effugiebant, ſibi tertiam partem retinere, ſi voluerat, licentiam ex anterioribus conſtitutionibus habebat, quaſi pro pretio quodammodo emancipationis, & in humanum quiddam accidebat, ut filius rerum ſuarum ex hac emancipatione dominio pro parte tertia defraudetur, & quod honoris ei ex emancipatione additum erat, hoc per diminutionem rerum decreſceret. Ideoque ſtatuimus, ut parens, pro tertia parte dominii quam retinere poterat, dimidiam non dominii rerum retineat, ſed uſusfructus. Ita enim res intactæ apud filium remanebunt, & pater ſumma ampliore fruetur, pro tertia, dimidia potiturus.

COMMENTARIUS.

IN *L.* 1. *&* 2. *C. Theod. de bon. mat.* ita ſcriptum eſt, quod filius quaſi pro beneficio emancipationis patrem ita debeat remunerari, (quo dubio procul hic reſpicit Juſtinianus) ut quaſi pro pretio emancipationis pater retineat partem tertiam bonorū, ſiquidem emancipando facit, ut tum filius omnia omnino bona pleno jure ſibi adquirat. Et ſcil. tertiam partem bonorū quæ adquiſitionē effugiebāt, ut hic loquitur, adquiſitionem ſcil. plenariam, & proprietatis intuitu quæ jam ante ex pleriſque bonis adventitiis juxta notata ad § præced ad filium pertinebant, hæc enim procul dubio intelligit hic Juſt. non autem peculium caſtrenſe, ex quo cū id jure

jure pleniſſimo eſſet filii, & filius in eo pro patre fam. haberetur, certum eſt; apud patrem nihil relictum fuiſſe, quod & perſpicue tradit *Iuſtin. in l. cum oportet 6. §. cum autem 3. C. de bon. quæ lib.* ex quo totus hic locus deſcriptus eſt, & ubi ſicut & hoc loco pro parte tertia dominii bonorum, quæ pater pleno & perpetuo jure retinebat, vult partem dimidiam uſusfructuario relinqui. Et Juſt. videtur hac in re detraxiſſe juri patris, ut proinde nō recte quidam hinc ſumant proportionem ad alios caſus quaſi ſemper & ubique dimidia pars uſusfructus reſpondeat tertiæ parti proprietatis. Poteſt ſane huic juri pater renunciaſſe, quod niſi expreſſe fecerit, retinet, utcunque ſibi expreſſe id non reſervaverit. Cui objicitur, quod cum in peculio profectitio jus potentius habeat pater, & tamen emancipando, niſi revocet & adimat donaſſe filio cenſetur *l. donationes. 31. §. 2. de donationib. arg. l. 1. C. de cul. eius qui lib.* multo magis videbatur ſimpliciter emancipando peculium adventitium filio reliquiſſe. Rationem differentiæ reddit hic Johan. Fab. quod pater iſtud habeat ex diſpoſitione Legis, & quod cum in profectitio peculio pater plenum diſponendi jus habeat, videatur donaſſe quod non ademit. Puto & hanc dari poſſe rationem, quod filiusfam. tenet corporaliter peculium profectitium, ſed adventitium regulariter tenet pater qui uſumfructum habet, itaque in dubio cenſetur jus in illo ſibi reſervaſſe, & cenſetur uti velle beneficio à jure ſibi conceſſo, niſi id remiſerit. Quid ſi nulla adventitia habeat filius, an deducetur aliquid ex caſtrenſibus vel quaſi, aut an pater ex poſt quæſitis aliquid ſibi vindicabit? Negandum utrumque puto, quod nec uſpiam ſcriptum eſt. Ait Juſtinian. *quaſi pro precio quodammodo.* duplici nota improprietatis: neque enim æſtimationem veram recipit emancipatio: cum & jus patris & poteſtatis alibi inæſtimabile dicatur.

Liberos ſuos.] Cujac. & Hottom. legunt *libellum ſuum.* Sed haud ſcio an ita locutus ſit Juſtinianus: quamvis alias ſciam à quibuſdam notatum, cum moribus Rom. filii eſſent in poteſtate parentum, ut hi in eos jus vitæ neciſque haberent; ideo ne putarentur eſſe ſervi, ſed ab his diſtinguerentur, ita appellatos fuiſſe ut liberi dicerentur. Adeo cum hoc ſenſu ſine controverſia etiam ſingularis numerus in notiſſimo ſit uſu, tanto minus mirum erit, per *liberum* filium intelligi. Et ſolet huc adduci *l. ſi quis ſuo 32. in pr. C. de inoff. teſtam.* ibi, *libero relinquat* (ſed ſane Juſtin. cuius eſt ea conſtitutio, peſſimus eſt Latinitatis autor) *l. cum adq. 34. de pact.* ibi, *nolle ſuum liberum eſſe,* (ita quidem vulgo, ſed Florētina habet, *nolle ſuum eſſe*) *in pr. infr. de ſervil. cogn.* ibi, *liberum vel liberos* (ſed iſte quoque locus eſt Triboniani ſicut & eiuſdem eſt *l. ſi quis 8. §. in illo. 4. C. de ſec. nupt.* ubi legimus, *liberum vel liberos*) *l. nemo prædo. 12. 6. de reg. iur.* ibi *qui liberum adquiſivit.* Sed & hic in Flor. eſt *qui libertum,* & procul dubio rectius, nulla enim ratio dub. cur debeat videri locupletior, cui natus eſt filius; & inepte pro vulg. adducitur *l. pretia 63. in pr. ad L. Falcid.* quæ eſt de filio naturali ſervo, quem alias quis magno redemturus fuiſſet, qualem caſum ut reſpexiſſe credamus JC. *in d. l. 126.* ridiculum eſt. Et JC. *in l. non eſt 148. de verb. ſign.* teſtatur verbum hoc tantum plurali numero proferri, eoque etiam eum qui unum filium habet, dici non eſſe ſine liberis. Tamen Valla 3. *elegant. 8.* ita ſcribit Liberum pro filio, & apud Quintilianum & apud Paulum Cajumque reperio, ſed ſane quod ad hos attinet, vellē textus citaſſet, nam ſupradd. textus *in l. 34. de pactis l. 125, de reg. iur.* Modeſtini ſunt & Ulp.

Quod honoris ei.] Honos hic poteſt intelligi tum ratione lucri, quod ſibi exinde totum adquirit, tum quod emancipatus ipſe jam paterfam. & caput familiæ eſſe incipit, quod honorificum eſt, cum filiusfam. ſit familiæ pars, & patri ſubditus & ſubjectus.

TEXTVS.

4. Item nobis adquiritur, quod ſervi noſtri ex traditione nanciſcuntur, ſive quid ſtipulentur, ſive ex donatione, vel legato vel ex qualibet alia cauſa adquirunt. Hoc enim nobis invitis & ignorantibus obvenit. Ipſe enim ſervus, qui in alterius poteſtate eſt, nihil ſuum habere poteſt. Sed ſi heres inſtitutus ſit, non alias niſi noſtro juſſu hereditatem adire poteſt. Et ſi nobis jubentibus adierit, nobis hereditas adquiritur, perinde ac ſi nos ipſi heredes inſtituti eſſemus. Et convenienter ſcilic. nobis legatum per eos acquiritur. Non autē ſolum proprietas, per eos quos in poteſtate habemus, nobis adquiritur, ſed etiam poſſeſſio. Cuiuſcunque enim rei poſſeſſionē adepti fuerint, id nos poſſidere videmur. Vnde etiam per eos uſu-

capio, vel longi temporis poſſeſſio nobis accidit.

COMMENTARIUS.

1 *Invito domino quomodo adquirat ſervus.*
2 *Cur ſecus in hereditate.*
3 *Poſſeſſio an & quatenus quaratur domino.*

DIxit de liberis, ſequitur de ſervis, qui vere & plene noſtri ſunt, in quorum perſona nulla diſtinctio eſt peculii, ſed omnia omnino & omnimodo dominis adquirunt, & in ſumma & dominium & obligationem. Hoc enim ſignificat Juſtinian. dum ait, ſive ex traditione nanciſcantur, ſive ſtipulentur; ſtipulatio nimirum frequentiſſima eſt, & quæ quibuſvis contractibus ſolet accedere; Ceterum quidquid contrahat & quomodocunque ſervus, obligatio domino quæritur, ſed cur ſubjicit, *ſive ex legato, ſive ex donatione?* Et initio abutitur verbo, *adquirant*, ſervi enim ſibi nihil adquirunt: & rectius ante dixerat, ex traditione *nanciſcuntur*, quod verbum generalius eſt. Et legati ideo mentio videtur facta, quoniam ex hac cauſa citra traditionem & apprehenſionem jure civili dominium adquiritur; ex donatione autem aut obligatio, aut per traditionem dominium adquiritur; itaque plenius repetere jus adquirendi voluit, ut apparet ex verbis, *vel ex qualibet alia cauſa.* Addit

1 Juſtinianus, ita per ſuum † nobis adquiri, ut etiam adquiratur ignorantibus & invitis. Ubi Hotomannus inter principum ſive initium & inter progreſſionem diſtinguit. Sed expedita res eſt; & mox eius rei rationem addit Juſtinian. quod qui eſt in poteſtate alterius, qua talis, nihil habere proprium poteſt, & cum ſervus fungatur vice domini in adquirendo, & hactenus una ſervi & domini fingatur eſſe perſona, fit neceſſario, ut hoc quod in ſervi perſona ſubſiſtere nequit, protinus adquiratur domino. Et igitur adquiritur ignoranti & invito. Sed non manet penes invitum. Et ſcilicet dominus ita ſibi quæſitum poteſt repudiare & pro derelicto habere. Ideoque fruſtra affertur, quod invito non adquiratur liberalitas & beneficium, *l. invito 69. de reg. jur. l. hoc jure 19. §. 2. de donatione* neque enim beneficii ratio hoc facit, ſed ratio juris. Concordant cum hoc textu *l. etiam 32. de adq. rer. dom. l. ſervus 62. de verb. oblig. l. quemadmodum 46. in pr. de jur. dot.*

Sed ſi heres inſtitutus.] Limitatio eſt ad id quod

2 † dixit, per ſervum domino invito & ignoranti adquiri. Hoc ita obtinet in particularibus adquirendi modis, non in iis qui per univerſitatem: ſi ſervus inſtitutus ſit. Ratio eſt aperta, quoniam ſine juſſu noſtro nequit ſervus adquirere nobis hereditatem, & ſi aliter fiat, & ſervus adeat non jubente domino nihil agit; præcedere enim juſſum oportet *l. ſi quis 25. §. juſſum de adq. her.* ſed quæ porro ratio eſt, cur præcedere juſſum debeat? Quoniam qui heres efficitur, non tantum adquirit, ſed etiam aliis creditoribus hæreditariis & legatariis obligatur: at ut eo modo ſervus dominum obliga, re, & deteriorem ejus conditionem efficere poſſet, permittendum non fuit, qua fere ratione utitur *Theoph. hic.* Cui accidit, quod aditio hereditatis eſt actus legitimus *l. actus 77. de R. I.* quam facere per ſe ſolus ſervus non poteſt: itemque, quod ſervi inſtitutio non ſubſiſtit per ſe, ſed ex perſona domi[illegible] *non minus 34. de hered. inſtit.*

Et convenienter.] Jejuna hæc eſt repetitio de legato, cum jam ſupra in pr. §. hoc dixiſſet Inſerſit id incaute Trib. ex *l. adquiruntur 10. §. 1. verſ. & hi, de adq. rer. dom.* ubi hoc recte proponitur, quoniam in præmiſſis mentionem nullam legati JCtus fecerat; convenienter autem hoc dici intelligendum eſt, non ad proxime præcedens de hereditatis adquiſitione, ſed ad id quod in pr. præmiſit, omnia nobis per ſervos adquiri.

Sed etiam poſſeſſio.] Aliqua hic erat ratio dubitan-

3 di, quoniam in poſſeſſione multum dicitur † eſſe facti; huiuſmodi a. quæ ſunt, in ipſius ſervi perſona ſubſiſtere videntur *arg. §. ſed cum factum 2. infr. de ſtip. ſerv.* ſed poſſeſſio multum etiam juris habet, præſertim reſpectu effectus, quod per poſſeſſionem uſucapimus rem. Itaque etiam ſtatim ſubjungit tamquam conſequens, Juſtinian. quod per ſervos etiam uſucapio nobis accedat. Diſtinguendum tamen eſt circa poſſeſſionem. Et ſiquidem ſervus apprehendat poſſeſſionem nomine domini, non dubitandum eſt adquiri eam domino, quippe cum etiam extraneo ita poſſit adquirere poſſeſſionem *l. 1. §. hæc qua 19. de adq. poſſ.* Ceteroquin diſtinguunt plerique an poſſeſſio adquiſita vel apprehenſa ſit à ſervo ex cauſa peculii, an non ut hoc caſu ſciens quidem dominus adquirat poſſeſſionem: ignorans autem demum ex illa cauſa. Poſſeſſio enim quo ad adquiſitionem plurimum facti habet, & in ea animus tenēdi requiritur, qui fingitur concurrere in domino, quo ad cauſam peculiarē, *per l. 1. §. Item adquirimus 5. de adq. poſſ.* eo quod dominus ſemel conceſſit peculium; quæ ratio *d. l. 1.*

non

Digitized by Google

non eſt in aliis cauſis; Quæ ſententia itidem probatur *in l. 3. §. ſaltus 11. alias §. cæterum 11. l. quod ſervus 24. l. peregre 44. §. 1. ac adq. poſſ. l. quia ſervo 16. in fin. de obl. & act.* Itaque limitandum erit, quod ſimpliciter ſcriptum eſt alibi per ſervos adquiri dominis poſſeſſionem, veluti in *h. §. l. 1. §. per communem 7. l ſimo 34. §. ult. de adq. poſſeſſ. l. adquiruntur 10. §. 2. de adquir. rer. dom.* Et errant Dd. communiter, qui probant contrariam ſententiam, quod ſcil. indiſtincte per ſervum etiam domino ignoranti poſſeſſio quæratur, & ob id textus, quos pro altera ſententia adduximus, reſtringunt ad quæſtionem de uſucapione. Ita enim juris eſt, omnino ut dominus per ſervum quem ignorat poſſidere, non uſucapiat extra cauſam peculiarem *l. ſi emptam 47. de uſucap.* Atque ita accipiendum omnino eſt, quod in fin. huius §. traditur, ſiquidem accipitur in genere etiam extra cauſam peculiarem, quod dominus uſucapiat per ſervum, ſcilicet omnimodo quidem ex cauſa peculiari: cæteroquin ſcire dominum oportet, quod ſervus rem teneat, & plane facit hoc ipſum, ut quod de poſſeſſione adquiſita domino hoc loco dicitur, recte ad peculiarem cauſam, aut ad caſum ſcientis domini referatur. Cur autem ignorans uſu non capiat, licet ignoranti poſſeſſio ſit adquiſita, ut in caſu *l. 1. C. de adq. poſſeſſione d. l. 47. de uſuc.* hæc ratio reddi ſolet; tum quod poſſeſſio adquiratur per actum naturalem, dum alius nomine meo poſſeſſionem & rem adprehendit; ſed ad uſucapionem miniſterium juris civilis requiritur, ut notat *Iaſon in l. §. per procuratorem 20. de adq. poſſ.* tum quod in uſucapiente requiritur titulus & bona fides, quæ vix ſunt ut cadant in ignorantem.

TEXTVS.

5. De iis autem ſervis, in quibus uſumfructum tantummodo habemus, ita placuit, ut quidquid ex re noſtra, vel ex operis ſuis adquirunt, id nobis adjiciatur, quod vero extra eas cauſas conſecuti ſunt, id ad dominum proprietatis pertineat. Itaque ſi is ſervus heres inſtitutus ſit, donatumve quid ei aut legatum fuerit, non uſufructuario, ſed domino ptoprietatis adquiritur. Idem placet & de eo, qui à nobis bona fide poſſidetur. Quod enim placuit de uſufructuario, idem placet & de bonæ fidei poſſeſſore. Itaque quod extra iſtas duas cauſas adquiritur, id vel pertinet ad ipſum, ſi liber eſt, vel ad dominum, ſi ſervus eſt. Sed bonæ fidei poſſeſſor cum uſuceperit ſervum, (quia eo modo dominus fit) ex omnibus cauſis per eum ſibi adquirere poteſt. Fructuarius vero uſucapere non poteſt: primum quia non poſſidet, ſed habet jus utendi fruendi deinde quia ſcit alienum ſervum eſſe. Non ſolum autem proprietas per eos ſervos, in quibus uſumfructum habemus, vel quos bona fide poſſidemus, aut per liberam perſonam, quæ nobis fide bona ſervit, nobis adquiritur, ſed etiam poſſeſſio. Loquimur autem in utriuſque perſona, ſecundum diſtinctionem quam proxime expoſuimus, ſi quum poſſeſſione ex re noſtra, vel ex ſuis operis adepti fuerint.

COMMENTARIVS.

1 *Quid ſit, ex re alicuius adquirere.*
2 *De jure poſſeſſoris bon. fid. in iis quæ in fructibus ſunt.*
3 *Quid iuris in hereditate aut legato.*
4 *Cuius iuſſu ſervus adire debeat hereditatem.*

SEQUITVR de iis qui vel non vere, vel non plene ſunt ſervi, quorum tres ſunt ſpecies, fructuarii, ſervi alieni bona fide pro propriis poſſeſſi: homines liberi bona fide pro ſervis poſſeſſi. De his commune & generale jus ſtatuitur, ut fructuariis & poſſeſſoribus adquirant hæ perſonæ ex operis ſuis & re illorum, quæ intelliguntur eſſe in fructu, reliqua adquirantur proprietario nudo & vero domino aut ipſi homini liberæ. Et in proprietario diviſionis hæc ratio, ſtatim locum habet, non itidem in reliquis duobus, qui cum pro ſervis poſſideantur, & poſſeſſor omnimodo ſe pro domino gerat, huic quoque interim omnia adquiri de facto videntur; ſed ſententia h. § eo pertinet, ut ſi poſtea verus dominus evincat ſervum, vel liber homo vindicaverit ſe in libertatem, poſſeſſor huic, & vero domino omnia reſtituere teneatur, quæ ad eum pervenerunt, extra ea, quæ ex re eius & operis ſuis quæſivit homo poſſeſſus pro ſervo. 5

5 *Quidquid ex re veſtra] L. qui bona 23. de adq. rer. dom. l. 10.*

l. 10. §. 3. *eod.* Explicandum quid ſit EX RE fructuarii, vel bona fide poſſeſſoris, Et *in l.* 1. *Cod. de*
1 *re. vindic.* cum hoc ipſum † dixiſſent Impp. bonæ fidei poſſeſſorem quærere per ſervum alienum. Ex RE ſua: ſubjicitur; quæ per ſervum ex nummis poſſeſſoris comparata ſunt, ei adquiri. Sed enim totum hoc ad iſtum caſum reſtringendum non eſt, quid enim, ſi pecuniam fructuarii aut poſſeſſoris, fœnoravit? utique uſuræ illis quærentur: Jam, merces, ſi quam rem dominii locavit, & ſi quæ ſunt alia id genus, & procul dubio, ſi ex hujuſmodi cauſis ſtipuletur, fructuario vel poſſeſſori bonæ fidei obligatio & actio quæretur, & adeo fructuario iſta quæruntur, ut ſi ſervus nominatim ex his cauſis ſtipulatus ſit proprietario, contra hunc condictio detur fructuario, ut ab eo repetat, quod ſummo jure proprietario eſt adquiſitum, *l. pen. de ſtip. ſerv.* Theoph. hic. Ex re mea, inquit *ἐστι, οἷον ἔφην ἐγὼ τοῖς ἐμοῖς κτήμασιν κατασπείσασα ἢ ἐπίτηδες ἢ αὐτὴ τὰ μὲν κεφάλαια χρήματα, ἢ ἐπίσης αὐτὸν λεγόμενον ἀφορισμόν μοι*, ideſt, quando curam rerum mearum ei concredidi, ut permiſi pecunias meas fœnerari, & feci eum diſpenſatorem.

Quod vero extra eas cauſas] Quoniam iſtud in fructu non eſt, quæ ratio non ſolum ad fructuarium, ſed etiam ad bonæ fidei poſſeſſorem pertinet, quoniam hoc juris habet bonæ fidei poſſeſſor, ut fru-
2 ctus faciat ſuos. Cum autem qui bona † fide fundum poſſidet, fructus extantes reſtituere teneatur, ut diximus *ad §. ſi quis* 36. *ſup. de rer. div.* non immerito quærat aliquis, ſi pecunia, vel quod aliud ex ſervi operis quæſitum extet apud poſſeſſorem, an hoc domino vindicandi & evincenti ſervum ſit reſtituendum. Iſta enim quæ poſſeſſor per ſervum adquirit cum fructibus comparari, qui ex fundo percipiuntur; præter jam dicta diſerte probat *l. qui ſcit* 25. §. 1. *de uſur. l. quæſitum* 40. *in fin. de adq. rer. dom.* Plane quod iſta dicantur adquiri poſſeſſori, non facit, ut non teneatur reſtituere, nam & fructus ſi[illegible]di adquirit poſſeſſor, quos tamen extantes reſtituit. Rurſus & ex diverſo comparatio iſta non facit, ut in omnibus eadem horum & fructuum ratio eſſe debeat, etiam quo ad reſtitutionem. Et quod attinet ea quæ ex re poſſeſſoris quæſita ſunt irrevocabiliter poſſeſſoris effici non dubitaverim, pene etiam quæ ex operis, quod præſertim *in d. l.* 40. *in fin. de adq. rer. dom.* conſeruuntur cum fructibus conſumptis, quorum nomine non teneri bonæ fidei poſſeſſorem conſtat. Et videntur iſta relicta poſſeſſori pro impenſis & alimentis, quæ ſine certa determinatione fiunt in ſervum, & pecuniæ, quæ pro operis ſervi, v. c. locatis dari ſolet facilior & magis irrevocabilis videtur eſſe adquiſitio.

3 *Itaque ſi heres inſtitutus ſit.*] Legati donationis, † hereditatis cauſæ non obveniunt ex aliquo facto ſervi, nec ex re poſſeſſoris itaque ad hunc, ſicut & ad fructuarium pertinere non poſſint. Recipiunt tamen limitationem notabilem. Niſi iſta data aut relicta ſint ſervo, vel is heres inſtitutus ſit contemplatione fructuarii, vel bonæ fidei poſſeſſoris. Et ita in eo qui controverſiam ſui domino movet Juſt. diſtinguit ſere *in l. cum aliquis* 21. *C. de jur. de ib.* & de ſervo fructuario text. eſt *in l. ſi ſervi* 21. *cum l. ſeq. D. de uſufructu* nec diſſimilis diſtinctione eſt *in l. facta* 63. §. *ſi heres* 4. *ad SC. Trebell.* & in terminis hominis liberi bona fide poſſeſſi *in l. aditio* 45. §. *ult. de adq. her.* ibi, *propter me heres inſtitutus fuerit.* Quærunt autem Dd. ſi ſervus fructuarii ſit inſtitutus contemplatione fru-
4 ctuarii, an juſſu fructuarii † poſſit adire, an opus ſit juſſu proprietarii: & gl. hic Joh. Fab. & alii communius putant adeundam eſſe hereditatem juſſu proprietarii, eo quod aditio hereditatis non ſit in opera ſervili *d. l. aditio in pr.* adeo acquiretipſo jure hereditatem proprietarius, ſed reſtituit eam fructuario, ſicut & reſtituit, quod adquiſivit in ſpecie *l. pen. de ſtip. ſerv* ſed videtur ſane abſurdum, ut proprietarius, fiat heres, & implicetur oneribus hereditariis: nec poteſt hic locum habere SC. Trebellianum, ut transferantur actiones. Et quod poſſit adire hoc caſu juſſu fructuarii, probatur ex *d. l. aditio* 45. §. *ult. de adq. hered.* ub. JCtus ex hoc fundamento defendit, liberum hominem pro ſervo poſſeſſum, & contemplatione poſſeſſoris inſtitutum, adire poſſe juſſu poſſeſſoris, quod ita intelligatur ex re poſſeſſoris adquirere, non ex operis ſuis, quoniam aditio ad operas ſervi non pertinet, ut in pr. ejuſdem L. reſpondit JCtus. Et igitur eadem ratione fructuarii contemplatione inſtitutus ſervus adeundo ejus juſſu ex re ejus ipſe intelligetur adquirere, non ex operis ſuis. Neque obſtabat *d. l.* 45. §. *præterea* 3. qui §. intelligendus eſt de ſervo ſimpliciter inſtituto, non contemplatione fructuarii, quo caſu cum nou poſſit dici adire ex re fructuarii, ſi adquireretur hereditas, adquireretur ex opera ſervi, quod ratio non patitur: porro, quod dicimus adquiri fructuario, quod contemplatione ejus ſervo datum eſt, ei obſtare videtur *l. quod fructuarii* 49. *de adq. rer. dom.* ubi JCtus ait, quod extraneus donat ſervo, indiſtincte proprietario adquiri. Sed enim non intelligendum eſt, excludi diſtinctionem, an contemplatione fructua-

Digitized by Google

fructuarii donetur vel non, ſed quæ *in pr.* §. proponitur, an donetur ex re ipſius donantis, an eo animo, ut adquiratur proprietario: & utiq; ſi quid donatur ſimpliciter, proprietario adquiritur, & errant procul dubio, qui putãt in dubio præſumi donatum contemplatione fructuarii. Sed quid ſi liber homo non inſtitutus contemplatione poſſeſſoris, ignarus conditionis ſuæ, adeat eo animo, ut poſſeſſorem faciat heredem? Et cum non poſſit adquiri poſſeſſori extra iſtas duas cauſas, aut adquireturipſi homini libero, aut aditione nihil actam erit: cum ratio juris impediat, ne adquiratur poſſeſſori: nec videatur ſibi acquiſiviſſe, qui hoc animo adiit, ut alium faceret heredem, idque magis putant Dd. *argum. l. qui in al. 6. §. ſi is 4. de adq. her.* nam & ſervus alienus non contemplatione poſſeſſoris inſtitutus, ſi adeat ejus juſſu, nihil agit *l. ſi quis 25. in pr. de adq. hered.* utique ſi liber homo ſimpliciter adeat, ſibi hereditatem quæſiviſſe intelligetur, & tamen ſi juſſu poſſeſſoris adierit, non adquiret ſibi niſi eam mentem habuerit; *l. homo 54. in pr. de adq. rer. dom.* qui locus accipiendus eſt de caſu quo non eſt inſtitutio facta contemplatione poſſeſſoris: ceteroquin falſum eſſet, quod ibi dicitur non adquiri poſſeſſori propter *l. aditio 45. §. ult. de adq. her.* plane in hac re nec conveniſſe JCtis apparet ex *l. liber. 19. de adq. rer. dom.* at obſcurum eſt, quale ſit quod dicitur *in d. l. 54. de adq. rer. dom.* adquirere nobis hereditatem, hominem liberum, ſi ſponte ſua gnarus conditionis ſuæ ſine juſſu noſtro adierit.

Quod enim placuit.] Hæc otioſa repetitio eſt, jam enim ſatis hæc dixerat, *in verſ. idem placet.*

Sed bona fidei poſſeſſor.] Qui uſucapit, exinde fit plenus dominus; quod in ſervo locum habet, hominis enim liberi nulla uſucapio eſt.

Fructuarius non poteſt.] Rationem duplicem reddit, quare fructuarius non uſucapiat ſervũ. 1. Quia non poſſideat, ſed habeat jus utendi fruendi; hoc enim à poſſeſſione eſt ſeparatum, quod exemplo conductoris apparet. Dicitur tamen naturaliter poſſidere fructuarius *l. naturaliter 12. in pr. de adq. poſſ.* quin ſimpliciter, dicitur poſſeſſor *in l. 5. in fi. pr. ſi uſusfr. pet.* & habet interdictum unde vi *l. 3. §. unde vi 13. de vi arm.* cum pleniſſimum jus utendi uſque ad tempus vitæ & omnino res inſiſtendi rei habeat, de quo hic pluribus agendi locus non eſt. Plane non poſſidet hoc modo, qualis requiritur ad uſucapionem, cum proprietarius quoque jus habeat morandi in fundo. Illud notum, quod ſine poſſeſſione uſucapio non procedat *l. ſine 25. de uſucap.* Altera ratione certior eſt, quia utique non tenet rem animo domini, quod omnino ad uſucapionẽ neceſſarium eſt, & hoc ipſo, quod fructuarius tantum eſt, alium dominum eſſe agnoſcit. Locus eſt *in l. 10. §. ult. de adq. rer. dom.*

Non ſolum autem.] Quæ ratio eſt domini pleni, quo ad jus adquirendi ex omnibus cauſis; eadem eſt fructuarii & bonæ fidei poſſeſſoris, quo ad jus adquirendi ex re illorum & operis ſervi. At dominus adquirit & dominium & poſſeſſionem, ut §. præc. dictum, ergo & hi adquirent poſſeſſionem ex re ſua & operis ſervi. At dixerit quis, non videri poſſe quæri poſſeſſionem per eum quem non poſſidemus, fructuarius autem non poſſidet, ſed neganda eſt conſequentia: ceteroquin dixerit quis nos poſſe per eum adquirere nec dominium, cujus domini non ſumus, at utique fructuarius ex re ſua & operis ſervi dominium adquirit, & pater non eſt dominus nec poſſeſſor filii, quin & per ſervum penitus alienum *l. 1. §. hac qua 19. de adq. poſſ.* & per procuratorem *d. l. 1. § per procur. 20.* adquirimus poſſeſſionem, aut dicemus fructuarium quo ad iſtas duas cauſas & domini & poſſeſſoris jure uti, & ſervum hactenus perinde haberi, ac ſi in ejus eſſet poteſtate.

In utriuſque perſona.] Fructuarii & bonæ fidei poſſeſſoris, qui caſus abit in duos, quia vel homo liber pro ſervo, vel ſervus alienus, pro proprio poſſidetur.

TEXTUS.

6. Ex his itaque apparet, per homines liberos, quos neque jure veſtro ſubiectos habetis, neque bona fide poſſidetis: item per alienos ſervos, in quibus neq; uſumfructũ habetis, neque poſſeſſionem juſtam, nulla ex cauſa nobis adquiri poſſe. Et hoc eſt, quod dicitur, per extraneam perſonam nihil poſſe adquiri: excepto eo, quod per liberam perſonam, veluti per procuratorem, placuit, non ſolum ſcientibus ſed & ignorantibus vobis adquiri poſſeſſionem, ſecundum Divi Severi conſtitutionem, & per hanc poſſeſſionem etiam dominium, ſi dominus fuerit, qui tradidit: vel uſucapionem, aut temporis longi præſcriptionem, ſi dominus non ſit.

COMMENTARIUS.

1 *Cur dominium potius, quam oblatio quæratur per procuratorem.*
2 *Qualem oporteat esse procuratorem.*
3 *Quid si nomine suo procurator rem acceperit.*

EX his itaq; apparet.] Notant Dd. hoc esse argumentum à contrario sensu: adquiritur per jam dd. personas: ergo per alios non adquiritur.

Per liberos homines.] Enumeratio personarum, per quas hucusq; adquiri docuit, ut inde concludat, per alios non adquiri : excepta possessionis causa *l.* 1. *C. per quas pers. adq.*

Nulla ex causa.] Quæritur aut de dominio, aut obligatione. Et de dominio per procuratorem quærendo mox agit : & cur dominium potius
1 † mediante possessione quam obligatio per alium adquiratur, Dd. communiter hanc rationem reddunt, quod adquisitio possessionis fiat per actum naturalem, in quo facilius alteri operam navare possit, quam contrahendo & stipulando, quæ ratio fundatur *in l. ea quæ* 53. *de adq. rer. dom.* de qua dicemus plura *inf. de inutil. stip.* Ratio quam addunt Dd. quod jura personalia & obligationes magis inhæreant quasi ossibus hominum, per se quidem vera est, sed impertinens: non enim dicimus possessionem vel dominium adquisita procuratori transire in dominium, sed recta domino adquiri, non procuratori. Et tamen hoc ipsum ut per procuratorem possessio nobis adquiratur, contra strictam rationem juris ex constitutionib9 admissum fuisse ex hoc ipso loco apparet: quo Justin. hæc adscribit constitutioni Severi, quæ est *in l.* 1. *C. de adq. poss.* ubi tamen dicitur, id non tantum utilitatis gratia, sed etiam à Jurisprudentia receptum esse; ut adeo ipsi juris ratio hoc quoque admisisse videatur, ut an forte prius Severus adhibuit in consilium JCtos, quod Augustum fecisse circa fideicommissa, legimus *in princ. infr. de codic.* Et igitur per alium adquirimus possessionem, & consequenter dominium, sed non adquirimus obligationem, extraneo enim inutiliter stipulamur *l. si mihi* 110. *in princ. de verb. obl.* & notissima regula est, neminem alteri recte stipulari *l. stipulatio* 38. §. *alteri* 17. *eod. tit.* §. *alteri* 18. *infra de inutil. stipul.* sed ad illam regulam sensim nimium quam multæ admissæ sunt exceptiones, ut si non directa, saltem utilis alteri per alterum quæratur actio: quos casus proponemus *in d.* §. *alteri*: plane cum hi plurimi sint, vix videtur generalis huius loci negativa sustineri posse. Nulla ex causa per liberam personam adquiri posse; nisi Just. de modis & ratione dominii tantum adquirendi, non etiam obligationis, locutum quis opinetur.

Vel acti per procuratorem.] Non dubitatur de procu-
2 ratore † qui speciale mandatum habet: sed quæritur, an sufficiat procuratorem esse omnium bonorum, & an in hoc quoque locum habet constitutio *l.* 1. *C. de adq. possess.* Distinguunt quidam inter procuratorem generalem, qui liberam habet administrationem & qui non habet. Alii simpliciter putant sufficere mandatum generale, ut videre est ex iis quæ scribunt præter alios *Iason & Zasius in l.* 1. §. *per procuratorem* 20. *de adq. poss.* Sed ego malim hunc locum *& d. l.* 1. accipere de procuratore speciali; quoniam, ut diximus singulariter hoc jus introductum est, nec ideo late interpretandum & *in l. communis* 42. §. 1. *de adq. poss.* agitur haud dubie de procuratore speciali; & quod sequitur, recte accipitur de procuratore generali; utique vix potest dici recte procurator generalis mandatum habere de hac vel illa re emenda, cum imo mandatum generale administrationem bonorum concernat, non emtionem novorum. Nisi forte quis dixerit, eo quod utilitatis ratio hoc expresserit *d. l.* 1. *Cod. de adq. possess.* benigne & latius hoc acceptum. Et cum procurator generalis utique ita exigente administrationis ratione vendere & emere possit, ut diximus ad §. *Nihil autem* 43. *sup. de rer. div.* non potest omnino hoc negari: cum hactenus id juris habeat qui specialis: & facit optime *l. si rem* 41. *de usucap.* quæ omnino loquitur de procuratore generali: quia negat vitium purgari, si res furtiva in ejus potestatem pervenerit; quod sane secus haberet, si mandatum speciale de persequenda & recipienda re habuisset; & igitur nisi ineptum velimus facere JCtum, oportet de eodem genere procuratoris accipi, quod statim sequitur, per procuratorem nobis adquiri possessionem. Et igitur ubi non simpliciter, sed ubi negotiorum ratio exigit rem v. c. emi, idem in procuratore generalia admittemus.

Sed & ignorantibus.] *l. sime* 34. §. *sed si* 2. *l. possessio* 49. §. *ult. de adquir. poss. l. si procur.* 13. *de adq. rer. dom. l.* 1. *Cod. de adq. poss.* Cui non obstat quod in *l. ea quæ* 53. *de adq. rer. dom.* dicitur, volentibus nobis adquiri possessionem. Utique enim vult possidere, qui mandatum dat procuratori; licet postmodum ignoret, quo momento temporis possessio procuratori tradatur; quod ut sciat, juxta hos textus necessarium non est.

Et ter poſſeſſionem, dominium.] Conſequentia hæc neceſſaria eſt: quoniam quiſquis rem ex iuſta cauſa traditam & ſcil. habili ad transferendum dominium, poſſidet, eum dominum eſſe oportet.

Vel uſucapionem.] Hæc enim paſſim ita traduntur: ut ex juſta cauſa adquiratur dominium, aut conditio uſucapiendi: quod hic intelligit per uſucapionem Tribonian. idque accidit propter perſonam tradentis, cum dominium transferre non poſſit, qui non habet. Eſt tamen hæc inſignis differentia inter utrumque hunc caſum, omnino hic adjicienda: quod ſi tradens dominus ſit, mandans ignorans quoque efficitur dominus *d. l.* 13. *de adquir. rer. dom.* atquin conditio uſucapiendi non quæritur niſi ſcientia, *l. ante* 47. *pen. de uſuc. l.* 1. *Codic. de adquir. poſſ.* quoniam non poteſt habere bonam fidem, qui rem ignorat eſſe traditam.

Aut præſcriptionem.] Hoc addidit propter mutationem juris veteris, quam ipſe introduxit in *pr. ſup. de uſucap. & l. unic. Codic. de uſucap. transform.* Ubi jura uſucapionis & præſcriptionis confudit; & potuiſſet adeo ſimpliciter uſucapionis, aut præſcriptionis meminiſſe.

Illud ad extremum hic addendum eſt, an adquiratur poſſeſſio mandanti, ſi procurator nomine ſuo accipiat poſſeſſionem. Ego ut paucis agam, in negativam ſententiam ſum proclivior, 1. quia ut ſæpe diximus, utilitatis gratia & humanitatis id receptum & admiſſum fuit, ut per procuratorem adquiri poſſeſſio poſſet: & ponendi habiles ſunt termini, nimirum, ut nomine mandantis poſſeſſio adprehendatur; alioquin conſtat jure noſtro procuratorem etiamſi ex mandatu alterius rem emat, tamen ipſum obligari & obligare, nec actionem citra ceſſionem poſſe transferri in mandantem *l. poſſeſſio* 49. *in fin. de adqu. poſſeſſ.* & tanto facilius itaque nomine ſuo adprehendendo poſſeſſionem ſibi eam adquiret; maxime cum ceſſet, hic ratio, quæ videtur cum aliis ſuaſiſſe jus iſtud, quod eſt in *leg.* 1. *Cod. de adq. poſſeſſ.* juxta *leg* 1 §. 20. *de adquir. poſſ.* quod & qui tradit rem, poſſeſſionem amittit, & qui rem accipit mandantis nomine, eam non adquireret; Deinde nominatim dicitur In *dict. leg.* 1. §. 20. adquiri nobis poſſeſſionem per eos qui noſtro nomine eam accipiunt. & in *l. ſi emptam.* 47. *de uſucap.* requiritur ut poſſeſſio meo nomine apprehenſa ſit: & emphaſin habet, quod per procuratorem dicitur nobis adquiri poſſeſſio: ſiquidem, qui rem ſuo nomine accepit, jam non habet qualitatem procuratoris. Accedit 3. quod & ſervus alterius nomine rem accipiendo, poteſt facere ne domino quæratur poſſeſſio *l.* 1. §. *hoc qua* 19. *de adquir. poſſeſſ.* & quanto magis igitur procurator perſona libera? Facit & 4. quod paulo ante diximus, adquiri nobis poſſeſſionem per adprehenſionem procuratoris, actum naturalem, dum operam ſuam nobis adcommodat, quod expreſſum eſt, in *dict. leg.* 1. §. 20. atquin cum ſuo nomine rem adprehendit, non poteſt dici, quod nobis præſtet operam, & dicitur ita adquirere poſſeſſionem per procuratorem, dum per eum adprehendimus poſſeſſionem *l. ſolutam* 11. §. *ultim. de pignor. act.* atqui non poſſumus dici adprehendere cum procurator ſibi negotium gerit. Unicus objicitur locus in *l. qui mihi* 23. *in fin. de donat.* ubi dicitur nihil agere procuratorem ſi rem tamquam ſibi adquiſiturus acceperit, ſed nihilominus adquiri eam domino mandanti, ſi eius nomine tradita fuerit. Ergo & ſatis erit, nomine mandantis rem traditam eſſe, ut ei adquiratur poſſeſſio, licet alia mente procurator eam acceperit; quomodo quidem communiter arguunt Dd. referente *Ias. in d. l.* 1. §. 20. *de adquir. poſſ. col.* 7. Ipſe tamen putat aliam rationem dominii, aliam poſſeſſionis eſſe. Sed ei contradicit hic §. qui docet quod mediante poſſeſſione adquiratur dominium. E. poſita huius adquiſitione etiam poſſeſſio erit adquiſita, aut hac negata, negabitur etiam dominium. Tum quæ uſucapionis, eadem & dominii ratio eſſe videtur; *argum. huius §. in f.* atquin uſucapio ſine poſſeſſione non poteſt procedere. An diſtinguemus, ut ſi procurator ſimpliciter accipiat rem, ea licet mente ſit, ut ſibi adquirat; an expreſſe præ ſe ferat, ſe velle ſibi adquirere: ut illo caſu adquiratur mandanti, & poſſeſſio, & dominium, non etiam hoc; An diſtinguimus inter donationem & alios adquirendi modos; ſiquidem ex donatione non poteſt adquiri obligatio procuratori: ſunt enim textus, qui ut dominium adquiratur mandanti, videntur exigere, ut res eius nomine ſit accepta *l. ſi procurator* 14. *de adquiren. rerum domin. l. falſus* 43. §. 1. *de furtis. leg. cum quis* 38. §. 1. *de ſolution. l. ſi ego.* 24. *de neg. geſt.* An diſtinguimus, an procurator ſimpliciter contraxerit, an nomine domini. Plane Theoph. hoc tantum requirit, ut noſtro nomine poſſeſſio tradita ſit, ſed idem ponit à nobis ipſis fundum emptum, & procuratorem ſpecialē eius apprehendendi cauſſa miſſum; in quibus terminis quidem id ſufficere non difficulter concedam. Illud denique addo, videri errare cum aliis

Johann. de Platea hic dum ſcribit, per modos 3 quoſdam de † jure civili receptos, non quæri domino poſſeſſionem, ſed tantum procuratori, veluti per clavium, aut inſtrumentorum traditionem *l. 1. Codic. de donat. lag. clavibus. 73. de contr. empt.* Omnino enim contra puto, ſi claves & inſtrumenta nomine mandantis tradita ita procurator acceperit, mandanti poſſeſſionem adquiri. Alia ratio eſt conſtituti, & eius termini non poſſunt huc adcommodari; aut enim conſtituit v. c. venditor poſſidere nomine mandantis, & non opus eſt, ullo facto procuratoris, aut nomine procuratoris, & contradictorium eſſet adquiri mandanti; quoniam nullum intervenit factum procuratoris, ex quo poſſit adquiri mandanti; Ceteroquin quæſtioni locus eſt ſi apprehendat rem procurator nomine mandantis. Et vero ſi venditor dicat eam tradere hoc animo, ut procurator adquirat, (qui caſus contrarius eſt ei quem tractavimus,) an poſſeſſio adquiratur mandanti. Et videtur magis probari, dominium quidem non adquiri mandanti, cum deficiat voluntas domini tradentis, (de quo fere conſtat.) Sed adquiri tamen poſſeſſionem, quippe quæ nova eſt; & alia ab ea, quæ fuit penes tradentem; Et omnino ad poſſeſſionem adquirendam factum & animus procuratoris ſufficere videntur.

TEXTVS.

Hactenus tantiſper admonuiſſe ſufficiat, quemadmodū res ſingulæ nobis adquirantur: nam legatorum jus, quo & ipſo ſingulæ res nobis adquiruntur, item fideicommiſſorum, ubi nobis res ſingulæ relinquuntur, oportunius inferiori loco referemus. Videamus itaque nunc quibus modis per univerſitatem res nobis adquiratur. Si cui ergo hæredes facti ſimus, ſive cuius bonorum poſſeſſionem petierimus, vel ſi quem adrogaverimus, vel ſi cuius bona libertatum conſervandarum cauſa nobis addicta fuerint, eius res omnes ad nos tranſeunt. Ac prius de hæreditatibus diſpiciamus: quarum duplex conditio eſt: nam vel ex teſtamento, vel ab inteſtato ad nos pertinent. Et prius eſt, ut de his diſpiciamus, quæ ex teſtamento nobis obveniunt, quia in re neceſſarium eſt initium de ordinandis teſtamentis exponere.

COMMENTARIVS.

Quemadmodum ſingula res.] Videtur magis modos adquirendi ſingulares intelligere, de quibus hactenus egit; Ceteroquin etiam per emptionem univerſitas adquiritur utique adquirebatur olim, juxta *tit. de ſu. ceſſ. ſubj. infr. l. 3.* Quin & per donationem univerſitatem bonorum transferri poſſe conſtituit Juſt. in *l. ſi quis 35. §. ſed ſi quis 4. C. de donat.* & potuiſſe ante eum docet *l. ſi unquam C. de revoc. donat.* Sed & univerſitas vendi poteſt *tit. de hered. vend.* Eatamen iſti caſus ſingulares non faciunt, quo minus recte his modis adquiri dicantur res ſingulæ, maxime cum hoc modo tantum actio ex conventione contra donantem, aut vendentem, non (niſi utilis) contra alium adquiratur; quod in hæreditatibus ſecus eſt.

Nam legatorum.] Eſt & hic ſingularis acquirendi modus; Sed quia legata teſtamento relinquuntur, commodius putavit, poſt materiam teſtamentorum de his agere.

Per univerſitatem.] Adquirimus univerſitatem bonorum, vel viventis, vel defuncti. Illud fit per adrogationem; & antiquitus quidem omnia omnino adquirebantur; poſt, excepta caſtrenſia, & inde adventitia quo ad proprietatem, juxta tradita *tit. ſup. h. tit. ad §. 1. innſt. inf. tit. de adquir. per adrogat.* Neque enim ratio paritur, ut plus habeat juris pater adrogator quam naturalis; & conſequenter adrogatio hodie non eſt verus modus adquirendi univerſitatem, ſed tantum ſecundum quid, & quatenus utique bonorum omnium, (extra caſtrenſia vel quaſi) adrogator conſequitur uſumfructum. Adrogationis autem meminit Juſtin. quoniam ex ipſius conſtit. *§. ſed hodie ſup. de adopt.* adoptatus non tranſitin poteſtatem, niſi ab aſcendente facta ſit adoptio. Sed ponamus igitur patrem dediſſe in adoptionem filium ſuum avo materno; an uſusfructus quæretur patri adoptanti, an manebit penes naturalem patrem? Si rationem ſequemur, cum hoc ſit jus & effectus hic poteſtatis patris, ut uſumfructum quis habeat in bonis adventitiis filii, ſolutio jure poteſtatis, quod hoc caſu contingit, non poterit uſusfructus manere penes naturalem patrem; & notandus erit modus hic finiendi uſusfructus. Ita de univerſitate viventis; vetus n. ille

modus

modus adquirendi universitatem per emptionem bonorum à Justiniano est sublatus. Defuncti universitatem bonorum adquirimus per successionem, dum alicui existimus hæredes; idque vel ab intestato vel ex testamento; & rursus utrumque vel jure civili vel prætorio; nam & qui bonorum possessor in specie dicitur; effectu est hæres, & ita passim dicitur: quin & cui libertatum conservandarum gratia bona addicuntur (*de quo inf. tit.* 3.) hæredis loco est. Rursus adquirimus hæreditatem, sive universitatem, aut directo & immediate, aut per manum alterius, dum hæreditas nobis, ex fideicommisso restituitur, hoc enim quoque modo actionibus trasseuntibus ex Trebelliano universitatem consequimur; quem modum Justinian. omisit hoc loco, fortasse, quia fideicommissum præ supponit, hæredem vel ex testamento vel ab intestato, vel civili, vel prætorio jure factum fuisse. Non dubitarim etiam partem bonorum posse mortis causa donari, verum sicut & cum donatur universitas inter vivos, non adquiretur qua universitas, ut in donatarium recta transeant iura activa & passiva, sed ut saltem habeat actionem ex donatione, qua consequatur ut partem bonorum donator tradere cogatur, (quod & in legatario partiario juris est) & ita in mortis causa donatione obtinet.

Prius quæ ex testamento. ¶ Quoniam quamdiu ex testamento defertur hæreditas, cessat successio ab intestato. Et ideo necessarium esse ait, de ordinandis testamentis exponere; quoniam non potest succedi ex testamento, nisi justum sit & confectum secundum regulas juris civilis.

AD TITVLVM X.

LIBRI SECVNDI Institutionum.

DE TESTAMENTIS ORdinandis.

TEXTVS.

1. Testamentum ex eo appellatur, quod testatio mentis sit.

COMMENTARIUS.

1 *Etymologia testamenti.*
2 *Definitio eiusdem.*
3 *An sit iuris gentium.*
4 *An iuris publici.*

TEstamentum verbum simplex est, à testando dictum, & allusio ista saltem est, quam proposuit Justin. quia connexit hoc rei ipsi, quod
1 quis † mentem suam testatur. Neque ferri potest, quod *Gœdd. in l. nomen* 164. *de V. S. n.* 6. hanc derivationem etiam putat accommodari recte, ad verba, *vestimentum*, *calceamentum*, *&c.* neque enim potest dici vestitio, aut calceatio mentis; & quod sutor, vel sartor judicio mentis in faciendo opere utentur, nihil facit ad defendendam istam etymologiam; & quid dicemus de verbis *rudimentum*, *atramentum*, *excrementum*? Dehni-
2 tur † testamentum, in *l.* 1. *h. t.* quod sit justa sententia de eo quod quis post mortem suam fieri velit. Neque conveniet definitio ista codicillis, si intelligas voluntatem solemnem, vel potius integram & de omnibus bonis; siquidem ubi tantum codicillos quis fecit, quod præcipuum est, relinquitur dispositum legis, ex qua proximus vocatur ad defuncti hæreditatem. Et frustra hic de peregrinorum testamentis objicit Vulterius hæc enim, si in Rep. propria in qua peregrini vivunt, considerentur, omnino vere testamenta sunt: Sed ad temp. Rom. considerata, testamenta non sunt. Dici breviter potest, quod testamentum sit legitima successoris designatio, nam legata ad testamenti essentiam non pertinent. Eodem fere sensu definitur à Græcis *datio hæreditatis*; nam cum pater liberos etiam, qui sui dicuntur, exhæredare possit, recte etiam his dari hæreditas dicitur; & codicillis non datur hæreditas vere. Sed qui ex Lege hæres est, de restituenda hæreditate rogari potest, quæ non confundenda, sed accurate sunt distinguenda, *per* §. *pen. inst. de codicill. l.* 10. *de iur. eod.* & insuper hæres detrahit quartam. Videndum et-
3 iam hic breviter est, † an testamentum juris gentium an civilis sit. Et sane, qui hoc tit. describitur, modus testandi, is haud dubie juris civilis penitus est; Ceteroquin ipsa dispositio, & ut liceat testari & morituro disponere de bonis suis, ad gentium jus omnino est referendum, quo longe ante Romam natam, Græci & gentes aliæ usæ fuerunt. Neque obstat *l.* 6. *de iust. & iur.* dicitur enim jus civile ratione usus, aut formæ specialis, quam quæque Respub. addit; Ceterum cui aliquid additur & detrahitur, id oportet, ut ante fuerit; alias omnia pene ad jus civile refer-

referrentur. Nec obſtat, quod deportatus, qui dicitur retinere ea quæ ſunt juris gentium *l. ſunt quidam 17. de pœnis*, non poteſt teſtari: hoc enim fit propter jus quod fiſco vel alii in ejus bonis eſt quæſitum: Ceteroquin ſi ille evaſerit terminos Imperii Romani, utique poterit jure gentium teſtari. Neque verum eſt, quod hoc repugnet ſimplicitati juris gentium, ut diſponatur in id tempus, quo quis non futurus eſt amplius dominus; quid ni enim hic qui adhuc dominus eſt, poſſit diſponere, ut ſub certa lege res tranſeat ad heredem, quem ratio ſumma obligat, ut exſequatur voluntatem defuncti, & diſpoſitio diverſa eſt ab executione, ut not. hic Vigl qui etiam putat hoc non eſſe benignitatis, ut teſtari liceat, ſed recti juris. Cujac. hic vult videri ſubtilis. Ait teſtamentum eſſe juris gentium, ſed factionem teſtamenti eſſe juris civilis: quod quæque gens ad LL. Reip. ſuæ teſtetur. Sed revera inſubtile eſt; & ita matrimonium, ſucceſſiones ab inteſtato & alia multa eſſent juris civilis: Nimirum jus gentium eſt quoddam jus generale, ex quo omnes gentes, ut ita loquar, hauriunt, & rebus publ. ſuis applicant, aliquo proprio addito: quod ad formam ſpecialem pertinet, ut non propterea ipſa res recte dicatur juris gentium; & iſtud hic quæritur, an non facultas diſponendi de bonis ſuis ſub mortem, ſi juris gentium, quod affirmamus, & inde confirmamus, quod omnes pene gentes hoc jure uſæ ſunt; ceteroquin jure mero gentium, in nulla Repub vivitur: & id magis in Idea conſideratur. Addo tamen, multa in hereditatibus occurrere, quæ ſunt juris civilis. Laxior enim ex jure gentium eſt diſponendi ratio, nec eo neceſſum erit inſtituere heredem, ſed ſatis erit, bona ſua variis aſſignare & inter eos dividere; ſalvo tamen jure creditorum: ut non omnino errent, qui rationem transferendi hereditatem & jura activa & paſſiva magis ad jus civile referunt; & Laertius in vitis Philoſoph. aliquot diſpoſitiones ultimas refert, in quib. nulla mentio heredis inſtituti. Sed quid eſt, quod in *l. 3. h. t.* dicitur, factionem teſtamenti eſſe juris † publici? Non placet, ut hoc dictum intelligamus, intuitu juris veteris, quo calatis comitiis fiebant teſtamenta cum præſertim jam tempore JCtorum ratio iſta teſtandi procul dubio in deſuetudinem abierit. Sententia ſimplex eſt, quod publico jure & Lege XII. tabb. ſit permiſſa teſtamenti factio, & quidem ſub certis ſolemnibus quæ omnino ſervanda ſunt, cum alias contractus pro libitu & arbitrio noſtro, & quibus volumus, conditionibus celebremus: Ceterum ſi jus publicum accipiamus in ſpecie, ut in *l. 1 de iuſt. & iur.* pro eo quod ad ſacra & magiſtratus & ſtatū Reipub. pertinet, nec teſtamenta quidem quæ calatis comitiis olim fiebant, recte ad jus publicum poſſunt referri: quia autoritatis tantum gratia & confirmationis ita publice quaſi inſinuabantur.

TEXTVS.

2. Sed ut nihil antiquitatis penitus ignoretur, ſciendum eſt, olim quidem duo genera teſtamentorum in uſu fuiſſe: quorum altero in pace & otio utebantur, quod calatis comitiis appellabatur: altero cum in prælium exituri eſſent, quod procinctum dicebatur. Acceſſit deinde tertium genus teſtamentorum, quod dicebatur per æs & librā, ſcilicet, quod per emancipationem, id eſt, imaginariam quandam venditionem agebatur, quinq; teſtibus & libripende civibus Romanis puberibus præſentibus, & eo, qui familiæ emptor dicebatur. Sed illa quidem priora duo genera teſtamentorum ex veteribus temporibus in deſuetudinem abierunt: quod vero per æs & librā fiebat, licet diutius permanſerit, attamen & hoc partim in uſu eſſe deſiit.

COMMENTARIVS.

1 *Iura antiqua an tractanda.*
2 *Error Veſembecii circa comitia.*
3 *Teſtamentum in procinctu.*
4 *Teſtamentum per as & libram.*

DIviſio teſtamenti principalis eſt in paganum 1 & militare, à † perſonis teſtantibus: & quia plurima militibus ſunt conceſſa privilegia, ratione formæ, dividetur eodē ſenſu in perfectū & imperfectum: licet militare quoq; teſtamentum alias ſuo ſenſu recte dicatur perfectum. Paganum olim factū fuiſſe calatis (id eſt convocatis) comitiis docet Juſt. & hoc repetit ex antiquitate. Theoph. ait, licet iſta poſſint ignorari ſine periculo, tamen conferre ad hiſtoriā, & ut intelligatur, quomodo iſta progreſſu temporis ſint mutata. Et ſcil. antiqua jura

jura in foro quidem allegari vetuit Juſtinianus *tit. de vet. jur. enucl.* ſed alias jura antiqua non parum conferunt ad ſcientiam & cognitionem juris novi, & ita in *l. per Cod. de Lat. lib. toll.* allegatur jus vetus item *in l. ult.* §. 3. *cum 2. Cod. de cadu. toll.* Weſenbecius tamen mallet hoc potius in Pandectis traditum, quam in his Inſtitutionibus, cum præſertim ipſe in præfatione, dicat tradi hic nihil inutile, nec quidquam, ut ait, ex antiquis fabulis. An LL. antiquatæ, & quæ etiam extra corpus juris ſunt, veluti ex *Theodo. Cod.* poſſint in argumentum adduci in foro, late tractat *Vigl. hic.*

Calatis comitiis] Centuriata magiſtratus calata Pontifices comitia cogebant, inquit hic Weſenb. 2 † unde hic hauſerit neſcio. Sed inſignē lapſum eſſe ſcio: quod calata fuerint certa ſpecies comitiorum: nec minus falſum quod magiſtratus tantum centuriata comitia coegerint. Varia erant, quæ comitiis agebantur, pro quorum diverſitate populus, per curias, centurias, aut tribus ſuffragia ferebant, unde tres ſpecies comitiorum, nec plures, de quibus latiſſime Gruchius & Sigonius ſcripſerunt. Curiatis comitiis fiebant Lege Curiata adrogationes, autoritate Pontificali, ut conſtat ex *orat. Cic. pro domo*: adeoque oportet Pontifices jus habuiſſe cogendi comitia Curiata: neq; aliud ſunt comitia calata, quā cōvocata. Et igitur Pontifices cogebant comitia curiata, nō aurē ſoli, nam Conſulib. ad bellum profecturis Imperium lege Curiata deferebatur, an autem ſpecialis fuerit modus quo Pontifices ad comitia populum vocābant, unde ea in ſpecie dicta calata, haud ſcio: quamvis id videatur innuere. *Gellius 15. c. 27.* Notat Hottom. quod Pontifices olim omnibus fere actibus ſolemnibus præfuerint, & proinde etiam in comitiis convocatis à pontificibus, & quibus hi præerant, teſtamenta facta fuiſſe, quod præſertim ſacra quædam una cum hereditate tranſirent. Vicem hujus teſtamenti videtur ſcribere, quod hodie principi inſinuatur, qui populum totum repræſentat; de quo in *l. omnium 19. C. h. t.* & aliquatenus, quod fit apud acta publica magiſtratus. *d. l. omnium.*

Quod procinctum dicebatur.] Teſtatur *Plut. in vita* 3 *Coriolani*, hunc morem † fuiſſe militibus Romanis, ut exituri in prælium, (in quo mors imminebat) antequam ſumerent ſcuta, ſuccincti vel præcincti togas, (ut pugnarent expeditius) tribus aut quatuor audientibus, facerent teſtamenta (διαθέσεις ἐχεφήτους) heredem nuncuparent: quod teſte Feſto dicebatur teſtamentum. En do (in) procinctu, cujus & meminit *Gell. d. loco & li. 5. & 9. Cic. 1. & 2. de nat. Deor. & de orat. Vip. de teſtam. tit. 20. §. 1.* adeō aut cum Cujac. hic legendum eſt in *procinctu* pro *procinctum*, aut fatendum eſt Tribonianum ſub inepte locutum: (neque enim ulla ratione ipſum teſtamentum procinctum dici poteſt:) & hoc magis eſt, nam & Theoph. vocat procinctum.

4 *Tertium genus per † æs & libram.*] Hanc teſtandi rationem receptam ait Theoph. quod non ſemper eſſet copia teſtandi in comitiis: & quod aliqui ominoſum, ἀποπομπὴν exiſtimabant, ſano corpore teſtamentum condere. Antiquitus Romani gravi ære uſi, pecuniam non numerabant ſed adpendebant; Inde æs & libra, quæ maxime & proprie in venditionibus interveniebant. Et tamen poſt etiam cum pecunia ſignata uterentur, veterem ſolemnitatem remanſiſſe ex complurimis locis apparet; quo pertinet illud Horatii.

Si proprium eſt, quod quis libra mercatur & ære. Ita res mancipi optimo jure tranſibant in accipientem, ceteroquin hic tantum bonitarius dominus efficiebatur, ut docet *Vlp. t. 1. §. qui tantum* 11. & hic modus alienandi mancipatio dicebatur *d. §. 11. & tit. 20. de domin. §. 2.* ubi ait mancipationem fieri certis verbis, quinque teſtibus & libripende præſentibus: & Theoph. in §. *præterea ſup. Quib. mod. jus pot. ſolu.* ait interveniſſe libripendem, cum ſtatera & nummo æneo: qui nimirum ſolemnitatis cauſa adhibebatur: & non tantum in venditionibus, ſed etiam in aliis translationibus: quippe quod veteres optimum hunc per emptionem adquirendi modum exiſtimarent: Et formulam hanc refert Boeth. in Top. Cic. Ego hanc rem ex jure Quiritum meam eſſe aio, emptam mihi hoc ære æneaque libra, qua de re bene ſcribit *Marcell. ad LL. XII. tabb. capp. 5. 14 15. 16.* & faciunt quæ ſcribit *Priſcian. l. 6. in extremo & Plin. lib. 33. cap. 3. poſt pr.* Inde translationem univerſitatis hoc quoq; translatum, ut quaſi emeret quis bona à teſtatore, & juſto ita hoc titulo ea poſt mortem ejus poſſidere intelligeretur: de quo & de familiæ emtore dicemus ad §. *ſed neque* 10. *inf. h. t.* Conſtat autem nummum unum quem emptor dabat teſtatori, infinitis partibus fuiſſe inferiorem hereditate: quod & in ceteris translationibus obtinebat: itaque in genere verum eſt, fuiſſe iſtam imaginariam mancipationem. Eſt tamen & apud Theophilum, *emancipatio* quam vocat ἐκκοπὴν πραγμάτων: ut Juſtin Id ſane ita hic obtinebat: non tamē ſemper mācipatio imaginaria venditio erat. Et emancipatio dicta fuiſſe poteſt

capio, vel longi temporis poſſeſſio nobis accidit.

COMMENTARIUS.

1 *Invito domino quomodo adquirat ſervus.*
2 *Cur ſecus in hereditate.*
3 *Poſſeſſio an & quatenus quaratur domino.*

DIxit de liberis, ſequitur de ſervis, qui vere & plene noſtri ſunt, in quorum perſona nulla diſtinctio eſt peculii, ſed omnia omnino & omnimodo dominis adquirunt, & in ſumma & dominium & obligationem. Hoc enim ſignificat Juſtinian. dum ait, ſive ex traditione nanciſcantur, ſive ſtipulentur; ſtipulatio nimirum frequentiſſima eſt, & quæ quibuſvis contractibus ſolet accedere; Ceterum quidquid contrahat & quomodocunque ſervus, obligatio domino quæritur, ſed cur ſubjicit, *ſive ex legato, ſive ex donatione?* Et initio abutitur verbo, *adquirant*, ſervi enim ſibi nihil adquirunt: & rectius ante dixerat, ex traditione *nanciſcuntur*, quod verbum generalius eſt. Et legati ideo mentio videtur facta, quoniam ex hac cauſa citra traditionem & apprehenſionem jure civili dominium adquiritur; ex donatione autem aut obligatio, aut per traditionem dominium adquiritur; itaque plenius repetere jus adquirendi voluit, ut apparet ex verbis, *vel ex qualibet alia cauſa.* Addit

1 Juſtinianus, ita per ſuum † nobis adquiri, ut etiam adquiratur ignorantibus & invitis. Ubi Hottomannus inter principum ſive initium & inter progreſſionem diſtinguit. Sed expedita res eſt; & mox eius rei rationem addit Juſtinian. quod qui eſt in poteſtate alterius, qua talis, nihil habere proprium poteſt, & cum ſervus fungatur vice domini in adquirendo, & hactenus una ſervi & domini fingatur eſſe perſona, fit neceſſario, ut hoc quod in ſervi perſona ſubſiſtere nequit, protinus adquiratur domino. Et igitur adquiritur ignoranti & invito. Sed non manet penes invitum. Et ſcilicet dominus ita ſibi quæſitum poteſt repudiare & pro derelicto habere. Ideoque fruſtra affertur, quod invito non adquiratur liberalitas & beneficium, *l. invito 69. de reg. iur. l. hoc iure 19. §. 2. de donationes* neque enim beneficii ratio hoc facit, ſed ratio juris. Concordant cum hoc textu *l. etiam 32. de adq. rer. dom. l. ſervus 62. de verb. oblig. l. quemadmodum 46. in pr. de iur. dot.*

Sed ſi heres inſtitutus.] Limitatio eſt ad id quod

2 † dixit, per ſervum domino invito & ignoranti adquiri. Hoc ita obtinet in particularibus adquirendi modis, non in iis qui per univerſitatem: ſi ſervus inſtitutus ſit. Ratio eſt aperta, quoniam ſine juſſu noſtro nequit ſervus adquirere nobis hereditatem, & ſi aliter fiat, & ſervus adeat non jubente domino nihil agit; præcedere enim juſſum oportet *l. ſi quis 25. §. juſſum de adq. her.* ſed quæ porro ratio eſt, cur præcedere juſſum debeat? Quoniam qui heres efficitur, non tantum adquirit, ſed etiam aliis creditoribus hæreditariis & legatariis obligatur: at ut eo modo ſervus dominum obliga. re, & deteriorem ejus conditionem efficere poſſet, permittendum non fuit, qua fere ratione utitur *Theoph. hic.* Cui accidit, quod aditio hereditatis eſt actus legitimus *l. actus 77. de R. I.* quam facere per ſe ſolus ſervus non poteſt: itemque, quod ſervi inſtitutio non ſubſiſtit per ſe, ſed ex perſona domi- [redacted] *non minus 34. de hered. inſtit.*

Et convenienter.] Jejuna hæc eſt repetitio de legato, cum jam ſupra in pr. §. hoc dixiſſet Inſperſit id incaute Trib. ex *l. adquiruntur 10. §. 1. verſ. & hic, de adq. rer. dom.* ubi hoc recte proponitur, quoniam in præmiſſis mentionem nullam legati JCtus fecerat; convenienter autem hoc dici intelligendum eſt, non ad proxime præcedens de hereditatis adquiſitione, ſed ad id quod in pr. præmiſit, omnia nobis per ſervos adquiri.

Sed etiam poſſeſſio.] Aliqua hic erat ratio dubitan-

3 di, quoniam in poſſeſſione multum dicitur † eſſe facti; huiuſmodi a quæ ſunt, in ipſius ſervi perſona ſubſiſtere videntur *arg. §. ſed cum factum 2. infr. de ſtip. ſerv.* ſed poſſeſſio multum etiam juris habet, præſertim reſpectu effectus, quod per poſſeſſionem uſucapimus rem. Itaque etiam ſtatim ſubjungit tamquam conſequens, Juſtinian. quod per ſervos etiam uſucapio nobis accedat. Diſtinguendum tamen eſt circa poſſeſſionem. Et ſiquidem ſervus apprehendat poſſeſſionem nomine domini, non dubitandum eſt adquiri eam domino, quippe cum etiam extraneo ita poſſit adquirere poſſeſſionem *l. 1. §. hac qua 19. de adq. poſſ.* Ceteroquin diſtinguunt plerique an poſſeſſio adquiſita vel apprehenſa ſit à ſervo ex cauſa peculii, an non ut hoc caſu ſciens quidem dominus adquirat poſſeſſionem: ignorans autem demum ex illa cauſa. Poſſeſſio enim quo ad adquiſitionem plurimum facti habet, & in ea animus tenēdi requiritur, qui fingitur concurrere in domino, quo ad cauſam peculiarē, *per l. 1. §. Item adquirimus 5. de adq. poſſ.* eo quod dominus ſemel conceſſit peculium; quæ ratio *d. l. 1.*

non

non eſt in aliis cauſis; Quæ ſententia itidem probatur *in l. 3. §. ſaltus* 11. *alias* §. *caterum* 13. *l. quod ſervus* 24. *l. peregre* 44. §. 1. *ac adq. poſſ. l. quia ſervo* 16. *in fin. de obl. & act.* Itaque limitandum erit, quod ſimpliciter ſcriptum eſt alibi per ſervos adquiri dominis poſſeſſionem, veluti in *h. §. l.* 1. §. *per communem* 7. *l. ſi me* 34. §. *ult. de adq. poſſeſſ. l. adquiruntur* 10. §. 2. *de adquir. rer. dom.* Et errant Dd. communiter, qui probant contrariam ſententiam, quod ſcil. indiſtincte per ſervum etiam domino ignoranti poſſeſſio quæratur, & ob id textus, quos pro altera ſententia adduximus, reſtringunt ad quæſtionem de uſucapione. Ita enim juris eſt, omnino ut dominus per ſervum quem ignorat poſſidere, non uſucapiat extra cauſam peculiarem *l. ſi emptam* 47. *de uſucap.* Atque ita accipiendum omnino eſt, quod in fin. huius §. traditur, ſiquidem accipitur in genere etiam extra cauſam peculiarem, quod dominus uſucapiat per ſervum, ſcilicet omnimodo quidem ex cauſa peculiari: cæteroquin ſcire dominum oportet, quod ſervus rem teneat, & plane facit hoc ipſum, ut quod de poſſeſſione adquiſita domino hoc loco dicitur, recte ad peculiarem cauſam, aut ad caſum ſcientis domini referatur. Cur autem ignorans uſu non capiat, licet ignoranti poſſeſſio ſit adquiſita, ut in caſu *l.* 1. *C. de adq. poſſeſſione d. l.* 47. *de uſuc.* hæc ratio reddi ſolet; tum quod poſſeſſio adquiratur per actum naturalem, dum alius nomine meo poſſeſſionem & rem adprehendit; ſed ad uſucapionem miniſterium juris civilis requiritur, ut notat *Iaſon in l.* §. *per procuratorem* 20. *de adq. poſſ.* tum quod in uſucapiente requiritur titulus & bona fides, quæ vix ſunt ut cadant in ignorantem.

TEXTVS.

5. De iis autem ſervis, in quibus uſumfructum tantummodo habemus, ita placuit, ut quidquid ex re noſtra, vel ex operis ſuis adquirunt, id nobis adjiciatur, quod vero extra eas cauſas conſecuti ſunt, id ad dominum proprietatis pertineat. Itaque ſi is ſervus heres inſtitutus ſit, donatumve quid ei aut legatum fuerit, non uſufructuario, ſed domino proprietatis adquiritur. Idem placet & de eo, qui à nobis bona fide poſſidetur. Quod enim placuit de uſufructuario, idem placet & de bonæ fidei poſſeſſore. Itaque quod extra iſtas duas cauſas adquiritur, id vel pertinet ad ipſum, ſi liber eſt, vel ad dominum, ſi ſervus eſt. Sed bonæ fidei poſſeſſor cum uſuceperit ſervum, (quia eo modo dominus fit) ex omnibus cauſis per eum ſibi adquirere poteſt. Fructuarius vero uſucapere non poteſt: primum quia non poſſidet, ſed habet jus utendi fruendi deinde quia ſcit alienum ſervum eſſe. Non ſolum autem proprietas per eos ſervos, in quibus uſumfructum habemus, vel quos bona fide poſſidemus, aut per liberam perſonam, quæ nobis fide bona ſervit, nobis adquiritur, ſed etiam poſſeſſio. Loquimur autem in utriuſque perſona, ſecundum diſtinctionem quam proxime expoſuimus, ſi quum poſſeſſione ex re noſtra, vel ex ſuis operis adepti fuerint.

COMMENTARIVS.

1 *Quid ſit, ex re alicuius adquirere.*
2 *De jure poſſeſſoris bon. fid. in iis quæ in fructu ſunt.*
3 *Quid iuris in hereditate aut legato.*
4 *Cuius iuſſu ſervus adire debeat hereditatem.*

SEQUITVR de iis qui vel non vere, vel non plene ſunt ſervi, quorum tres ſunt ſpecies, fructuarii, ſervi alieni bona fide pro propriis poſſeſſi: homines liberi bona fide pro ſervis poſſeſſi. De his commune & generale jus ſtatuitur, ut fructuariis & poſſeſſoribus adquirant hæ perſonæ ex operis ſuis & re illorum, quæ intelliguntur eſſe in fructu, reliqua adquirantur proprietario nudo & vero domino aut ipſi homini liberi. Et in proprietario diviſionis hæc ratio, ſtatim locum habet, non itidem in reliquis duobus, qui cum pro ſervis poſſideantur, & poſſeſſor omnimodo ſe pro domino gerat, huic quoque interim omnia adquiri de facto videntur; ſed ſententia h. §. eo pertinet, ut poſtea verus dominus evincat ſervum, vel liber homo vindicaverit ſe in libertatem, poſſeſſori huic, & vero domino omnia reſtituere teneatur, quæ ad eum pervenerunt, extra ea, quæ ex re eius & operis ſuis quæſivit homo poſſeſſus pro ſervo.

Quidquid ex re veſtra.] *L. qui bona* 23. *de adq. rer. dom. l.* 10.

l. 10. §. 3. *eod.* Explicandum quid ſit EX RE fructuarii, vel bona fide poſſeſſoris, Et *in l.* 1. *Cod. de*
1 *re. vindic.* cum hoc ipſum † dixiſſent Impp. bonæ fidei poſſeſſorem quærere per ſervum alienum. Ex RE ſua: ſubjicitur; quæ per ſervum ex nummis poſſeſſoris comparata ſunt, ei adquiri. Sed enim totum hoc ad iſtum caſum reſtringendum non eſt, quid enim, ſi pecuniam fructuarii aut poſſeſſoris, fœnoravit? utique uſuræ illis quærentur: Jam, merces; ſi quam rem dominii locavit, & ſi quæ ſunt alia id genus, & procul dubio, ſi ex hujuſmodi cauſis ſtipuletur, fructuario vel poſſeſſori bonæ fidei obligatio & actio quæretur, & adeo fructuario iſta quæruntur, ut ſi ſervus nominatim ex his cauſis ſtipulatus ſit proprietario, contra hunc condictio detur fructuario, ut ab eo repetat, quod ſummo jure proprietario eſt adquiſitum, *l. pen. de ſtip. ſerv.* Theoph. hic. Ex re mea, inquit ἐπεὶ φρονιτίδας αὐτῷ τῶν ἐμῶν κτημάτων κατεπίστευσα ἵνα ἐπίτηδες αὐτῷ τὰ μὲν κεφάλαια χρήματα, ἃ ἐπίηνε αὐτὸν λεγόμενον δουλοπρεπῶς, id eſt, quando curam rerum mearum ei concredidi, ut permiſi pecunias meas fœnerari, & feci eum diſpenſatorem.

Quod vero extraneas cauſas] Quoniam iſtud in fructu non eſt, quæ ratio non ſolum ad fructuarium, ſed etiam ad bonæ fidei poſſeſſorem pertinet, quoniam hoc juris habet bonæ fidei poſſeſſor, ut ſu-
2 ctus faciat ſuos. Cum autem qui bona † fide fundum poſſidet, fructus extantes reſtituere teneatur, ut diximus *ad §. ſi quis* 36. *ſup. de rer. div.* non immerito quærat aliquis, ſi pecunia, vel quod aliud ex ſervi operis quæſitum extet apud poſſeſſorem, an hoc domino vindicandi & evincenti ſervum ſit reſtituendum. Iſta enim quæ poſſeſſor per ſervum adquirit cum fructibus comparari, qui ex fundo percipiuntur; præter jam dicta diſerte probat *l. qui ſcit* 25. §. 1. *de uſur. l. quæſitum* 40. *in fin. de adq. rer. dom.* Plane quod iſta dicantur adquiri poſſeſſori, non facit, ut non teneatur reſtituere, nam & fructus fi[illegible]h adquirit poſſeſſor, quos tamen extantes reſtituit. Rurſus & ex diverſo comparatio iſta non facit, ut in omnibus eadem horum & fructuum ratio eſſe debeat, etiam quo ad reſtitutionem. Et quod attinet ea quæ ex re poſſeſſoris quæſita ſunt irrevocabiliter poſſeſſoris effici non dubitaverim, pene etiam quæ ex operis, quod præſertim *in d. l.* 40. *in fin. de adq. rer. dom.* conſeruuntur cum fructibus conſumptis, quorum nomine non teneri bonæ fidei poſſeſſorem conſtat. Et videntur iſta relicta poſſeſſori pro impenſis & alimentis, quæ ſine certa determinatione fiunt in ſervum, & pecuniæ, quæ pro operis ſervi, v. c. locatis dari ſolet facilior & magis irrevocabilis videtur eſſe adquiſitio.

3 *Itaque ſi heres inſtitutus ſit.*] Legati donationis, † hereditatis cauſæ non obveniunt ex aliquo facto ſervi, nec ex re poſſeſſoris itaque ad hunc, ſicut & ad fructuarium pertinere non poſſint. Recipiunt tamen limitationem notabilem. Niſi iſta data aut relicta ſint ſervo, vel is heres inſtitutus ſit contemplatione fructuarii, vel bonæ fidei poſſeſſoris. Et ita in eo qui controverſiam ſui domino movet Juſt. diſtinguit fere *in l. cum aliquis* 21. *C. de jur. de ib.* & de ſervo fructuario text. eſt *in l. ſi ſervi* 21. *cum l. ſeq. D. de uſufructu* nec diſſimilis diſtinctione eſt *in l. facta* 63. §. *ſi heres* 4. *ad SC. Trebell.* & in terminis hominis liberi bona fide poſſeſſi *in l. aditio* 45. §. *ult. de adq. her.* ibi, *propter me heres inſtitutus fuerit.* Quærunt autem Dd. ſi ſervus fructuarii ſit inſtitutus contemplatione fru-
4 ctuarii, an juſſu fructuarii † poſſit adire, an opus ſit juſſu proprietarii: & gl. hic Joh. Fab. & alii communius putant adeundam eſſe hereditatem juſſu proprietarii, eo quod aditio hereditatis non ſit in opera ſervili *d. l. aditio in pr.* adeo acquiret ipſo jure hereditatem proprietarius, ſed reſtituit eam fructuario, ſicut & reſtituit, quod adquiſivit in ſpecie *l. pen. de ſtip. ſerv* ſed videtur ſane abſurdum, ut proprietarius, fiat heres, & implicetur oneribus hereditariis: nec poteſt hic locum habere SC. Trebellianum, ut transferantur actiones. Et quod poſſit adire hoc caſu juſſu fructuarii, probatur ex *d. l. aditio* 45. §. *ult. de adq. hered.* ub. JCtus ex hoc fundamento defendit, liberum hominem pro ſervo poſſeſſum, & contemplatione poſſeſſoris inſtitutum, adire poſſe juſſu poſſeſſoris, quod ita intelligatur ex re poſſeſſoris adquirere, non ex operis ſuis, quoniam aditio ad operas ſervi non pertinet, ut in pr. ejuſdem L. reſpondit JCtus. Et igitur eadem ratione fructuarii contemplatione inſtitutus ſervus adeundo ejus juſſu ex re ejus ipſe intelligetur adquirere, non ex operis ſuis. Neque obſtabat *d. l.* 45. §. *præterea* 3. *qui* §. intelligendus eſt de ſervo ſimpliciter inſtituto, non contemplatione fructuarii, quo caſu cum nou poſſit dici adire ex re fructuarii, ſi adquireretur hereditas, adquireretur ex opera ſervi, quod ratio non patitur: porro, quod dicimus adquiri fructuario, quod contemplatione ejus ſervo datum eſt, ei obſtare videtur *l. quod fructuarii* 49. *de adq. rer. dom.* ubi JCtus ait, quod extraneus donat ſervo, indiſtincte proprietario adquiri. Sed enim non intelligendum eſt, excludi diſtinctionem, an contemplatione

fructua-

fructuarii donetur vel non, ſed quæ *in pr.* §. proponitur, an donetur ex re ipſius donantis, an eo animo, ut adquiratur proprietario: & utiq; ſi quid donatur ſimpliciter, proprietario adquiritur, & errant procul dubio, qui putãt in dubio præſumi donatum contemplatione fructuarii. Sed quid ſi liber homo non inſtitutus contemplatione poſſeſſoris, ignarus conditionis ſuæ, adeat eo animo, ut poſſeſſorem faciat heredem? Et cum non poſſit adquiri poſſeſſori extra iſtas duas cauſas, aut adquireturipſi homini libero, aut aditione nihil actam erit: cum ratio juris impediat, ne adquiratur poſſeſſori: nec videatur ſibi acquiſiviſſe, qui hoc animo adiit, ut alium faceret heredem, idque magis putant Dd. *argum. l. qui in al. 6. §. ſi is 4. de adq. her.* nam & ſervus alienus non contemplatione poſſeſſoris inſtitutus, ſi adeat ejus juſſu, nihil agit *l. ſi quis 25. in pr. de adq. hered.* utique ſi liber homo ſimpliciter adeat, ſibi hereditatem quæſiviſſe intelligetur, & tamen ſi juſſu poſſeſſoris adierit, non adquiret ſibi niſi eam mentem habuerit; *l. homo 54. in pr. de adq. rer. dom.* qui locus accipiendus eſt de caſu quo non eſt inſtitutio facta contemplatione poſſeſſoris: ceteroquin falſum eſſet, quod ibi dicitur non adquiri poſſeſſori propter *l. aditio 45. §. ult. de adq. her.* plane in hac re nec conveniſſe JCtis apparet ex *l. liber. 19. de adq. rer. dom.* at obſcurum eſt, quale ſit quod dicitur *in d. l. 54. de adq. rer. dom.* adquirere nobis hereditatem, hominem liberum, ſi ſponte ſua gnarus conditionis ſuæ ſine juſſu noſtro adierit.

Quod enim placuit.] Hæc otioſa repetitio eſt, jam enim ſatis hæc dixerat, *in verſ. idem placet.*

Sed bonæ fidei poſſeſſor.] Qui uſucapit, exinde fit plenus dominus; quod in ſervo locum habet, hominis enim liberi nulla uſucapio eſt.

Fructuarius non poteſt.] Rationem duplicem reddit, quare fructuarius non uſucapiat ſervũ. 1. Quia non poſſideat, ſed habeat jus utendi fruendi; hoc enim à poſſeſſione eſt ſeparatum, quod exemplo conductoris apparet. Dicitur tamen naturaliter poſſidere fructuarius *l. naturaliter 12. in pr. de adq. poſſ.* quin ſimpliciter, dicitur poſſeſſor *in l. 5. in fi. pr. ſi uſufr. pet.* & habet interdictum unde vi *l. 3. §. unde vi 13. de vi arm.* cum pleniſſimum jus utendi uſque ad tempus vitæ & omnino res inſiſtendi rei habeat, de quo hic pluribus agendi locus non eſt. Plane non poſſidet hoc modo, qualis requiritur ad uſucapionem, cum proprietarius quoque jus habeat morandi in fundo. Illud notum, quod ſine poſſeſſione uſucapio non procedat *l. ſine 25. de uſucap.* Altera ratione certior eſt, quia utique non tenet rem animo domini, quod omnino ad uſucapionẽ neceſſarium eſt, & hoc ipſo, quod fructuarius tantum eſt, alium dominum eſſe agnoſcit. Locus eſt *in l. 10. § ult. de adq. rer. dom.*

Non ſolum autem.] Quæ ratio eſt domini plenî, quo ad jus adquirendi ex omnibus cauſis; eadem eſt fructuarii & bonæ fidei poſſeſſoris, quo ad jus adquirendi ex re illorum & operis ſervi. At dominus adquirit & dominium & poſſeſſionem, ut §. præc. dictum, ergo & hi adquirent poſſeſſionem ex re ſua & operis ſervi. At dixerit quis, non videri poſſe quæri poſſeſſionem per eum quem non poſſidemus; fructuarius autem non poſſidet, ſed neganda eſt conſequentia: ceteroquin dixerit quis nos poſſe per eum adquirere nec dominium, cujus domini non ſumus, at utique fructuarius ex re ſua & operis ſervi dominium adquirit, & pater non eſt dominus nec poſſeſſor filii, quin & per ſervum penitus alienum *l. 1. §. hac qua 19. de adq. poſſ.* & per procuratorem *d. l. 1. § per procur. 20.* adquirimus poſſeſſionem, aut dicemus fructuarium quo ad iſtas duas cauſas & domini & poſſeſſoris jure uti, & ſervum hactenus perinde haberi, ac ſi in ejus eſſet poteſtate.

In utriuſque perſona.] Fructuarii & bonæ fidei poſſeſſoris, qui caſus abit in duos, quia vel homo liber pro ſervo, vel ſervus alienus, pro proprio poſſidetur.

TEXTUS.

6. Ex his itaque apparet, per homines liberos, quos neque jure veſtro ſubiectos habetis, neque bona fide poſſidetis: item per alienos ſervos, in quibus neq; uſumfructũ habetis, neque poſſeſſionem juſtam, nulla ex cauſa nobis adquiri poſſe. Et hoc eſt, quod dicitur, per extraneam perſonam nihil poſſe adquiri: excepto eo, quod per liberam perſonam, veluti per procuratorem, placuit, non ſolum ſcientibus ſed & ignorantibus vobis adquiri poſſeſſionem, ſecundum Divi Severi conſtitutionem, & per hanc poſſeſſionem etiam dominium, ſi dominus fuerit, qui tradidit: vel uſucapionem, aut temporis longi præſcriptionem, ſi dominus non ſit.

COMMENTARIUS.

1 *Cur dominium potius, quam oblatio quaratur per procuratorem.*
2 *Qualem oportet esse procuratorem.*
3 *Quid si nomine suo procurator rem acceperit.*

EX his itaq; apparet.] Notant Dd. hoc esse argumentum à contrario sensu: adquiritur per jam dd. personas: ergo per alios non adquiritur.

Per liberos homines.] Enumeratio personarum, per quas hucusq; adquiri docuit, ut inde concludat, per alios non adquiri : excepta possessionis causa *l. 1. C. per quas pers. adq.*

Nulla ex causa.] Quæritur aut de dominio, aut obligatione. Et de dominio per procuratorem quærendo mox agit : & cur dominium potius
1 † mediante possessione quam obligatio per alium adquiratur, Dd. communiter hanc rationem reddunt, quod adquisitio possessionis fiat per actum naturalem, in quo facilius alteri operam navare possit, quam contrahendo & stipulando, quæ ratio fundatur *in l. ea quæ § 3. de adq. rer. dom.* de qua dicemus plura *inf. de inutil. stip.* Ratio quam addunt Dd. quod jura personalia & obligationes magis inhæreant quasi ossibus hominum, per se quidem vera est, sed impertinens: non enim dicimus possessionem vel dominium adquisita procuratori transire in dominium, sed recta domino adquiri, non procuratori. Et tamen hoc ipsum ut per procuratorem possessio nobis adquiratur, contra strictam rationem juris ex constitutionib9 admissum fuisse ex hoc ipso loco apparet: quo Justin. hæc adscribit constitutioni Severi, quæ est *in l. 1. C. de adq. poss.* ubi tamen dicitur, id non tantum utilitatis gratia, sed etiam à Jurisprudentia receptum esse; ut adeo ipsi juris ratio hoc quoque admisisse videatur, ut an forte prius Severus adhibuit in consilium JCtos, quod Augustum fecisse circa fideicommissa, legimus *in princ. infr. de codic.* Et igitur per alium adquirimus possessionem, & consequenter dominium, sed non adquirimus obligationem, extraneo enim inutiliter stipulamur *l. si mihi 110. in princ. de verb. obl.* & notissima regula est, neminem alteri recte stipulari *l. stipulatio 38. §. alteri 17. eod. tit. §. alteri 18. infra de inutil. stipul.* sed ad illam regulam sensim nimium quam multæ admissæ sunt exceptiones, ut si non directa, saltem utilis alteri per alterum quæratur actio: quos casus proponemus *in d. §. alteri* : plane cum hi plurimi sint, vix videtur generalis huius loci negativa sustineri posse: Nulla ex causa per liberam personam adquiri posse; nisi Just. de modis & ratione dominii tantum adquirendi, non etiam obligationis, locutum quis opinetur.

Vel acti per procuratorem.] Non dubitatur de procu-
2 ratore † qui speciale mandatum habet: sed quæritur, an sufficiat procuratorem esse omnium bonorum, & an in hoc quoque locum habet constitutio *l. 1. C. de adq. possess.* Distinguunt quidam inter procuratorem generalem, qui liberam habet administrationem & qui non habet. Alii simpliciter putant sufficere mandatum generale, ut videre est ex iis quæ scribunt præter alios *Iason & Zasius in l. 1. § per procuratorem 20. de adq. poss.* Sed ego malim hunc locum *& d. l. 1.* accipere de procuratore speciali; quoniam, ut diximus singulariter hoc jus introductum est, nec ideo late interpretandum & *in l. communis 42. § 1. de adq. poss.* agitur haud dubie de procuratore speciali; & quod sequitur, recte accipitur de procuratore generali; utique vix potest dici recte procurator generalis mandatum habere de hac vel illa re emenda, cum imo mandatum generale administrationem bonorum concernat, non emtionem novorum. Nisi forte quis dixerit, eo quod utilitatis ratio hoc expresserit *d. l. 1. Cod. de adq. possess.* benigne & latius hoc acceptum. Et cum procurator generalis utique ita exigente administrationis ratione vendere & emere possit, ut diximus ad §. *Nihil autem 43. sup. de rer. div.* non potest omnino hoc negari: cum hactenus id juris habeat qui specialis: & facit optime *l. sirem 41. de usucap.* quæ omnino loquitur de procuratore generali: quia negat vitium purgari, si res furtiva in ejus potestatem pervenerit; quod sane secus haberet, si mandatum speciale de persequenda & recipienda re habuisset; & igitur nisi ineptum velimus facere JCtum, oportet de eodem genere procuratoris accipi, quod statim sequitur, per procuratorem nobis adquiri possessionem. Et igitur ubi non simpliciter, sed ubi negotiorum ratio exigit rem v. c. emi, idem in procuratore generalia admittemus.

Sed & ignorantibus.] *l. sime 34. § sed si 2. l. possessio 49. § ult. de adquir. poss. l. si procur. 13. de adq. rer. dom. l. 1. Cod. de adq. possess.* Cui non obstat quod in *l. ea quæ 53. de adq. rer. dom.* dicitur, volentibus nobis adquiri possessionem. Utique enim vult possidere, qui mandatum dat procuratori; licet postmodum ignoret, quo momento temporis possessio procuratori tradatur; quod ut sciat, juxta hos textus necessarium non est.

Et

Digitized by Google

Et tor poſſeſſionem, dominium.] Conſequentia hæc neceſſaria eſt: quoniam quiſquis rem ex iuſta cauſa traditam & ſcil. habili ad transferendum dominium, poſſidet, eum dominum eſſe oportet.

Vel uſucapionem.] Hæc enim paſſim ita traduntur: ut ex juſta cauſa adquiratur dominium, aut conditio uſucapiendi: quod hic intelligit per uſucapionem Tribonian. idque accidit propter perſonam tradentis, cum dominium transferre non poſſit, qui non habet. Eſt tamen hæc inſignis differentia inter utrumque hunc caſum, omnino hic adjicienda: quod ſi tradens dominus ſit, mandans ignorans quoque efficitur dominus *d. l.* 13. *de adquir. rer. dom.* atquin conditio uſucapiendi non quæritur niſi ſcientia, *l. ante* 47. *pen. de uſuc. l.* 1. *Codic. de adquir. poſſ.* quoniam non poteſt habere bonam fidem, qui rem ignorat eſſe traditam.

Aut præſcriptionem] Hoc addidit propter mutationem juris veteris, quam ipſe introduxit in *pr. ſup. de uſucap. & l. unic. Codic. de uſucap. transform.* Ubi jura uſucapionis & præſcriptionis confudit; & potuiſſet adeo ſimpliciter uſucapionis, aut præſcriptionis meminiſſe.

Illud ad extremum hic addendum eſt, an adquiratur poſſeſſio mandanti, ſi procurator nomine ſuo accipiat poſſeſſionem. Ego ut paucis agam, in negativam ſententiam ſum proclivior, 1. quia ut ſæpe diximus, utilitatis gratia & humanitatis id receptum & admiſſum fuit, ut per procuratorem adquiri poſſeſſio poſſet: & ponendi habiles ſunt termini, nimirum, ut nomine mandantis poſſeſſio adprehendatur; alioquin conſtat jure noſtro procuratorem etiamſi ex mandatu alterius rem emat, tamen ipſum obligari & obligare, nec actionem citra ceſſionem poſſe transferri in mandantem *l. poſſeſſio* 49. *in fin. de adqu. poſſeſſ.* & tanto facilius itaque nomine ſuo adprehendendo poſſeſſionem ſibi eam adquiret; maxime cum ceſſet, hic ratio, quæ videtur cum aliis ſuaſiſſe jus iſtud, quod eſt in *leg.* 1. *Cod. de adq. poſſeſſ.* juxta *leg* 1 §. 20. *de adquir. poſſ.* quod & qui tradit rem, poſſeſſionem amittit, & qui rem accipit mandantis nomine, eam non adquireret; Deinde nominatim dicitur in *dict. leg.* 1. §. 20. adquiri nobis poſſeſſionem per eos qui noſtro nomine eam accipiunt. & in *l. ſi emptam.* 47. *de uſucap.* requiritur ut poſſeſſio meo nomine apprehenſa ſit: & emphaſin habet, quod per procuratorem dicitur nobis adquiri poſſeſſio: ſiquidem, qui rem ſuo nomine accepit, jam non habet qualitatem procuratoris. Accedit 3. quod & ſervus alterius nomine rem accipiendo, poteſt facere ne domino quæratur poſſeſſio *l.* 1. §. *hoc quæ* 19. *de adquir. poſſeſſ.* & quanto magis igitur procurator perſona libera? Facit & 4. quod paulo ante diximus, adquiri nobis poſſeſſionem per adprehenſionem procuratoris, actum naturalem, dum operam ſuam nobis adcommodat, quod expreſſum eſt, in *dict. leg.* 1. §. 20. atquin cum ſuo nomine rem adprehendit, non poteſt dici, quod nobis præſtet operam, & dicitur ita adquirere poſſeſſionem per procuratorem, dum per eum adprehendimus poſſeſſionem *l. ſolutam* 11. §. *ultim. de pignor. act.* atqui non poſſumus dici adprehendere cum procurator ſibi negotium gerit. Unicus objicitur locus in *l. qui mihi* 23. *in fin. de donat.* ubi dicitur nihil agere procuratorem ſi rem tamquam ſibi adquiſiturus acceperit, ſed nihilominus adquiri eam domino mandanti, ſi eius nomine tradita fuerit. Ergo & ſatis erit, nomine mandantis rem traditam eſſe, ut ei adquiratur poſſeſſio, licet alia mente procurator eam acceperit; quomodo quidem communiter arguunt Dd. referente *Ias. in d. l.* 1. §. 20. *de adquir. poſſ. col.* 7. Ipſe tamen putat aliam rationem dominii, aliam poſſeſſionis eſſe. Sed ei contradicit hic §. qui docet quod mediante poſſeſſione adquiratur dominium. E. poſita huius adquiſitione etiam poſſeſſio erit adquiſita, aut hac negata, negabitur etiam dominium. Tum quæ uſucapionis, eadem & dominii ratio eſſe videtur; *argum. huius §. in f.* atquin uſucapio ſine poſſeſſione non poteſt procedere. An diſtinguemus, ut ſi procurator ſimpliciter accipiat rem, ea licet mente ſit, ut ſibi adquirat; an expreſſe præ ſe ferat, ſe velle ſibi adquirere: ut illo caſu adquiratur mandanti, & poſſeſſio, & dominium, non etiam hoc; An diſtinguimus inter donationem & alios adquirendi modos; ſiquidem ex donatione non poteſt adquiri obligatio procuratori: ſunt enim textus, qui ut dominium adquiratur mandanti, videntur exigere, ut res eius nomine ſit accepta *l. ſi procurator* 18. *de adquiren. rerum domin. l. falſus* 43. §. 1. *de furtis. leg. cum quis* 38. §. 1. *de ſolution. l. ſi ego.* 24. *de neg. geſt.* An diſtinguimus, an procurator ſimpliciter contraxerit, an nomine domini. Plane Theoph. hoc tantum requirit, ut noſtro nomine poſſeſſio tradita ſit, ſed idem ponit à nobis ipſis fundum emptum, & procuratorem ſpecialē eius apprehendendi cauſſa miſſum; in quibus terminis quidem id ſufficere non difficulter concedam. Illud denique addo, videri errare cum aliis

Johann. de Platea hic dum ſcribit, per modos 3 quoſdam de † jure civili receptos, non quæri domino poſſeſſionem, ſed tantum procuratori, veluti per clavium, aut inſtrumentorum traditionem *l. 1. Codic. de donat. lag. clavibus. 73. de contr. empt.* Omnino enim contra puto, ſi claves & inſtrumenta nomine mandantis tradita ita procurator acceperit, mandanti poſſeſſionem adquiri. Alia ratio eſt conſtituti, & eius termini non poſſunt huc adcommodari; aut enim conſtituit v. c. venditor poſſidere nomine mandantis, & non opus eſt, ullo facto procuratoris, aut nomine procuratoris, & contradictorium eſſet adquiri mandanti; quoniam nullum intervenit factum procuratoris, ex quo poſſit adquiri mandanti; Ceteroquin quæſtioni locus eſt ſi apprehendat rem procurator nomine mandantis. Et vero ſi venditor dicat eam tradere hoc animo, ut procurator adquirat, (qui caſus contrarius eſt ei quem tractavimus,) an poſſeſſio adquiratur mandanti. Et videtur magis probari, dominium quidem non adquiri mandanti, cum deficiat voluntas domini tradentis, (de quo fere conſtat.) Sed adquiri tamen poſſeſſionem, quippe quæ nova eſt; & alia ab ea, quæ fuit penes tradentem; Et omnino ad poſſeſſionem adquirendam factum & animus procuratoris ſufficere videntur.

TEXTVS.

Hactenus tantiſper admonuiſſe ſufficiat, quemadmodũ res ſingulæ nobis adquirantur: nam legatorum jus, quo & ipſo ſingulæ res nobis adquiruntur, item fideicommiſſorum, ubi nobis res ſingulæ relinquuntur, oportunius inferiori loco referemus. Videamus itaque nunc quibus modis per univerſitatem res nobis adquiratur. Si cui ergo hæredes facti ſimus, ſive cuius bonorum poſſeſſionem petierimus, vel ſi quem adrogaverimus, vel ſi cuius bona libertatum conſervandarum cauſa nobis addicta fuerint, eius res omnes ad nos tranſeunt. Ac prius de hæreditatibus diſpiciamus: quarum duplex conditio eſt: nam vel ex teſtamento, vel ab inteſtato ad nos pertinent. Et prius eſt, ut de his diſpiciamus, quæ ex teſtamento nobis obveniunt, quia in re neceſſarium eſt initium de ordinandis teſtamentis exponere.

COMMENTARIVS.

Quemadmodum ſingulæ res.] Videtur magis modos adquirendi ſingulares intelligere, de quibus hactenus egit; Ceteroquin etiam per emptionem univerſitas adquiritur utique adquirebatur olim, juxta *tit. de ju. ceſſ. ſubj. infr. l. 3.* Quin & per donationem univerſitatem bonorum transferri poſſe conſtituit Juſt. in *l. ſi quis 35. §. ſed ſi quis 4. C. de donat.* & potuiſſe ante eum docet *l. ſi unquam C. de revoc. donat.* Sed & univerſitas vendi poteſt *tit. de hered. vend.* Examen iſti caſus ſingulares non faciunt, quo minus recte his modis adquiri dicantur res ſingulæ, maxime cum hoc modo tantum actio ex conventione contra donantem, aut vendentem, non (niſi utilis) contra alium adquiratur, quod in hæreditatibus ſecus eſt.

Nam legatorum.] Eſt & hic ſingularis acquirendi modus; Sed quia legata teſtamento relinquuntur, commodius putavit, poſt materiam teſtamentorum de his agere.

Per univerſitatem.] Adquirimus univerſitatem bonorum, vel viventis, vel defuncti. Illud fit per adrogationem; & antiquitus quidem omnia omnino adquirebantur; poſt, excepta caſtrenſia, & inde adventitia quo ad proprietatem, juxta tradita *tit. ſup. h. tit. ad §. 1. iunct. inf. tit. de adquir. per adrogat.* Neque enim ratio patitur, ut plus habeat juris pater adrogator quam naturalis; & conſequenter adrogatio hodie non eſt verus modus adquirendi univerſitatem, ſed tantum ſecundum quid, & quatenus utique bonorum omnium, (extra caſtrenſia vel quaſi) adrogator conſequitur uſumfructum. Adrogationis autem meminit Juſtin. quoniam ex ipſius conſtit. *§. ſed hodie ſup. de adopt.* adoptatus non tranſitin poteſtatem, niſi ab aſcendente facta ſit adoptio. Sed ponamus igitur patrem dediſſe in adoptionem filium ſuum avo materno; an uſusfructus quæretur patri adoptanti, an manebit penes naturalem patrem? Si rationem ſequemur, cum hoc ſit jus & effectus hic poteſtatis patris, ut uſumfructum quis habeat in bonis adventitiis filii, ſolutio jure poteſtatis, quod hoc caſu contingit, non poterit uſus fructus manere penes naturalem patrem; & notandus erit modus hic finiendi uſusfructus. Ita de univerſitate viventis; vetus n. ille

modus

modus adquirendi universitatem per emptionem bonorum à Justiniano est sublatus. Defuncti universitatem bonorum adquirimus per successionem, dum alicui existimus hæredes; idque vel ab intestato vel ex testamento; & rursus utrumque vel jure civili vel prætorio; nam & qui bonorum possessor in specie dicitur; effectu est hæres, & ita passim dicitur: quin & cui libertatum conservandarum gratia bona addicuntur (*de quo in f. lib.* 3.) hæredis loco est. Rursus adquirimus hæreditatem, sive universitatem, aut directo & immediate, aut per manum alterius, dum hæreditas nobis, ex fideicommisso restituitur, hoc enim quoque modo actionibus trasseuntibus ex Trebelliano universitatem consequimur; quem modum Justinian. omisit hoc loco, fortasse, quia fideicommissum præ supponit, hæredem vel ex testamento vel ab intestato, vel civili, vel prætorio jure factum fuisse. Non dubitarim etiam partem bonorum posse mortis causa donari, verum sicut & cum donatur universitas inter vivos., non adquiretur qua universitas, ut in donatarium recta transeant iura activa & passiva, sed ut saltem habeat actionem ex donatione, qua consequatur ut partem bonorum donator tradere cogatur, (quod & in legatario partiario juris est) & ita in mortis causa donatione obtinet.

Prius quam ex testamento. ¶ Quoniam quamdiu ex testamento defertur hæreditas, cessat successio ab intestato. Et ideo necessarium esse ait, de ordinandis testamentis exponere; quoniam non potest succedi ex testamento, nisi justum sit & confectum secundum regulas juris civilis.

AD TITVLVM X.

LIBRI SECVNDI Institutionum.

DE TESTAMENTIS ORdinandis.

TEXTVS.

1. Testamentum ex eo appellatur, quod testatio mentis sit.

COMMENTARIUS.

1 *Etymologia testamenti.*
2 *Definitio eiusdem.*
3 *An sit iuris gentium,*
4 *An iuris publici.*

TEstamentum verbum simplex est, à testando dictum, & allusio ista saltem est, quam proposuit Justin. quia connexit hoc rei ipsi, quod
1 quis † mentem suam testatur. Neque ferri potest, quod *Gædd. in l. nomen* 164. *de V. S. n.* 6. hanc derivationem etiam putat accommodari recte, ad verba, *vestimentum*, *calceamentum*, *&c.* neque enim potest dici vestitio, aut calceatio mentis; & quod sutor, vel sartor judicio mentis in faciendo opere utentur, nihil facit ad defendendam istam etymologiam; & quid dicemus de verbis *rudimentum*, *stramentum*, *excrementum*? Defini-
2 tur † testamentum, in *l.* 1. *h. t.* quod sit justa sententia de eo quod quis post mortem suam fieri velit. Neque conveniet definitio ista codicillis, si intelligas voluntatem solemnem, vel potius integram & de omnibus bonis; siquidem ubi tantum codicillos quis fecit, quod præcipuum est, relinquitur dispositum legis, ex qua proximus vocatur ad defuncti hæreditatem. Et frustra hic de peregrinorum testamentis objicit Vulterius hæc enim, si in Rep. propria in qua peregrini vivunt, considerentur, omnino vere testamenta sunt: Sed ad temp. Rom. considerata, testamenta non sunt. Dici breviter potest, quod testamentum sit legitima successoris designatio, nam legata ad testamenti essentiam non pertinent. Eodem fere sensu definitur à Græcis *datio hæreditatis*; nam cum pater liberos etiam, qui sui dicuntur, exhæredare possit, recte etiam his dari hæreditas dicitur; & codicillis non datur hæreditas vere. Sed qui ex Lege hæres est, de restituenda hæreditate rogari potest, quæ non confundenda, sed accurate sunt distinguenda, *per §. pen. infr. de codicill. l.* 10. *de iur. eod.* & insuper hæres detrahit quartam. Videndum et-
3 iam hic breviter est, † an testamentum juris gentium an civilis sit. Et sane, qui hoc tit. describitur, modus testandi, is haud dubie juris civilis penitus est; Ceteroquin ipsa dispositio, & ut liceat testari & morituro disponere de bonis suis, ad gentium jus omnino est referendum, quo longe ante Romam natam, Græci & gentes aliæ usæ fuerunt. Neque obstat *l.* 6. *de iust. & iur.* dicitur enim jus civile ratione usus, aut formæ specialis, quam quæque Respub. addit; Ceterum cui aliquid additur & detrahitur, id oportet, ut ante fuerit; alias omnia pene ad jus civile refer-

referrentur. Nec obſtat, quod deportatus, qui dicitur retinere ea quæ ſunt juris gentium *l. jure quidam 17. de pœnis*, non poteſt teſtari: hoc enim fit propter jus quod fiſco vel alii in ejus bonis eſt quæſitum: Ceteroquin ſi ille evaſerit terminos Imperii Romani, utique poterit jure gentium teſtari. Neque verum eſt, quod hoc repugnet ſimplicitati juris gentium, ut diſponatur in id tempus, quo quis non futurus eſt amplius dominus; quid ni enim hic qui adhuc dominus eſt, poſſit diſponere, ut ſub certa lege res tranſeat ad heredem, quem ratio ſumma obligat, ut exſequatur voluntatem defuncti, & diſpoſitio diverſa eſt ab executione, ut not. hic Vigl qui etiam putat hoc non eſſe benignitatis, ut teſtari liceat, ſed recti juris. Cujac. hic vult videri ſubtilis. Ait teſtamentum eſſe juris gentium, ſed factionem teſtamenti eſſe juris civilis: quod quæque gens ad LL. Reip. ſuæ tetteur. Sed revera inſubtile eſt; & ita matrimonium, ſucceſſiones ab inteſtato & alia multa eſſent juris civilis: Nimirum jus gentium eſt quoddam jus generale, ex quo omnes gentes, ut ita loquar, hauriunt, & rebus publ. ſuis applicant, aliquo proprio addito: quod ad formam ſpecialem pertinet, ut non propterea ipſa res recte dicatur juris gentium; & iſtud hic quæritur, an non facultas diſponendi de bonis ſuis ſub mortem, ſi juris gentium, quod affirmamus, & inde confirmamus, quod omnes pene gentes hoc jure uſæ ſunt; ceteroquin jure mero gentium, in nulla Repub vivitur: & id magis in Idea conſideratur. Addo tamen, multa in hereditatibus occurrere, quæ ſunt juris civilis. Laxior enim ex jure gentium eſt diſponendi ratio, nec eo neceſſum erit inſtituere heredem, ſed ſatis erit, bona ſua variis aſſignare & inter eos dividere; ſalvo tamen jure creditorum: ut non omnino errent, qui rationem transferendi hereditatem & jura activa & paſſiva magis ad jus civile referunt; & Laertius in vitis Philoſoph. aliquot diſpoſitiones ultimas refert, in quib. nulla mentio heredis inſtituti. Sed quid eſt, quod in *l. 3. h. t.* dicitur, factionem teſtamenti eſ-
4 ſe juris † publici? Non placet, ut hoc dictum intelligamus, intuitu juris veteris, quo calatis comitiis fiebant teſtamenta cum præſertim jam tempore JCtorum ratio iſta teſtandi procul dubio in deſuetudinem abierit. Sententia ſimplex eſt, quod publico jure & Lege XII. tabb. ſit permiſſa teſtamenti factio, & quidem ſub certis ſolemnibus quæ omnino ſervanda ſunt, cum alias contractus pro libitu & arbitrio noſtro, & quibus volumus, conditionibus celebremus: Ceterum ſi jus publicum accipiamus in ſpecie, ut in *l. 1 de inſt. & iur.* pro eo quod ad ſacra & magiſtratus & ſtatū Reipub. pertinet, nec teſtamenta quidem quæ calatis comitiis olim fiebant, recte ad jus publicum poſſunt referri: quia autoritatis tantum gratia & confirmationis ita publice quaſi inſinuabantur.

TEXTVS.

2. Sed ut nihil antiquitatis penitus ignoretur, ſciendum eſt, olim quidem duo genera teſtamentorum in uſu fuiſſe: quorum altero in pace & otio utebantur, quod calatis comitiis appellabatur: altero cum in prælium exituri eſſent, quod procinctum dicebatur. Acceſſit deinde tertium genus teſtamentorum, quod dicebatur per æs & librā, ſcilicet, quod per emancipationem, id eſt, imaginariam quandam venditionem agebatur, quinq; teſtibus & libripende civibus Romanis puberibus præſentibus, & eo, qui familiæ emptor dicebatur. Sed illa quidem priora duo genera teſtamentorum ex veteribus temporibus in deſuetudinem abierunt: quod vero per æs & librā fiebat, licet diutius permanſerit, attamen & hoc partim in uſu eſſe deſiit.

COMMENTARIVS.

1 *Jura antiqua an tractanda.*
2 *Error V Veſembecii circa comitia.*
3 *Teſtamentum in procinctu.*
4 *Teſtamentum per æs & libram.*

DIviſio teſtamenti principalis eſt in paganum
1 & militare, à † perſonis teſtantibus: & quia plurima militibus ſunt conceſſa privilegia, ratione formæ, dividetur eodē ſenſu in perfectū & imperfectum: licet militare quoq; teſtamentum alias ſuo ſenſu recte dicatur perfectum. Paganum olim factū fuiſſe calatis (id eſt convocatis) comitiis docet Juſt. & hoc repetit ex antiquitate. Theoph. ait, licet iſta poſſint ignorari ſine periculo, tamen conferre ad hiſtoriā, & ut intelligatur, quomodo iſta progreſſu temporis ſint mutata. Et ſcil. antiqua

jura

Digitized by Google

jura in foro quidem allegari vetuit Juſtinianus *tit. de vet. jur. enucl.* ſed alias jura antiqua non parum conferunt ad ſcientiam & cognitionem juris novi, & ita in *l. per Cod. de Lat. lib. toll.* allegatur jus vetus item *in l. un.* §. 3. *cum 2. Cod. de cadu. toll.* Weſenbecius tamen mallet hoc potius in Pandectis traditum, quam in his Inſtitutionibus, cum præſertim ipſe in præfatione, dicat tradi hic nihil inutile, nec quidquam, ut ait, ex antiquis fabulis. An LL. antiquatæ, & quæ etiam extra corpus juris ſunt, veluti ex *Theodo. Cod.* poſſint in argumentum adduci in foro, late tractat *Vigl. hic.*

Calatis comitiis] Centuriata magiſtratus calata Pontifices comitia cogebant, inquit hic Weſenb.
2 † unde hic hauſerit neſcio. Sed inſignè lapſum eſſe ſcio: quod calata fuerint certa ſpecies comitiorum: nec minus falſum quod magiſtratus tantum centuriata comitia coegerint. Varia erant, quæ comitiis agebantur, pro quorum diverſitate populus, per curias, centurias, aut tribus ſuffragia ferebant, unde tres ſpecies comitiorum, nec plures, de quibus latiſſime Gruchius & Sigonius ſcripſerunt. Curiatis comitiis fiebant Lege Curiata adrogationes, autoritate Pontificali, ut conſtat ex *orat. Cic. pro domo*: adeoque oportet Pontifices jus habuiſſe cogendi comitia Curiata: neq; aliud ſunt comitia calata, quã cõvocata. Et igitur Pontifices cogebant comitia curiata, nõ autẽ ſoli, nam Conſules, ad bellum profecturis Imperium lege Curiata deferebatur, an autem ſpecialis fuerit modus quo Pontifices ad comitia populum vocabant, unde ea in ſpecie dicta calata, haud ſcio: quamvis id videatur innuere. *Gellius 15. c. 27.* Notat Hottom. quod Pontifices olim omnibus fere actibus ſolemnibus præfuerint, & proinde etiam in comitiis convocatis à pontificibus, & quibus hi præerant, teſtamenta facta fuiſſe, quod præſertim ſacra quædam una cum hereditate tranſirent. Vicem hujus teſtamenti videtur ſcribere, quod hodie principi inſinuatur, qui populum totum repræſentat; de quo in *l. omnium 19. C. h. t.* & aliquatenus, quod fit apud acta publica magiſtratus. *d. l. omnium.*

Quod procinctum dicebatur.] Teſtatur *Plut. in vita*
3 *Coriolani*, hunc morem † fuiſſe militibus Romanis, ut exituri in prælium, (in quo mors imminebat) antequam ſumerent ſcuta, ſuccincti vel præcincti togas, (ut pugnarent expeditius) tribus aut quatuor audientibus, facerent teſtamenta (δι' ὀλίγων ἀκροατῶν) heredem nuncuparent: quod teſte Feſto dicebatur teſtamentum. Eundo (in) procinctu, cujus & meminit *Gell. d. loco & li. 5. & 9. Cic. 1. & 2. de nat. Deor. & de orat. Vip. de teſtam. tit. 20. §. 1.* adeò aut cum Cujac. hic legendum eſt in *procinctu* pro *procinctum*, aut fatendum eſt Tribonianum ſub inepte locutum: (neque enim ulla ratione ipſum teſtamentum procinctum dici poteſt:) & hoc magis eſt, nam & Theoph. vocat procinctum.

4 *Tertium genus per † æs & libram.*] Hanc teſtandi rationem receptam ait Theoph. quod non ſemper eſſet copia teſtandi in comitiis: & quod aliqui ominoſum, κ'πονον· exiſtimabant, ſano corpore teſtamentum condere. Antiquitus Romani gravi ære uſi, pecuniam non numerabant ſed adpendebant; Inde æs & libra; quæ maxime & proprie in venditionibus interveniebant. Et tamen poſt etiam cum pecunia ſignata uterentur, veterem ſolemnitatem remanſiſſe ex complurimis locis apparet; quo pertinet illud Horatii.

Si proprium eſt, quod quis libra mercatur & ære. Ita res mancipi optimo jure tranſibant in accipientem, ceteroquin hic tantum bonitarius dominus efficiebatur, ut docet *Vip. t. 1. §. qui tantum* 11. & hic modus alienandi mancipatio dicebatur *d. §. 11. & tit. 20. de domin. §. 2.* ubi ait mancipationem fieri certis verbis, quinque teſtibus & libripende præſentibus: & Theophi in §. *præterea ſup. Quib. mod. jus pot. ſolv.* ait interveniſſe libripendem, cum ſtatera & nummo æneo: qui nimirum ſolemnitatis cauſa adhibebatur: & non tantum in venditionibus, ſed etiam in aliis translationibus: quippe quod veteres optimum hunc per emptionem adquirendi modum exiſtimarent: Et formulam hanc refert Boeth. in Top. Cic. Ego hanc rem ex jure Quiritum meam eſſe aio, emptam mihi hoc ære æneaque libra, qua de re bene ſcribit *Marcell. ad LL. XII. tabb. capp. §. 14 15. 16.* & faciunt quæ ſcribit *Priſcian. l. 6. in extremo & Plin. lib. 33. cap. 3. poſt pr.* Inde translationem univerſitatis hoc quoq; translatum, ut quaſi emeret quis bona à teſtatore, & juſto ita hoc titulo ea poſt mortem ejus poſſidere intelligeretur: de quo & de familiæ emtore dicemus ad §. *ſed neque 10. inf. h. t.* Conſtat autem nummum unum quem emptor dabat teſtatori, infinitis partibus fuiſſe inferiorem hereditate: quod & in ceteris translationibus obtinebat: itaque in genere verum eſt, fuiſſe iſtam imaginariam mancipationem. Eſt tamen & apud Theophilum, *emancipatio* quam vocat ἐμανσιπάτιον: ut Juſtin Id ſane ita hic obtinebat: non tamẽ ſemper mãcipatio imaginaria venditio erat. Et emancipatio dicta fuiſſe

poteſt

poteſt, quod de manu & poteſtate unius res in alium tranſibat: quin & hinc forte emancipatio liberorum dicta quod ſine tribus venditionibus fieri non poterat, ſed maxime in hac ſpecie, hereditatis & omnium bonorum venditorum: Cui alii & hanc rationem adjiciunt, cur imaginaria ſit iſta venditio: quod alius erat emptor familiæ à vero herede, de quo jam *d. loco & ad §. 10. h. t.* agemus. Hinc apparet quam ridicule hoc loco Joh Faber, ſcribat, quoniam liberi ſui, ſint vivo patre domini, ideo ut pater pleno eſſet jure dominus, cum antequam teſtamentum conderet, debuiſſe jure veteri emancipare liberos ſuos: quod etiam ex aliis refert *Nic. de Neap.* qui aliter putat venditionem ideo factam, ut magis faveretur heredi tanquam habenti cauſam oneroſam. Ignoſcendum eſt Interpp. qui iſta ignorarunt.

In deſuetudinem abierunt.] Equidem cum non ſemper comitia fierent, alius modus amittendus fuit teſtandi, quo cives ubi vellent, uti poſſent. Sed protinus recepto hoc modo per æs & libram, veterem illum, calatis comitiis, deſitum fuiſſe minime probabile eſt: quin ſatis diu & hunc perduraſſe: iſtud indicio eſt, quod *Gellius 15. Noct. 27.* ſimpliciter tres ſpecies ſive modos teſtandi proponit, calatis comitiis, in procinctu, & per æs & libram: & ipſe Juſtin. hoc § acceſſiſſe dicit tertiam ſpeciem. Plane ſublato jure comitia cogendi, quod ſane ſub Principibus vere accidit, & utique translata in Orientem Imperii ſede, conſequens eſt, & hunc modum teſtandi ceſſaſſe, quin & per æs & libram: neque crediderim tempore Juſtiniani ita teſtamento ordinata fuiſſe: nec ſatis intelligo, quid ſibi velit Juſt. *in fin. huius* §. quod hoc genus teſtandi PARTIM in uſu eſſe deſierit: & forte SENSIM in deſuetudinem abiiſſe intelligit, aut partem aliquam ſolemnitatum remanſiſſe v. c. teſtes, aut nuncupationem, de qua Ulp. *tit. de teſtam.* Ulpianus plane *tit. de teſtam. §. 1.* ait ſolum jam in uſu eſſe, quod per æs & libram fit: ſolum ſcil. ex jure civili: nam prætorio & mixto jure tempore Ulpian. teſtamenta quoque facta, plurimi textus juris oſtendunt, quin & longe ante eum apud Cic. non uno loco fiat obſignatorum mentio, quorum non erat uſus in teſtamento per æs & libram: imo an forte contra cum alius heres in tabulis ſcriberetur, & ita tum non erat per æs & libram, plena teſtatio, quod omnino notandum. Inepta autem eſt ratio quam affert Viglius, cum teſtamentum per æs & libram in uſu eſſe deſierit: quia pacta de futura hereditate ſint contra bonos mores: neque enim erat vera venditio, neque ejus effectus ut mutare teſtamentum non liceret. Sed penitus eſt inepta ratio, poſtquam receptum fuit, ut ab emptore familiæ alius eſſet verus heres.

TEXTVS.

3. Sed prædicta quidem nomina teſtamentorum ad jus civile referebantur: poſtea vero ex Edicto prætoris forma alia teſtamentorum faciendorum introducta eſt. Jure enim honorario nullo emancipatio deſiderabatur, ſeptem teſtium ſigna ſufficiebant, cum jure civili teſtium ſigna non eſſent neceſſaria

COMMENTARIVS.

1 *Cur ſeptem teſtibus opus in teſtamento.*
2 *Cur quinque teſtes neceſſarii in mancipationibus.*
3 *Ius Canonicum defenſum.*
4 *Cur in divortiis ſeptem teſtibus opus.*

IUre prætorio, apparet ex hoc §. ſatis fuiſſe, voluntatem ſupremam conſignatam ſcriptis ſeptem teſtibus ſubſignandam proponere: qui ſimplex & expeditus, citra ſolemnitates illas nexus & emancipationis imaginarias, teſtandi fuit modus: eoque pertinet, quod Ulp. ſcribit, *tit. 28. de poſſeſſ. dand. §. Etiam 5.* licet non valeat teſtamentum jure civili, tamen ſignatum ſi ſit à ſeptem teſtibus, poſſeſſionem bon. ſecundum illud ſcilicet à prætore dari.

Septem teſtium ſigna.] In teſtamento per æs & libram † quinque requirebantur teſtes, una cum libripende & familiæ emptore: *§. prec. & §. 1. apud Vlpian. tit. 20. in f.* adeo interveniebant ſeptem perſonæ: quem numerum, prætor, qui ſolemnitates illas civilis juris improbavit, integrum tamen in teſtamento eſſe voluit: adeoque inde neceſſario effectum, cum nullæ eſſent ibi partes libripendis & emptoris, ut ſeptem teſtes adhibendi eſſent: Ad eundem modum de emancipatione liberorum ſcribit *Caius 1. Inſt. 6.* adhibitos fuiſſe quinque teſtes cum libripende & Anteſtato: poſt fieri ſolitam ante curiam, ita ut pro libripende & Anteſtato alii teſtes adhiberentur, ut ſeptem teſtiū numerus impleretur. Unde liquet, non in teſtamentis ſolum, ſed etiam alibi ſeptem teſtes adhibitos

fuiſſe

fuiſſe : & ſimul liquidiſſimum eſt, unde numerus ſeptem teſtium deſcendat : & nimis quam abuntur opera, qui hic ad ſcrupuloſitates Græculorum, & præſtantiam numeri ſeptenarii con-
2 fugiunt. Cur autem in quavis † mancipatione olim quinque teſtes neceſſarii fuerint, ratio non ſatis liquet; niſi forte eum Servius Rex quinque civium claſſes conſtituiſſet, placuit, ut actibus illis ſoleñibus, ſinguli ex ſingulis claſſibus adeſſent; licet poſtea proculdubio, etiam ex claſſe una quinque adhiberi potuerint. Hinc claſſicorum quoque, id eſt, idoneorum teſtium appellatio nata. Nec movet, quod Dionyſ. Halic. ſex claſſes factas ſcribit: Etenim ſextæ claſſis, quam centuriam *libr.* 1. vocat Livius, nulla habita fuit ratio: quippe in quam conjecti erant tenuiſſimi cives, proletarii & capite cenſi, qui nec militabant, nec quidquam ad remp. conferebant, & ab omnibus dignitatibus excluſi erant : & juxta numerum quinque claſſium, quinque aut decem tribunos plebis fuiſſe teſtes ſunt *Liv. lib.* 3. *& Aſcon. Pad. in orat. Cicer. pro Cornel.* & huc facit, quod *Feſtus libr.* 5. ſcribit, claſſicos teſtes fuiſſe dictos, qui in ſignandis teſtamentis adhibebantur. Septem teſtes ad ſubſtantiam teſtamenti pertinere volunt Dd. nec inepte omnino, ſi intelligas ipſam ordinationem teſtamenti, de qua hoc §. agitur: ceteroquin eſſentia teſtamenti eſt & conſiſtit in ipſa diſpoſitione
3 teſtatoris. Porro jus † Canonicum (licet ſint qui diſpoſitionem juris Can. reſtringunt ad teſtamentum ad pias cauſas, ſed male, quia Jus Can. improbat diſpoſitionem juris civilis, quod nimis multos requirat teſtes) *c. cum eſſent c. relatum h. t.* improbat jus civile, & vult ſufficere duos teſtes cum parocho, juxta illud ex jure divino : In ore duorum vel trium ſtabit omne verum. Quæ juris Can. ſententia, quidquid alii contra diſputent omnino nititur certâ ratione; neque convenit juris gentium rationi, ut tam magnus numerus teſtium adhibeatur: & apparet ex jam dictis, eſſe hoc totum & mere poſitivum, & à jure civili : nec quiſquam rationem reddere poſſit, cur in quavis mancipatione & alienatione per æs & libram debeant intereſſe quinque teſtes; & potuiſſet ſane prætor contentus eſſe numero quinario: & rurſus nulla neceſſitas fuit, ut pro emptore familiæ & libri pende duo præterea teſtes adhiberentur, & poſſe alio jure civili hunc numerum minui, qui negaverit, is ad agnatos & gentiles fuerit deducendus. Et ita *Leo N.* 41. ſancit, ut in civitatibus quinque, in pagis tres teſtes ſufficiant. Sed quæ ratio eſt, cur in
4 † divortiis opus fuerit ſeptem teſtibus? *l. nullum 9. de divort.* in conventione in manum opus fuiſſe decem teſtibus ſcribit *Ulp. t.* 9. quia (ut puto) erat ea mutua & duplex emtio & quaſi mancipatio: Divortia ut plurimum fiebant proto πλείονες, ergo ſuffecerint quinque teſtes : & ſublatis priſcis ſolemnibus, hic quoque duo additi, ultra quinque: An poſt receptum ut quivis ſolemniores actus, requirerent ſeptem teſtes. Ambigo & cogitandum relinquo.

Jure civile non eſſent neceſſaria.] Quo fiebat teſtamentum per æs & libram, & per mancipationem. Plane jure civili & in hoc genere teſtamenti duo fuiſſe neceſſaria ſcribit *Ulp. t.* 20. *de teſtam.* §. 8. familiæ mancipationem & nuncupationem, qua ſcilicet teſtator, conteſtabatur, hanc eſſe voluntatem ſuam, quam ipſis exhibebat; quæ videtur eſſe ſuprema conteſtatio in *l. qui teſtam.* 20. §. *& veteres* 8. *h. t.* quo eodem ſenſu *Ulp. d. tit.* 20. *in pr.* teſtamentum definit conteſtationem: dicemus adhuc aliquid in §. *ſed neq.* 10. *inf. h. t.* At cui bono illa conteſtatio in teſtamento per æs & libram & in mancipatione: Puto hoc receptum fuiſſe, poſtquam placuit, palam quidem mancipari familiam emptori imaginario, ſed alium ſeparatim verum heredem ſcribi de quo in §. *ſed neque* 10. *inf. h. t.* tum etiam propter legata, quæ nihil ad emptorem familiæ, & omnino diverſa à familiæ mancipatione. Et puto omnino verum quod ſcribit Theoph olim facta mancipatione, dixiſſe teſtatorem, ad familiæ emptorem, volo te huic vel illi dare agrum, ædes, tot florenos, qui quaſi modus legandi fuit. Illud perſpicuum eſt, *h.* §. jus civile non juri gentium, ſed juri prætorio opponi, ut autem per illud intelliganus quod diſputationib. JCtorum introductum eſt, nulla ratio facit, licet iſtud communi nomine dicatur jus civile *l.* 2 §. *his LL.* 5. *de orig. iur.* Et cum juri prætorio opponatur, latius accipi oportet. Et teſtandi modos calatis comitiis & in procinctu, antiquiſſimos fuiſſe certum eſt: & de hoc ex *Plut. in Coriol.* conſtat: mancipationes per æs & libram ex XII. tabb. Lege deſcendunt: an autem eam alienandi rationem, JCti traxerint etiam ad teſtamenta, haud liquido dixerim.

TEXTVS.

4. Sed cum paulatim tam ex uſu hominum, quam ex conſtitutionum emendationibus cepit in unam conſonantiam jus civile & prætorium jungi: conſtitutum eſt,

ut uno eodemque tempore, quod jus civile exigebat quodammodo, ſeptem teſtibus adhibitis, & ſubſcriptione teſtium, quod ex conſtitutionibus inventum eſt: & ex edicto prætoris ſignacula teſtamentis imponerentur: ita ut hoc jus tripertitum eſſe videatur: & teſtes quidem & eorum præſentia, contextu uno, teſtamenti celebrandi gratia, à jure civili deſcendant: ſubſcriptiones autem teſtatoris & teſtium, ex ſacrarum conſtitutionum obſervatione adhibeantur: ſignacula autem & teſtium numerus ex edicto prætorio. Sed his omnibus à noſtra conſtitutione propter teſtamentorum ſinceritatem, ut nulla adhibeatur fraus, hoc additum eſt, ut per manus teſtatoris vel teſtium exprimatur nomen heredis, & omnia ſecundum illius conſtitutionis tenorem procedant.

COMMENTARIVS.

1 *De uno contextu teſtandi.*
2 *Contractus non celebrari poſſit.*

APparet ex hoc §. & §§ præcedd. teſtamentum à formæ teſtandi poſſe diſtingui in purum & mixtum. Illud quod ſit juxta diſpoſitionem juris civilis vel prætorii tantum: hoc quod ſit obſervatis ſolemnitatibus utriuſque juris. De quo teſtamento mixto hoc §. agit Juſtinianus. Ait jus civile & prætorium cepiſſe in unam conſonantiam jungi: quod non male ita accipit & explicat Hottom. uſu & conſtitutionibus Impp. factum, ut jus civile & prætorium pro uno jure haberentur, nec adeo mirum, ſi ex utroque hoc jure una teſtandi forma fuerit conflata. Ideoque recte ait, *ex emendatissimis conſtitutionum*, quia conſtitutiones conſtituunt & ipſæ jus civile; aut potius quoniam hic à conſtitutionibus diſtinguit jus civile: intelligit quod conſtitutiones eodem loco habuerint jus prætorium & civile. Poſſit etiam quis ea verba Juſt. commodiſſime ad hunc caſum & hanc materiam referre: & quod homines ceperint in teſtando uti, partem civili partem prætorio jure, idque etiam conſtitutiones poſtea probaſſe: quæ explicatio magis mihi placet.

Vno eodemque tempore.] Teſtamentum debet fieri uno † contextu *l. heredes* 21. §. *ult. h. t. l. hac conſultiſſ.* 21. *in pr. & l. cum antiquitas* 28. *C. eod.* quibus locis hoc ita explicatur, ut non interveniat actus extraneus: quod plenius explicat & diſtinguit *d. l.* 28. ut videl. non vitietur actus teſtandi, ſi quid interveniat, quod ratio morbi teſtatoris vel neceſſitas naturæ expoſcat. Ratio huius juris reddi ſolet quod digreſſus ad alia videtur avocare ab eo propoſito quod in teſtatore exigitur, & arguere minus conſtans propoſitum teſtantis, & inſuper efficere, ut aliquid præter mentem teſtatoris incogitanter recipiatur, ut notat *Connan. 5. comm.* 2. quod poſterius tamen tantum locum habet in caſu, quo fit teſtamentum nuncupativum, aut alias teſtamentum prælegitur teſtibus, non quo teſtamentum clauſum ſignandum ſaltem & ſubſcribendum offertur teſtibus: ceteroquin privatim quiſque quomodo & quantocumque tempore teſtamentum condere, & vel millies ſcriptionem abrumpere & interrumpere poteſt. Et quod de uno contextu traditur, pertinet ad ipſam conteſtationem, ut appellant, & ordinationem ſolemnem teſtamenti coram teſtibus. Et igitur ſi abrupto actu iſto, aliud agere incipiat teſtator, vitiatum intelligetur teſtamentum. Eſt autem contrahendi alius & extraneus à teſtamento † actus: & proinde ſi inter teſtandum contrahat cum aliquo teſtator, actus intelligetur teſtandi interruptus. Et fruſtra hic objicitur *l. non eſt* 26. *D. de pignor. act.* ubi dicitur, teſtamento pignus conſtitui poſſe. Etenim non fit hoc per contractum & conventionem, ſed habet inſtar legati, dum teſtator ſolus pignori aliquam rem creditori etiam ignoranti, eſſe jubet: neq; enim pignus in genere ſumptum contractus eſt, ſed jus in ſecuritatem debiti conſtituum. Hoc jus & conventione & per modum legati ultima voluntate conſtituitur: ſicut & jura ſervitutum. Nec magis obſtat, quod aſſignati quoque libertus teſtamento dicitur *l. 1. §. 1. de aſſign. l.* Licet enim neque legatum iſtud ſit proprie neque fideicommiſſum *l. 7. d. t.* tamen effectum utique habet legari, dum jus patroni, quod patre defuncto omnibus in liberto erat pro indiviſo futurum, in unum transfertur in ſolidum & utique non per contractum ſed ſimplicem diſponentis voluntatem. Illud huc etiam pertinet, an intervallū aliquod in hac re poſſit intercedere, veluti ut poſtquam teſtator ſententiam ſuam propoſuit, teſtes ex intervallo aliquo ſignare & ſubſcribere poſſint. Et ſiquidem nihil aliud, juxta dicta

inter-

intervenerit, procul dubio actus non erit interruptus, si omnes testes manserint in eo loco; sed quid si duxerint, vel omnes vel aliqui & postea reversi signaverint? An hoc definimus exemplo stipulationis? cuius dicitur debere esse actus continuus *l. continuus* 137. *in pr. de V. O.* & tamen etiam si interrogatus discesserit, & non ita post multum & magnum intervallum reversus responderit, utile esse stipulationem docet *l.* 1. §. 1. *de V. O.* ut quidem ille locus communiter explicatur: quin & sufficere si modo eodem die respondeatur, probari videtur ex *d. l.* 137. *in pr. de V. O. junct. l. si ex* 12. *de duobus reis.* Magis autem est, & consentaneum ei quod uno contextu negotium debet peragi, ut omnino necesse sit testatorem & testes non digredi; antequam totum negotium sit confectum; per *d. l.* 28. *G. de testa.* ubi justin in specie definit, posse parvo momento differri rem, si forte ex testibus uni quid supervenerit si id autem tale sit, ut longiorem afferat moram, alium debere subrogari testem: itaque accipi quoque debet quod in *l. hac consult. C. eod.* dicitur, debere peragi eodem die eodemque tempore: ita ut posteriora verba explicent & constringant prius illud de eodem die, ut omnino uno die res perficiatur, & ita quidem ut uno eodemque tempore, non vero ut interruptis & pluribus vicibus eodem die negotium expediri possit.

Quod jus civile exigebat.] Videlicet, de quo jam diximus, ut negotium fiat uno contextu; non autem referri ad seqq. hoc debet, de septem testibus. Licet enim jus civile, quod præter quinque testes, libripendem & familiæ emptorem requirebat, dederit causam huic septenario numero testium, attamen proprie & vere loquendo numerus iste est juris prætorii: quod & in *f. huius* §. Just aperte affirmat. Itaque locus hic sane involutus & contortus ita explicari debet, ut 1. Justinianus doceat quod sit ex jure civili, scil in specie sumto, quid opponit constitutoinibus, (quæ omnino alias faciunt jus civile) & adeo intelligere videtur disputationes JCtorum, & mediam Jurisprudentiam, ut alibi appellatur: aut etiam jus civile vetus XII. tabb. aut qua alia lege introductum: quamquam non videtur ulla lege hac lege hac sancitum, ut uno contextu fieret testamentum. Deinde Just. proponit septem testes adhibendos, qui scilicet & subscribant & subsignent: illud ex constitutionibus, hoc ex edicto prætoris, cui etiam in *f.* §. adscribit numerum septenarium: sicut & mox aliud adhuc adscribit juri civili, ut testes sint præsentes. Sed nimirum istud generale penitus est, ut quocunq; jure requirantur ad aliquem actum testes, eorum præsentia necessaria sit: ceteroquin testes esse non possint. Ait Justin. jus civile hoc exegisse *quodammodo* fortasse, quia non diserte de hoc casu id expresserat, sed in genere definierat, actus solennes & legitimos ita & uno contextu fieri debere.

Oportet autem præsentes esse non corpore tantum sed & animo, ut videlicet intelligant, quod agatur, quod testator supremam voluntatem ordinet, non autem necesse est ut linguam intelligant *l. qui testam.* 20. §. *ult. h. t.* Et præsentes debent adesse & durare usque dum negotium peragatur *d. l.* 20. & adesse debent ultro non coacti *d. l.* 20. §. *ult.* quin amplius & rogati, vel saltem ut denuntietur illis si testamenti causa adhiberi *l. heredes* 21. § *pen. h. t.* Et adesse ita debent præsentes, ut testatorem videant & audiant, nisi alicubi specialiter aliud sit inductum *l. si non* 9. *C. h. t.* & contra quosdam qui putant sufficere ut audiat testis saltem testatorem, licet cortina interjecta non videbat, notat recte *Angel. in* §. *plane in f. tit. seq.*

Subscriptiones testatoris.] Hoc itidem aliud est, quod ex constitutionibus requiritur, ut testator subscribat, cum supra tantum meminisset subscriptionis testium: est in *l. hac consult.* 21. *in pr. C. h. t.* ubi additur, ut si testator subscribere non possit, octavus subscriptor adhibeatur: quod tamen sustulit Justinianus si quis sua manu testamentum totum scripserit *l. cum antiquitatis* 28. §. 1. *C. eod.* Miretur autem quis, quod prætor tantum signa requisierit, non etiam subscriptionem: cum ex signis non possit certo statui de numero testium, per §. *possunt. h. tit.* siquidem possunt plures habere annulos, una sculptura. Notat autem inde Wesembec. scripturam etiam esse ex jure prætorio. Equidem necessariam eam eo jure esse sequitur: sed à jure prætorio eam primum inductam non sequitur: & licet mancipatio non requirat scripturam: tamen postquam emptor familiæ cepit esse alius ab herede §. *sed neque* 10. *infra h. tit.* utique frequentius oportuit interveniisse scripturam, & illa ad conservandam negotii gesti memoriam pene necessaria est. Porro scrupulum movet Hottoman. & quod signa necessaria fuerint ex Lege Cornelia loco *Cicer. in* 3. *Verr.* confirmat. Ipse respondet post, hoc etiam in edicto receptum & propositum, eoque Edicto tribui. Sed nimirum cum primæ originis major sit habenda ratio, assentior potius V. Wesembecio: hoc legem Corneliam testamentariam

riam ex Edicto prætoris accepiſſe: Sed quid ſit teſtes ſcribere non poſſint? Et videtur eorum teſtimonium eſſe nullum: cum Juſtin. *in l. ult. C. h. t.* per exceptionem admittat, ut in teſtamentis ruſticorum, ubi deeſt literatorum copia, teſtes non ſubſcribentes, aut pro quibus alii ſubſcribant admittantur, quo loco ſolemnitates requiſitas in aliorũ teſtamentis omnino vult obſervari.

Sed his omnibus.] Juſt. inſuper addidit, ut nomen heredis quoq; ſubſcribatur manu teſtatoris vel teſtium; juxta *l. jubemus* 29. *C. h. t.* Et teſtator vel ſubſcribet coram teſtibus, vel ſcribat in aliqua teſtamenti parte, ſi nomen heredis nolit cognitum eſſe. Sin ſcribere non poſſit, debet nomen coram teſtib. nuncupare, & teſtes illud memoriæ cauſa adſcribere in teſtamento. Ita hoc caſu teſtamentum futurum ſemper eſt nuncupativum, cum eſſentia teſtamenti conſiſtat in deſignatione & inſtitutione heredis. Et itaque hoc merito poſtea mutavit & remiſit in *N.* 119. *cap.* 9.

TEXTVS.

3. Poſſunt autem omnes teſtes & uno annulo ſignare teſtamentum: quid enim ſi ſeptem annuli una ſculptura fuerint? ſecundum quod Pomponio viſum eſt. Sed & alieno quoque annulo teſtamentum ſignare licet.

COMMENTARIVS.

DIxerat teſtes debere ſubſignare teſtamentum; jam de modo ſignandi aliquid addit. Et cum mentionem annuli faciat, prima quæſtio eſt, an tãtum annulo ſignare liceat: quod ſane fateor, ex hoc §. non probari, cum poſſit exempli cauſa hoc dictum accipi, & quod frequentius annulo ſignare ſolerent: & tamen non ſine cauſa annuli mentionem factam colligitur ex *l. ad teſtium* 22. §. *ſignum* 5. *h. t.* ubi JCtus reſpondet, magis eſſe ut tantum annulo ſignare liceret; quod Cujac. 14. *obſ.* 11. refert ad ſcrupuloſam teſtandi ſubtilitatem: ſed mihi id non probavit, ut ulla hic poſſit eſſe ſubtilitas, niſi fatua & inepta, adeoque minime ſubtilitas, ut non liceat ſignare inſtrumento tali, quod eandem exprimat formam, & eandem habeat ſculpturam quam annulus, ubi nec deprehendere quis poſſit, & internoſcere, an annulo, an alio inſtrumento ſignatum ſit. Nulla eſt ſolemnitas, quæ non habeat ſuam rationem, & aliquem finem, ut amoveatur omnis ſuſpicio fraudis: at vero huius, ut tantum liceat ſignare annulo, nulla poteſt dari ratio neque habere iſtud illum finem poteſt, aut ullam commoditatem. Itaque non abſurde *Hottom. 1. obſ.* 20. & *hic & ibid. Baro & Weſemb.* putant legendum eſſe, *non tantum annulo.* quam lectionẽ firmat quod mox ſequitur, *dum tamen habeat characterem*, & ſcilicet imaginem aliquam & ſignum inſculptum, ut hinc intelligamus, poſſe ſignari & alio inſtrumento, dummodo habeat ſignum impreſſum ad inſtar annuli, & de annulo qui non habet ſignum, an eo poſſit ſignari, inepte dubitetur: Et variaſſe lectionem, indicio eſt, quod *Ioh. de Plat. ad hunc* §. ſcribit, non tantum annulo ſignari poſſe, ſed etiam alio ſignatorio, in hanc rem adducta *d. l.* 22. §. 5. *h. t.* Dici forte etiam poſſit, quod JCtus in *d. l.* 22. non voluerit excludere tale inſtrumentum, quod idem ſignum cum annulo habeat, ſed ejuſmodi, quo ut aliqui notant, veteres ad alia obſignanda ſolebant uti. Tum fortaſſis obtinuit ita illo ævo, ut ſigna quibus obſignare ſolebant literas, tantum impreſſa annulis haberent. Tentarit etiam quis, per annulum non tam notari ſubjectum ipſum circulare, ſed magis ſignum, quod annulo impreſſum erat, & recte eum dici ſignare annulo, qui ſignat inſtrumento, eam figuram habente, qualem annuli vulgo dicti habebant.

Poſſunt uno annulo ſignare.] Apud Romanos non fuerunt certa inſignia familiæ, quæ annulis (ut hodie moris eſt) inſculpta ferrent: ſed quiſque ex arbitrio, quidquid ipſi videretur, inſculpi curabat; ſed & rurſus mutabat, itaque non raro accidebat, ut duo vel plures quoque uno ſigno uterentur: itaque admiſſum etiam fuit, ut teſtes omnes uno annulo ſignarent; ut tamen, quod Dd. volunt hoc ipſũ adſcribant, alienoſe annulo ſignaſſe: vel quia alias alieno annulo utens incidat in crimen falſi: vel quod teſtis facile poſt ſit vacillaturus, in recognitione ſigilli alieni, ſi non hoc adſcripſerit. Faber tamen putat iſto omiſſo teſtamentum non vitiari, quia hoc nuſquam requiratur; quod & Vigl. magis probat, ſed & cum poſſint utique plures hodie ex una familia ad ſignandum adhiberi, accidet & tum, ut plures eodem ſigno utantur; cum nec neceſſe ſit addi nomen; & utique tantum initiales literæ poni ſoleant; & inſuper plures ex una familia cognomines eſſe poſſint. Adeo apparet ex his, non eſſe neceſſarium hoc ut nomen teſtis in circumferentia annuli ſit inſcriptum; quod in aliis terminis requiritur, ut notat hic *Viglius per cap. inter dilectos de fid. inſtrum.* & rationem Porcius

cius hic reddit, quod hic signatio requiratur ad solemnizandum; non ad probandum. Et tamen ex ratione juris nostri, quidquid etiam putent Dd. verum non videtur, quod in sigillo quo contrahentes utuntur, ut sublignent instrumenta, opus sit inscripto nomine signantis, quippe quod moribus Roman. talia sigilla non fuerint in usu: licet forte contrarium praxis observet, quod etiam censet *Iohann. Fab.* hic per *dict. capit. inter dilectos* Illud autem admiserim cum Doctor quod in contractibus non possit testis, & maxime Notarius alieno annulo signare.

Quid enim si septem annuli.] Hoc eo pertinet, ut reddatur ratio, cur plures vel omnes uno annulo signare possint; quod scilicet ut modo dixi, evenire possit, ut plures uno signo utantur; Ceteroquin septem annuli una licet sculptura, non sunt annulus unus: Sed tamen effectum unius annuli habent, cum perinde sit, ac si uno annulo signa impressa essent.

Secundum quod Pomponio.] Ita apud Theoph. extat, & ita edidit Cujac. & ita in vetustis libris extare testatur Contius. In Vulgatis est, *Papiniano*, quod reliqui omnes Wesemb. Mynsi. Baro Hottoman. &c. servant. Et ego vulgatum sequi malim; quia Papiniani præcipua semper & major fuit auctoritas, ut patet ex *de respon. prud. Codic. Theod.* & non tanti est Theoph. in quo etiam error potest argui exscriptoris.

Sed & alieno annulo.] Qui videlicet non est unius ex testibus: Ceteroquin cum plures signant uno annulo, oportet aliquos signare annulo alieno. Et hinc est quod testis annulo testatoris signare potest *L. ad testium. 22. §. si ab ipso 2. h. t.*

TEXTVS.

6. Testes autem adhiberi possunt ii, cum quib. testamenti factio est. Sed neque mulier, neque impubes, neque servus, neque furiosus, neque mutus, neque surdus, neque is cui bonis interdictum est, neque ii quos leges jubent improbos intestabilesq; esse, possunt in numerum testium adhiberi. Sed cum aliquis ex testib. testamēti quidem faciendi tempore liber existimabatur, postea autem servus apparuit, tam Divus Hadrianus Catonio Vero, quam postea divi Severus & Antoninus rescripserunt, subvenire se testamento ex sua liberalitate, ut sic habeatur firmum, ac, si ut oporteat, factum esset, cum eo tempore quo testamentum signaretur, omnium consensu hic testis liberi loco fuerit, neq; quisquam esset, qui status ei quæstionem moveret.

COMMENTARIUS.

1 *Testamenti factio duplex.*
2 *Mulier cur non possit esse testis.*
3 *Qui sint intestabiles.*
4 *De sententia l. 1. C. h. t.*

IAm tractat, quinam in testamento possint esse testes. Inhabilitas testium vel est communis, de qua h. §. vel specialis, de qua in §. *seq.* Notam habilitatis communius hanc proponit Justin. h. §. si cū iis sit testamenti factio; & videlicet ea, quam vocant passivam, & quam habere dicuntur, qui hæredes instituí & ex testamento capere possunt, ut non tantum Justin. loquitur in §. *in extraneis 4. inf. de hared qual.* Sed etiam JCtus in *l. filiusfam. 16. h. t.* quomodo & videtur hoc accipi in *l. idem 13. §. 2. de testam. milit.* cum quibus h. §. & alias dicitur esse testamenti factio; *l. non minus. 31. de hared. inst. l. nemo 7. pro legato §. Legari 24. inf. de legat.* & sane absurde dici videtur, istos factionem habere testamēti. Sed cum iis testamenti factio esse rectius dicitur, ut hoc loco Justin. loquitur; adeoque recte id tantum de 1 passiva testamenti † factione accipitur, neque enim quatenus quis testamentum facere potest, cū eo potest esse dici testamenti factio; itaque nō probo quod Theoph. ad utrumque retulit, εἴτε ἐφ' ἡμῶν δύναται κληρονόμους γράψασθαι, ἢ γράφειν ἡμᾶς, id est, qui à nobis possunt hæredes scribi, & nos scribere.

Sed neque.] Est hæc exceptio ad regulam propositam, siquidem, qui hic enumerantur, hæredes instituí possunt. Cum autem tot sint exceptiones, non bene satis pro regula istud poni videtur; Sed potius propriæ rationes reddendæ erant, ob quas hæ personæ esse non poterant in numero testium: quæ ipsæ non sunt obscuræ. Et in furioso, & impubere, nullum, aut imperfectum animi judicium est. Et vero cum ultimæ voluntates maxime sint fraudibus & captionib. obnoxiæ, integræ fidei & integri quoq; judicii, & qui de omnibus recte judicare, & quæ aguntur plene intelli-

gere poſſunt, homines adhibendi fuerunt; ex quo in promptu eſt ratio, & nimirum ab improbis moribus, quare, qui inteſtabiles dicuntur, & prodigi, in teſtamento non poſſint eſſe teſtes idonei; item quare excludantur ſurdi & muti, etiamſi disjunctim tales ſint, quia omnino neceſſe eſt, ut quæ aguntur percipiantur ſenſu, & poſt mortuo teſtatore de iis teſtimonium præbeatur, quæ à mutis & ſurdis nequeunt præſtari *arg. l. 1. quemadmodum teſtam. aperiant.* quippe quod aut non rogari, aut rogati teſtimonium dicere non poſſint, & non tam teſtibus, quam teſtimoniis creditur *l. 3. §. 3. de teſtib.* Servum ipſa conditio rejicit & ſtatus, adeo ſecus eſſe in adſcriptio putant, de quo videnda quæ not. *ſup. de iure perſ.* Miror à quibuſdam dubitari de monachis, qui hactenus inepte cum ſervis comparantur; & cum teſtimonium ferre, ſit mere perſonale non poteſt juvari, quod in inſtitutione ſervi perſona domini ſpectatur, nec concludit ratio Joh. Fab. quod monachi non debeant ſe immiſcere negotiis ſecularibus; hoc enim fit ex accidenti, ut coram judice recognoſcant ſigilla. Ceterum nec cum licentia Abbatis poſſent eſſe teſtes quod tamen admittit Faber. De muliere

2 non ſatis † conſtare videtur ratio, & ridiculi ſunt, qui vel ad loquacitatem mulierum confugiunt, vel quod omnia lamentis ſint completuræ; quaſi vero non etiam à ſanis, & ſæpe etiam clauſa teſtamenta condantur; & quaſi ſemper teſtatores diſpoſitionem ſuam habere velint ſecretam. Neque placent, qui ex veteri jure rationem arceſſerunt, quod mulieres non haberent jus comitiorum. Utique enim mulieres & olim teſtamentum facere potuerunt; & teſtandi illa vetus ratio nihil cum iſta nova commune habet. & teſtamentum per æs & libram à mancipationibus & contractibus per æs & libram originem traxit. Nec verum eſt, quod Joh. Fab. & alii ſcribunt, teſtimonium ferre in teſtamento eſſe quaſi virile & publicum officium. Romani veteres quidem valde arcte mulieres habuerunt, & nullam pene rem ſine autore eas gerere voluerunt, ob ſexus & judicii infirmitatem; &, quod addendum eſt, quia pendet tota vis teſtamenti; à teſtium autoritate & fide; & non ad probationem ſolum, ſed etiam ad conſtitutionem actus teſtes hic pertinent; & nimirum in aliis caſibus & in judiciis quicunque admittuntur ad teſtimonium; quoniam judex cognoſcit & ſtatuit, quantum cuique ſit habendum fidei, qua de cauſa nec infames penitus excluduntur *leg. 3. in princip. & §. 1. 2. 3. 4. & l. quæſitum 13. de teſtibus.* Atquin ubi Lex certum numerum teſtium, ad actum aliquem definivit, non licet judici poſt inquirere & rejicere teſtes, quos Lex non improbavit. Et in hanc ſententiam *Scholiaſtes ad Harmenop. lib. 1. tit. 6. §. 25. ὁ παλαιὸς νόμος τὰς γυναῖκας, εἰ μὴ τὰς συγκλητικὰς μαρτυρίας, μὴ μαρτυρεῖν ἐᾶν τὰς ἀνεψιότητας.* Excludi nimirum mulieres iis caſibus, quibus teſtimonii dictio ad conſtitutionem actus pertinet. Quin hoc amplius ego exiſtimo, ubicunque exigit Lex certum numerum teſtium ad faciendum actum aliquem, toties inter eos teſtes & in eo numero mulierem eſſe non poſſe; quoniam Lex omnimodo requirit teſtes fide dignos, & exceptione omni majores, cujuſmodi non habentur mulieres jure noſtro, & facit, quod cum, ut ſup. diximus, teſtandi ratio per æs & libram, à contractibus, & mancipationibus occaſionem habuerit, conſequenter in mancipationibus nullis, mulier teſtis eſſe potuerit. De quo accuratius hoc loco agere jam non libet, nec patitur inſtituti ratio. Efficitur autem (ut hoc ſaltem addamus) nec in codicillis quidem teſtem eſſe poſſe mulierem, cum & ibi Lex omnino requirat quinque teſtes *l. ult. Cod. de iur. codicill.* idque nominatim ſcribit d. loco Scholiaſtes: utcunque DD. communiter in contrariam iverint ſententiam. Sed an cæcus poterit eſſe teſtis? Et licet h. §. omiſſus, tamen magis videtur non poſſe, per notata hic à Weſembecio, quod nec teſtatorem videre, nec ſignum recognoſcere poſſit, quo requirumtur *lib. 9. C. h. t. l. 1. quem adm. teſt. aper. fac. l. 15. §. cæcum. de poſtul.*

3 *Improbos inteſtabiles &c.*] Deſcriptio † ab effectu eſt in *l. cum Lege 26. h. t.* Secundū quam inteſtabilis eſt, qui nec dicere poteſt teſtimonium nec teſtimonium ipſi dici, quod tamen per productionem quādam receptū videtur. Et an igitur poterit inſtitui hæres? Quæſtio in eo eſt an dicatur hæredi quoq; perhiberi teſtimonium; quod ſi dicimus juxta *d. l. 26.* inteſtabilis hæres inſtitui non poterit; & cum profiteatur Juſtinianus in §. *ſed neq;* 10. *infr. h. t.* totum negotium agi hodie inter hæredem & teſtatorem, recte dicimus, hæredi quoq; teſtimoniū perhiberi; An hoc accipimus ſtrictius, & teſtimonium perhiberi ei magis proprie dicimus, qui negotiū ipſe agit & teſtes advocat: cum hæres ſæpe quod agatur, & ſe inſtitutum ignoret. Et ſane in *l. is cui. 18. h. t.* inteſtabilis dicitur, qui nec poteſt facere teſtamentum, nec ad illud exhiberi; neque omiſiſſet JCtus ſi neq; hæredem inſtitui poſſe putaſſet: & aliquid facit, quod omnes hoc §. enumerati hæredes

redes inſtitui poſſunt, ut neque ab his excipiendus videatur inteſtabilis; qui alias non ſatis recte referretur inter exceptiones iſtius regulæ *in princ. §.* & quæ eſt de iis, qui hæredes inſtitui poſſunt. Et tamen Friderici nova ſanctio in *authentic. credentes. Codic. de hæretic.* ita explicat inteſtabilem, qui nec teſtandi habeat licentiam, nec ad hæreditatis ſucceſſionem accedat; aut an forte illud reſtringimus ad hæreticum, nec enim neceſſe eſt omnes inteſtabiles unam habere naturam & conditionem. Convenit tamen cum d. auth. conſtitutio Theod. in *l. 3. Cod. de apoſtat.* ubi diſponitur, ut hi ſint inteſtabiles; quippe quibus hæc tria interdicuntur, ut nec perhibere teſtimonium, nec teſtamentum facere poſſint, nec ulli ſuccedere in hæreditate. Facit etiam quod in *l. Imperialis 23. ſed & 3. Cod. de nupt.* mulieribus ſceni: is poſt Imp. reſcriptum permittitur, ut & teſtamentum poſſint facere, & aliis ſuccedere; quod negatum utrumque illis ante videtur. & habitas iſtas fœminas pro inteſtabilibus, probabile eſt. Ita & conſtitutione Theodoſii in *l. 44. Cod. de hæc, qui ſup. rebus* hæretici jubentur eſſe inteſtabiles: Ex SC. damnatus ob errorem famoſum *d. l. 18. §. 1. h. t. l. Ex Corn. 5. §. ſi quis 9. de iniur.* ubi hoc legi tribuitur; & ſæpe concurrunt circa idem Lex & SC. Aliam ſpeciem ex L. 12. tabul. refert *Gel. 6. cap. 13.* ſed corruptis verbis Leg. 12. tabb. quæ felicius quam Cujacius hic, reſtituit *Marcilius ad cap. 5. L. 12. tabularum: Qui ſi ſint conteſtarier, libripensve fuerit, inteſtimonium fariatur, improbus inteſtabiliſque eſto.* Præcipue nimirum perſonæ in actu mancipationis erant, libripens & anteſtatus, qui dicebatur teſtis per autem tractus, proinde hi ad teſtimonium actui perhibendum, vel præcipue obſtringebantur, & adeo ſi poſtmodum teſtimonium ferre nolint, peſſima fide agere credebantur, de quo inteſtabilium genere agit Theophil. licet *Harmenop. lib. 1. tit. 6. §. 59.* prohibetur, inquit in teſtamento teſtis eſſe, qui cum ſe teſtamento alicuius ſubſcripſerit, (eſt quiddam ſimile genus, ſed non idem, ſublata veteri mancipandi ratione) poſtea teſtimonium ferre recuſat, qui in alio teſtamento prohibetur ferre teſtimonium, ſed & teſtari, & alio teſtamento capere. Ex quo iterum confirmatur eorum opinio, qui inteſtabilem negant hæredem poſſe inſtitui, & confirmatur quoque autoritate Theophili, ita deſcribentis inteſtabilem: ὁ οὐκ ἐῶν ἑαυτοῦ νίους ἀβίους ἢ ἐτέρου διαθήκην μὴ ἰδιοποιούμενος τοῦ διατίθεσθαι παρ' αὐτοῦ συγχωρῶν ἑαυτῷ μαρτυρῆσαι διαθήκην, ubi vides omnia illa tria. Extat id verbū apud Horat.

——— *Vter adilis fuerit vel*
Veſtrum prætoris inteſtabilis & ſacer eſto.

Errat autem Viglius, qui fere eundem putat fuiſſe inteſtabilem & ſacrum: hic enim impune occidi poterat minime vero ille. Si itaque inteſtabilis nec poteſt inſtitui hæres, non poterit referri inter exceptiones; & adeo forte probabilis erit ſententia Joh. Fab. qui ait nullam eſſe exceptionem, ſed additionem diverſorum caſuum.

Sed cum aliquis.] Teſtium habilitas eſt, vel vera
4 vel putativa, † ſi quis revera inhabilis communi opinione pro habili habeatur; quæ habilitas illi æquipollet, non ex ſe, ſed ex benignitate & conſtitutione Imp. *h. §. l. 1. C. eod* citra quam ſi fuiſſet, teſtamentum ſane irritum fuiſſet, idque aperte hic §. docet, quod liberalitate Impp. ſubventum teſtamento huic fuerit: & proinde ineptum eſt, quod hic Interpp. notant, communem errorem ejus facere, neque enim error iſte & communis hominum opinio ſatis fuiſſet, niſi vitium conſtitutione Impp. fuiſſet ſublatum, & pro nullo habitum. Conſtitutio tamen Hadriani quæ extat in *l 1. C. h. t.* non videtur ſatis ad hanc rem eſſe, ſi qui habitus fuerit pro libero ante apertas tabulas in ſervitutem evictus, aut ſaltem ei fuerit controverſia mota, hoc enim proponit Hadrianus, huc uſque controverſiam non fuiſſe motam ſuper ſtatu. Et nimirum olim hoc dicit Hadrianus, ſi quis pro libero habeatur etiam num, non audiri eum, qui ubi quæritur de aperiendis tabulis, quæſtionem movet, an aliquis teſtium liber an ſervus fuerit. Sed ſane patet eam conſtitutionem plenius acceptam, & aperte hic 6. oſtendit. ſat eſſe, ſi quis liber habeatur tempore teſtamenti faciendi, nec quod poſtea accidit, invalidum facere teſtamentum; & in genere reſpondent JCti. teſtamenti facti tempus inſpici, & quod teſtes ſignarunt, ubi de conditione eorum quæritur, an habiles ſint nec ne, nec nocere, ſi quid iis poſtea contigerit; *haud teſtium 22. §. 1. h. t.* quamvis ille locus facile ita explicari poſſit, ut non noceat aliquod vitium poſtea de novo ſuperveniſſe, veluti ſi quis poſtmodum ſervus, aut prodigus fiat: Secus autem, ſi tempore teſtamenti vitium occultum revera ſubſit; Sed ut dixi, non patitur hic §. cavi lationem, & oſtendit quod ſufficiat, ſi teſtamenti facti tempore ſervus liber habitus fuerit; & forte reſpondit ita Hadrianus, quod accidiſſet de facto, non quod omnino conſtitutionem ſuam ad eum caſum reſtringere voluerit;

aut

aut forte poſt, per Severi & Antonini conſtitutionem juri priori aliquid additum, & conſtitutio Hadriani ſuppleta & producta fuit.

Quod autem de ſervis fuit reſcriptum, ad alios caſus, quorum ratio eadem eſt, non male producunt Doctores, quid enim ſi quis impubes habitus pro pubere fuerit, ſi fœmina viriles induta veſtes, pro maſculo, ſi prodigus pro ſano? Eadem æquitas & ratio ſuadet, ut teſtamentum ſuſtineatur quod ſummo jure inutile videbatur. Neque quod ad illud de ſervo attinet, obſtabit, quod ſervus interim declaratus non poſſit recognoſcere ſigillum. Neque eo confugiendum erit, cum Dd. ut pro cautela inſtrumentum per Notarium ſuper teſtamento conficiatur; quo facto non ſit opus interrogari rurſus teſtes; quæ obſervatio procul dubio olim fuit incognita. Dicam potius ex quo ſuccurſum eſt teſtamento per conſtitutiones, ne hæ effectu careant, poſſe de facto ſervum recognoſcere Sigillum, quod impreſſit, cum pro libero habebatur; ut fictione juris tempora conjungantur, aut cum Viglio dicam, non ob id corruere teſtamentum, ſi omnes non poſſint agnoſcere ſua ſigilla, quid enim ſi unus aut etiam plures mortui ſint? Et docet *l. ſancimus* 20. *C. h. tit.* quod nec lapſu decennii teſtamentum ruat: intra quod ſpatium plures teſtes utique mori facile poſſunt: quod contra opinionem communem latius defendit hic Viglius, ubi etiam reſpondet ad *l.* 4. *& ſeqq. quemad. teſtam. aper.* nimirum recte id fieri, ut ſignatores convocentur ad agnoſcenda ſigilla certioris probationis gratia: non autem eſſe iſtud præciſe neceſſarium, & ut præſertim adſint omnes, & qui per naturam adeſſe non poſſunt: ceteroquin ob alios quoque caſus, quæ accidere poſſunt, veluti ſi unus teſtis, cæcus, ſurdus aut mutus, aut furioſus effectus fuerit, nimis facile & pleræque convellerentur ultimæ voluntates. Et utcunque admittamus, publicari teſtamenta ſolita ideo fuiſſe, ut quamprimum teſtes interrogari poſſent, (& tamen potius hac de cauſa factum id contendit Viglius,) ut actis publicis inſinuatio fieret,) tamen non protinus hinc poteſt effici, quod uno forte ex teſtibus ante defuncto, nullum plane fuerit teſtamentum & irritum: quam opinionem Viglii Mynſinger probat, quin & eam proponunt Joh. de Plat. & Joh. Fab hic, ut adeo verum non videatur, quod Viglii opinio ſit παράδοξον, ut ipſe eam appellat. Recte autem idem Fab. ait hoc procedere in teſtamento, in quo plures adhibentur teſtes, ſecus in iis actionibus, qui duobus teſtibus contenti ſunt. An autem conſtitutio hujus §. etiam procedit in teſtamento nuncupativo? Magis negandum putat Viglius: Sed affirmat Joh. Faber, pro quo facit ratio hujus §. Addo Angelum plenius diſtinguentem *h. §. n* 2. 3. *&* 4.

Catonis Vero.] In aliis & vulg. habetur *Catoni*: alii tantum habent *Catono*, ut & fere exemplaria *in l.* 1. *C. h. t.* ubi tamen Goth. edidit, *Catonis Vero*, quod & Theoph. hic expreſſit.

Ex jus liberalitate.] Theoph. ἐκ εἰκότως φιλανθρώπου. Quidam codd. habent *libertate*, inepte: quamvis hoc explicet ita Accur. & referat ad putativam libertatem ſervi. Inepti & hoc nomine à veteribus Interpp. reprehenſus recte.

Omnium conſenſu.] Civiliter hoc accipiendum: nec enim præciſe neceſſum eſt, omnes conſentire: ſed ſufficit communiter & à majore parte populi pro tali haberi. quæ communiſſima omnium ſententia eſt arg. ſimilium caſuum, ut *in l.* 3. *in pr. ad SC. Maced. l.* 3. §. 2. *de teſtib.* ibi *conſentiens fama.* Puta tamen Faber vitiari teſtamentum, ſi teſtator vitiũ ſciverit: quippe qui ſibi imputare debeat, quod talem teſtem advocari curaverit: & ob id indignus, cujus voluntati ſubveniatur, & amplius probabilis eſt ſententia, *Aug. in ſi. h. §.* ſi teſtator ſaltem ſcierit quoſdam dubitare de teſtis perſona, vitiari teſtamentum, quia debuiſſet curare ut idoneus alius advocaretur. unus autem vel alter teſtis ſi ſciat, & nullam tum controverſiam moveat, nihil id nocere magis putat idem Faber, qui & hoc amplius addit, procedere hujus §. diſpoſitionem, ſi unus vel alter teſtium hujuſmodi vitio laboret: ſecus ſi laborent omnes: dixerim nec valere ſi laborent ſex utique ſaltem, duo ſint habiles omnimodo: & facit, quod ſingulari numero utitur Juſtinian. in p. §. *ſed cum aliquis.* Plura addere non libet, & nimis hic diffunditur Joh. Fab. & tractat materiam *l. Barb. de offic. prat.* & nimis late extendit, quod h. §. & *d. l. Barb.* 3. traditur. Et teſtamento hic ſpecialiter ſuccurritur, & in *d. l.* 3. hic inſuper concurrit, quod ſervus qui fuit prætor, creatus ab ipſo populo, habuit titulum: itaque ſi citra ullam legitimam titulo tenus creationem ſe quis gerat, v. c. pro Notario, licet pro tali habeatur vulgo, vix puto, quæ geſſit, habitura vim & momentum.

TEXTUS.

7. Pater. nec non is qui in poteſtate ejus eſt, item duo fratres, qui in ejuſdem patris pote-

teſtate ſunt, utique teſtes in uno teſtamento fieri poſſunt: quia nihil nocet, ex una domo plures teſtes negotio alieno adhiberi.

COMMENTARIUS.

RAtio dub. eſſe poterit, quod duo vel plures in una familia, poſſint videri conſpiraturi in unam ſententiam, in præjudicium veritatis. Sed nemo gratuito malus eſt, & alieno negotio adhiberi eos proponimus, & in quo non agitur de eorum commodo: & ſi indulgere liceat ſuſpicionibus corruptionis, ab his nemo immunis erit. Idem reſponſum eſt *in l. ad teſtium* 22. *in princ. h. t. & in l. pater* 17. *de teſtib.* ex quo loco apparet, id non eſſe ſpeciale in teſtamento ſed idem in aliis negotiis obſervari. Quin autem filiusfamilias poſſit eſſe teſtis, non eſt dubitandum, cum teſtimonium publica autoritate magiſtratus denuntietur, & proinde impedire hoc patria poteſtas non poſſit: arg. ejus, quod paſſim eſt receptum, filiumfamilias in publicis cauſis pro patrefamil. haberi *l. in privatis cum l. ſeq. de iudic. l ult. D. de his qui ſunt ſui iur.* Et fictio, quod pater & filius una habeantur perſona, alio, & fere ad jus adquiſitionis pertinet, fruſtra autem huc adducitur.

TEXTVS.

8. In teſtibus autem non debet eſſe is qui in poteſtate teſtatoris eſt, ſed ſi filiusfamil. de caſtrenſi peculio poſt miſſionem faciat teſtamentum, nec pater eius recte adhibetur teſtis, nec is qui in poteſtate eiuſdem patris eſt: reprobatum eſt enim ea in re domeſticum teſtimonium.

COMMENTARIVS.

1 *Filius emancipatus an poſſit eſſe teſtis patri teſtanti.*

2 *An pater recte teſtis in filii teſtamento.*

DIximus ſup. *ad §. teſtes*, inhabilitatis teſtium cauſam eſſe vel communem vel ſpecialem. Illa eſt propter quam ſimpliciter ubique in teſtamentis omnium teſtes eſſe prohibentur: hæc autem à quibuſdam tantum teſtamentis excludit, & eſt duplex alia à jure poteſtatis, de qua h. §. altera à lucro & commodo, quod quis ex teſtamento conſecutus eſt, de quo *in §. ſeq.* Jus rurſus poteſtatis impedit teſtimonii perhibitionem, ut ita, dicam, † paſſive & active, juxta hunc §. ut nec filius, in patris, nec pater in filii teſtamento, poſſint fungi teſtium officio. De priori ita hic affirmat Juſtinianus in teſtibus non debere eſſe, qui eſt in poteſtate teſtatoris. Et igitur loquitur de ſuo, qui aut eſt inſtitutus, & juxta §. ſeq. propria ratione heres eſſe non poteſt, aut eſt præteritus, & teſtamentum ipſo jure nullum eſt, aut eſt exheredatus, & hic nihil videtur obſtare, quo minus recte ſit teſtis; cum etiam filiusfamil. ſua manu ſe exheredem ſcribere poſſit ſalvo teſtamento, *L non putavit 8. §. 6. de bon. cont. tabb.* Sed nimirum ponamus teſtamentum eſſe clauſum, nec cuiquam conſtare quid eo contineatur; & in his terminis iſta quæſtio formanda eſt, & nihil videtur obſtare niſi jus poteſtatis, quod fictione quadam inducit unitatem inter patrem & filium, quod hic & Viglius notat, cui accedit, quod is nullibi poteſt eſſe idoneus teſtis, cui imperari poteſt *l. idonei 6. de teſtib.* Quid igitur, ſi filius ſit emancipatus? Et magis putarim eum teſtem eſſe poſſe: quoniam non conſideramus quod ille jus vel quam actionem aut remedium forte habeat contra teſtamentum patris, ſed quærimus an perſona ſit habilis, utne propter eam teſtamentum ſit nullum, & aperto id demum teſtamento apparet, an rite ſit teſtatus pater quoad alia, quæ ad teſtium adhibitionem non pertinent, & hic attenditur jus civile, quo emancipatus nullum jus ſuccedēdi habet, quod nec hodie in caſu teſtati mutatum eſſe, oſtendam *in §. ſed hac §. infra de exhered. lib.* Sed & ut maxime hic aliquid mutatum eſſet, attamen quæ jam dixi, oſtendunt, inde minime inferri poſſe, ad negandum hoc filio emancipato, & inferendum, quod teſtis eſſe non poſſit: Nec ſine cauſa hic nominatim adjeciſſe videtur Juſtin. *qui in poteſtate.* & idem JCtus *in l. qui teſt. 20. in fin. pr. h. t.* & in §. *ſeq.* aliquoties fit mentio heredis, & qui ei per poteſtatem conjuncti ſunt. Accedit, quod nuſquam legimus prohibitum, fratrem in teſtamento fratris teſtem eſſe poſſe, ſi alter emancipatus ſit; eadem autem ratio eſt fratris qui eſt in eiuſdem poteſtate, quæ & patris, ut docet *hic §. & d. l. 20. §. per contrarium 2. eod.* Tanto minus dubitandum eſt, quod filius poſſit eſſe teſtis in teſtamento matris, & vice verſa. Nec obſtat *l. parentem 6. Cod. de teſtib.* non quod ibi agatur de filio in poteſtate, non etiam quod de teſtimonio contra parentem ferendo, ſed quod ille locus pertinet ad cauſas judiciales,

in quibus agitur de lucro pecuniario & intereſſe patris, quod facit ſuſpectum teſtimonium filii pro patre, quandoquidem emancipatio amorem & affectum naturalem minime tollit; quæ ratio ceſſat in teſtamentis: neque enim hic quidquam adquiritur teſtatori, ſed hoc tantum agitur, ut diſpoſitio eius valida ſit, cum etiam exitu & effectu inſpecto teſtimonium potius heredi perhiberi videatur. Et ut recte Viglius, ad teſtamenta ſignanda fere amici adhiberi ſolent: cum alias in foro amici teſtimonium ſit ſuſpectum *l. 3. in princ. de teſtib.* ut vitioſe hinc ad teſtamenta argumentum ducatur. Ex his apparet nec eſſe dubitandum, quin nulla hic ſit prohibitio, à paternitate quæ dicitur ſpiritualis, ob ſuſceptionem ex ſacro fonte: multo minus ob id, quod præceptor fuit: quem ut Juven. ait,

——— *Sanctis voluere parentis*
Eſſe loco.

2 *Sed ſi filiusfam.*] Fuit prima † quæſtio, an filius poſſit eſſe teſtis in teſtamento patris. Sequitur altera, an pater in teſtamento filii, quo ſcilicet caſu teſtari poteſt, & nimirum de caſtrenſi peculio, de qua re pluribus agemus, *tit.* 12. Et aut teſtatur filius fam. jure communi, aut jure privilegiato militari: Illo caſu pater eſſe non poteſt teſtis h. §. qui agit nominatim de milite teſtamentum faciẽte poſt miſſionem, qui jure militari teſtari non poteſt, ut docet *tit. ſeq.* Hoc poterit pater eſſe teſtis, de quo caſu omnimodo accipiendus eſt textus *in l.* 20. §. *h. tit.* & utique recte ita accipi poteſt, cum indefinite loquatur, & perſpicue ineptus eſt Hottomannus qui iſta loca inter ſe conciliari poſſe negat, & perſpicue falſum eſt, quod ait, non niſi in dimiſſis & veteranis caſtrenſe peculium appellat. Utique enim filium fam. militantem & adhuc in expeditione & numeris degentem teſtamentum tanto magis condere poſſe, quam dimiſſum, certiſſimum eſt, at non poterit teſtari niſi de caſtrenſi peculio. Porro priori illi caſui qui hoc §. proponitur non obſtat, quod filius fam. in caſtrenſi peculio pro patre fam. habeatur: atquin emancipati, qui pater fam. eſt, teſtamento pater teſtis eſſe potetit, ſiquidem, plus eſt quod emancipatus recte teſtis eſt in teſtamento patris, ut paulo ante probavimus.

Etenim aliud eſt vere eſſe patrem fam. & quo ad omnia; aliud ſecundum quid pro patre fam. haberi: Extra diſpoſitionem de caſtrenſi peculio, quo ad reliqua miles pro patre fam. non habetur, & privilegia plurima conceſſa diſpoſitioni caſtrenſi & in expeditione fuerunt, ut nec patriæ poteſtatis ratio haberetur. Et aliis omnibus, ut dixi, ſecus eſt. Et hoc eſt, quod ait mox Juſtin. reprobatum in ea re eſſe domeſticum teſtimonium, ut ſignificet, eum qui communi jure teſtatur, haberi hactenus pro domeſtico, ut non poſſit pater eſſe teſtis. Ait Juſtin.

In ea re.] Scilicet in teſtamenti factione. Et an igitur in ceteris cauſis & in judicialibus non erit reprobatum? Imo vero magis, ut prædiximus. Et hæc eſt ſententia Juſtin. licet hic non conſideretur intereſſe pecuniarium, ſicut in cauſis forenſibus, tamen prohiberi hic teſtamentum, ſaltem propter jus poteſtatis, & quaſi unitatem perſonarum, idque rectiſſime expreſſit hic Theophil. τὸν, inquit, ἰκανὸν μάρτυρα εἶναι τῆς συγγενείας, ἀλλ' οὐκ ἐν τοῖς ἐνόπλοις τῆς οὐ ἐπέχειν τὴν λαμβάνουσι. Scilicet in hac materia. Et nimirum ut teſtimonium domeſticum hic ſtrictius uſurpetur, quam in cauſis judicialibus in quibus omnes illi teſtes domeſtici dicuntur, qui ita conjuncti ſunt v. c. reo, ut in ejus gratiam aliquid dicturi videantur, vel non dicturi. Et hinc *Duar. 1. diſp.* 28. domeſticorum appellatione comprehendit omnes, qui ſunt ex agnatione. Quod tamen non facile admiſerim. Et ex alio fundamento quam domeſticitatis proxime conjunctorum teſtimonium reprobari poteſt, & tamen nec plane improbatur, ſed ob cõjunctionem fides aliqua imminuitur. Nec rurſus, ut alii, domeſticitas in materia judiciorum, poteſtatis ſolius jure æſtimanda & ita reſtringenda eſt, quippe cum libertos & mercenarios (quibus aliqua imperari poteſt, & qui in una domo morari ſolent) domeſticorum appellatione cõtineri probant *l. perſpiciendũ* 11. §. 1. *de pœn. l. ſi libertus* 89. *de furt.* de qua re alibi plenius tractatur.

TEXTVS.

9. Sed neque heres ſcriptus, neque is qui in poteſtate eius eſt, neque pater eius qui eũ habet in poteſtate, neq; fratres, qui in eiuſdẽ patris poteſtate ſunt, teſtes adhiberi poſſunt: quia negotiũ hoc totũ, quod agitur teſtamenti ordinandi gratia creditur hodie inter teſtatorem & heredem agi. Licet autem totũ ius tale conturbatum fuerat, & veteres quidem familiæ

empto-

emptorem, & qui per poteſtatem ei conjuncti fuerant, à teſtamentariis teſtimoniis repellebant: hæredi autem & iis, qui per poteſtatem ei coniuncti fuerant, concedebant teſtimonia in teſtamentis præſtare, licet ii qui id permittebant, minime hoc iure eos abuti debere ſuadebant: tamen nos corrigentes eandem obſervationem, & quod ab illis ſuaſum eſt in Legis neceſſitatem transferentes, ad imitationem priſtini familiæ emptoris, merito nec heredi, qui imaginem vetuſtiſſimi familiæ emptoris obtinet, neque aliis perſonis, quæ ei, ut dictum eſt, coniunctæ ſunt, licentiam concedimus, ſibi quodammodo teſtimonia præſtare: ideoque nec eiuſmodi veteres conſtitutiones noſtro Codici inſeri permiſimus.

COMMENTARIUS.

1 *De veteri familiæ emtore.*
2 *Heres olim an teſtis.*

ALtera hæc eſt prohibitionis ſpecialis cauſa, à lucro, quod quis ex teſtamento ſperat, quod nimirum in eo heres inſtitutus eſt. Deſiderat au-
1 tem hic §. accuratiorem † interpretationem, ut intelligatur ratio differentiæ, quæ ex jure veteri inter emptorem familiæ & heredem hoc §. proponitur. Si emptionis finem & ſcopum ſpectamus, empta res & quod emitur ad emptorem ſpectare, & ei tandem adquiri oportet. Idque ipſum in mancipatione familiæ, de qua hic & in §. 1. *ſup. h.t.* ubi quis teſtabatur per æs & libram, obtinuiſſe initio conſequens eſt, ut videlicet emptor familiæ effectu poſt mortem teſtatoris bona eius conſequeretur, idque hoc ipſo § Juſtinianus docet, dum ſcribit, heredem hodie obtinere imaginem vetuſtiſſimi familiæ emptoris, id eſt, antiquitus ipſum familiæ emptorem revera heredem fuiſſe. Sed cum iſtud periculoſum viſum eſſet, vitæ teſtatoris, & aliis quoque de cauſis expediret, & præſertim declinandæ invidiæ & odio eorum, qui hæreditati inhiabant, & proximi ab inteſtato erant, receptum fuit, ut palam quidem ſolemnitatis implendæ gratia adhiberetur emptor familiæ, ſed in tabulis clam alius heres ſcriberetur cui emptor familiæ, bona reſtituere cogeretur, contracta ſuper hoc fiducia: licet forte poſt obtinuerit, ut heres ſcriptus recta ſuccederet. Et hinc duo illa, quæ fuiſſe neceſſaria in teſtamento olim refert Ulpian. mancipationem familiæ & nuncupationem, ut quis tabulas teſtamenti tenens, conteſtetur, iſtam eſſe voluntatem ſuam: quæ alias à mancipatione omnino videbatur aliena. In hanc ſententiam Theophil. optime ad §. 1. h. tit. ἐπεὶ ἐν ὀφθαλμοῖς ἐμπεπαρμένος ἦν ὁ κληρονόμος, καὶ ἐντεῦθεν λοιπὸν γινόμενοι, ὅτι αὐτὸς ἦν ὁ ἀγοράσας, ἐπιβάλλοντο τῇ ἀγοραστῇ τῆς οὐσίας: ἀλλὰ τοῦτο καὶ μετὰ πάσης χάριτος, παρέλαβε. δοίητο φησὶ λιμπέλιον, ὅστις εἰκονικὴν ἐγράψῃ, τὸν τοῦ μέλλοντος θανεῖσθαι κληρονόμου: ὁ δὲ ἀληθῶς καὶ ἰδίᾳ ἐγκαθίσῃ, ὡς ἀλλότριος ἂν ὑπάρχοντος, ὅτι ἀνὴρ τεθνήξεσθαι ἐστὶ κληρονόμος. Hanc rationem non intellexit ſummus vir Plutarchus, qui *in lib. de ſera num. vind.* ſentit, Romanos, alios relinquere heredes, & aliis vendere ſubſtantiam ſuam. Et ſubiungit, ὃ δεξιῶς παράλογον, quod videtur abſurdum. Illud autem ſcrupulum habet, quod
2 † Juſtin. ait, veteres interdicta teſtimonii dictione emptori familiæ, hæredi tamen id conceſſiſſe, ſuaſiſſe tamen ne eo jure abuteretur. Etenim aut ignoratur quis ſit heres, & non poterat illi ſuaderi, ut abſtineret à dictione teſtimonii: aut conſtabat de eo, & ſciebat quis, eſſe ſe heredem. (neque enim neceſſe & de eſſentia teſtamenti erat, ignorari heredem) & abſurdum videtur, habitam majorem rationem ſubtilitatis fuiſſe, & imaginis quam veritatis: & agebatur enim tantum imaginarie negotium inter teſtatorem & emptorem familiæ, commodum autem ad ſcriptum heredem re ipſa pertinebat. Et contra facit, quod Ulp. ſimpliciter ait *in l. 20. h. t. inpr.* eum non poſſe eſſe teſtem, qui heres eſt inſtitutus: idque non recte reſtringi ad teſtamentum prætorium, ſed imo referendum quoque eſſe ad aliud quod per libram & æs fiat, ſuadere videtur, quod in *tit. 20. de teſt.* ſcribit ipſe Ulp. ſua ætate, hoc per æs & libram teſtandi genus fere tantum fuiſſe in uſu: niſi quis putet. à Triboniano *d. l. 20. inpr. h.t.* interpolatam fuiſſe. Plante Cicero in orat. pro Milone ſcribit, ſe obſignaſſe teſtamentum Cyri, à quo heres ſcriptus fuerat. Quidquid eius ſit, non magnopere iſta Juſtiniani conſtitutione fuit opus, ut ne in teſtamento teſtis ſit heres: ſiquidem illa veterum traditio, habuit tantum locũ in teſtamento, quod fiebat per æs & libram: quod jam longe ante Juſtinianum in uſu eſſe deſiit. Inſigniter autem hic errat Accurſ. qui quod olim heres teſtis eſſe potuerit, refert ad teſtamenta, quæ calatis comitiis & in procinctu fiebant.

Digitized by Google

Neque heres, neq; is.] Hoc ante monuimus, eandem rationem hactenus esse, patris & filii in potestate; itaque prohibito herede consequenter, & pater eius in cuius potestate est, & liberi in potestate prohibiti cententur, unde & mox cum dixisset emptorem familiæ non potuisse esse testem, idem fuisse ait in conjunctis ei per potestatē, quod & rursus ex jure veteri de herede, & ei per potestatem conjunctio repetit.

Creditur hodie.] Duplex sententia est. 1. Quod postquam præter emptorem familiæ verus heres in tabulis scribi cepit, revera & effectu negotium inter testatorem & heredem actum fuerit: & quod propterea non debuerit permitti heredi, ut testis esset in testamento: atque adeo id valebit ad improbandam veterum illam permissionem. 2. Quod sublata veteri testandi ratione per æs & libram, negotium omnimodo agatur cum hærede, cum antea imaginarie ageretur cum emptore familiæ. Quod magis videtur convenire sententiæ Justiniani: sed ita ut paulo ante monui insubtiliter de veterum permissione subiicitur, cui disputationi post sublatum testamentum per æs & libram, in testamento prætorio, vel mixto non datur locus.

Familia emptorem repellebant.] Absurdum enim sit, ipsum qui emit, & contrahit cum aliquo, testis officio fungi: utcunque igitur familiæ emptor, nō esset verus emptor, tamen qui agebatur cum eo negotium in speciem, testis ob id esse non poterat.

Heredi autem.] De hoc paulo ante diximus, & rationem dedimus.

Sibi quodammodo.] Quia in rei veritate heres erat, ad quem bona pertinebant.

TEXTVS.

10. Legatariis autem & fideicommissariis, quia non iuris successores sunt, & aliis personis eis coniunctis, non denegamus testimonium: imo in quadam nostra cōstitutione, specialiter & hoc eis concessimus, & multo magis iis qui in eorum potestate sunt, vel qui eos in potestate habent, huiusmodi licentiam damus.

COMMENTARIVS.

1 *Legatarius an recte testis.*
2 *De sententia l. 14. de reb. dub.*

DIXIMUS ante, ob lucrum, quod quis ex testamento sperat, non posse esse testem: quæ ratio etiam repellere videtur legatarius & fideicommissarios. Equidem verum est, negotium agi inter testatorem & heredem, non cum legatariis & hos non esse successores juris neque legata ad essentiam testamenti quidquam pertinere, quæ à plerisque, ad objectionem hanc removendam afferri solent, & ipse imo Justinianus hoc loco. Sed plane ut alicui non sit jus ferendi testimonii in causa propria, satis est titulo quoque singulari rem ad ipsum perveniſſe: & legatum utique donatio est, neque donatarius, ubi de facta donatione quæritur, idoneus potest esse testis. Et cum ruente testamento simul ruant legata, non potest negari quin legatarii simul de commodo suo testantur. Et adeo fatendum est, hoc ita receptum jure singulari fuisse h. §. ubi Justinianus ait se hoc *specialiter* concessisse, *& l. auctantibus* 22. *C. h. t.* idque non noviter per Zenonem constitutum, sed iam ante obtinuisse, probat *l. qui testamento in princ.* 20. *h. t. & l. si quis* 14. *de reb. dub.* neque enim aliud sunt signatores quam testes, ut notant etiam *Forner. 1. select. 12. Duar. & alii in l. Pamphilo* 39. §. 2. *de legat.* 3. Est autem *in d. l.* 14. obscura ratio JCti, quia, inquit, ipsum testamentum confirmatur testibus adhibitis. An eo id pertinet, ut non videatur legatum incertis personis, his verbis, *illu, qui testamentum meum signaverint*, quod nimirum signando post certi fiant? An quod heres non debeat improbare hoc legatum, cum hoc debeat testibus, quod confirmato testamento, ipse consequitur hereditatem. ut legatariis postea cum eo agentibus improbe sit recusaturus legatum, cum si citra eos esset, non futurus fuisset heres: & improbe iis objecturus, quod testati sint super causa propria, cum ipse per ipsorum testimonium sit bona universa consecutus. Quæ forte non insubtilis sit ratio istius juris, quod hoc §. proponimus. Nam sive consideremus facti testamenti tempus, sive ejus aperti, testes tantum de voluntate defuncti, & facto suo deponunt: post autem cum legatum petunt, negotium ipsis est cum solo herede, qui ut dixi iis objiciat improbe, quod testimonium in sua causa perhibuerint. Accedit, quod, ut supra diximus, fere amici ad signandum solent adhiberi: nec errare videntur, qui putant hinc explicandum, quod est *in d. l.* 39. § 1. *de legat.* 3. *avocatis amicis*, quod eleganti Symmachi loco illustratur *lib.* 1. *Epist.* 55. (alias est 92.) ad Theodos. ubi legatum tale vocat tenuem honorem,

Digitized by Google

rem, quo ſubſcriptores ob amicitiam defunctus adſperſerat: Ceteroquin, inquit, ſi his LL. viveremus, (utſcilicet nihil legare liceret ſubſcriptoribus) inimicis ſignatoribus tutius uteremur: & mox: quis non familiariſſimum quemque ſignandis adhibet, cum extrema conduntur. Neque dubium controverſum hoc jus fuiſſe colligi ex illa Epiſtola poteſt, cum objectionem illam appellet, inanem calumniam: & ſolum poſthumanam memoriam emerſiſſe dicat. Rationalem qui hoc jus in dubium vocarit. Et adeo errat perſpicue Goth. ſcribens ad *d.l. diſtantibus* 22. *C.h.t.* olim legatum teſtes accipere non potuiſſe ex Liboniano SCto, nullo autore: & magis errat, ſimul & imponit lectori, dum hoc improbiſſimum genus falſi *Plinio* 2. *epiſt. ult.* dici ait: cum imo contra probetur ex ipſo illo loco: Jam tum legari teſtibus potuiſſe: enimvero falſi genus improbum vocat Plinius, ſi quis artibus malis inducat teſtatorem ut ſibi aliquid leget. Neque vera ratio iſtius juris eſt, quam ibidem adducit Gothofredus, quod teſtes fere ignorent ſibi aliquid legatum eſſe: nam etiam heres ignorat ſæpe ſe inſtitutum eſſe, neque hæc adeo ratio poſſit defendere legatum teſtium, ſi non alia adeſſet. Quin hæc communis Interpp. *in d.l.* 22. *C.h.t. & in h.*§. Viglius quoque & Hottoman. probant, & vera ſententia eſt, hoc quoque in teſtamento nuncupativo habere locum: idque modo dicta confirmant. Idque minus dubium habet, ſi teſtamentum nuncupativum inſcripturam fuerit redactum per Notarium: quo deficiente ſane cum legatarii teſtes, recta ferant teſtimonium de eo quod eſt ſibi relictum, non abs re eſt, quod movet Viglius perinde habendum, ne ſi ſibiipſis legatum adſcripſiſſent. Et tamen putat hoc non obſtante propter numerum ſeptem teſtium, cum in codicillis legata & fidei commiſſa relinquantur (in quibus quinque teſtes ſufficiunt) poſſe ſuſtineri & hic legatum. Et hoc quoque, nimirum tantus numerus teſtium, tot aliæ ſolemnitates, & favor ultimarum voluntatem inſuper hoc jus defendunt; non ſatis autem capio rationem, quam ex Lorioto adducit Mynſ. quod cum teſtis in teſtamento non ſit niſi voluntarius, ſi illi nihil legari poſſet, præſumeretur invitus.

Fideicommiſſariis.] Scilicet particularib9, qui recte cum legatariis conferuntur. Secus eſt in univerſalibus fideicommiſſariis, quibus cum univerſa hereditas ſit reſtituenda ex iuſſu defuncti, & in eos ex SCto Trebell. omnia jura tranſeant, poſſunt ii videri, imo ſunt, juris ſucceſſores: & hoc uno ore omnes Interpp. hic notant.

Quia non juris ſucceſſores ſunt.] Jus hic in ſpecie ſumitur, pro jure univerſo: Ceteroquin eſt & ius particulare, quod ſane legatarius habet: & videtur hoc dicere velle Juſtin. quod negotium agitur inter teſtatorem & heredem, non cum legatariis. Plane ſi loquamur ſubtilius, legatarii non ſunt ſucceſſores, quippe cum ex novo quaſi contractu per additionem hereditatis legatariis obligetur heres. Et ita ut hic ſucceſſor juris accipitur pro herede *in l.* 9. §. 1. *de edendo.*

Quadam noſtra conſtitutione.] Quæ videlicet fuit in priori codice, poſt quem & ante ſecundum repetitæ prælectionis ſcriptæ fuerunt Inſtitutiones, in quibus non ſemel citantur conſtitutiones, quæ in poſteriori Codice fuerunt omiſſæ: & nihil agit Acc dum intelligit conſtitutionem Græcam aut *l. qui teſtamento* 20. *D h.t.* quæ ſit conſtitutio Juſtin. per approbationem: nec enim unquam ita loquitur Juſtinianus & *l. diſtantibus* 22. *C.h.t.* Zenonis eſt, non Juſtiniani: quæ alias rectius poſſit hic intelligi.

Qui in eorum poteſtate ſunt.] Hæc enim, ut ex præmiſſis patet, ſemper ſe conſequuntur, ut ei qui teſtis eſſe poteſt vel non, jus quoque conjuncti per poteſtatem, vel poſſint eſſe vel non.

TEXTVS.

11. Nihil autem intereſt, teſtamentum in tabulis, an in chartis membraniſve, vel alia materia fiat. Sed & unum teſtamentum pluribus codicibus conficere quis poteſt, ſecundum obtinentem tamē obſervationem omnibus factis: quod interdum etiam neceſſarium eſt: veluti ſi quis navigaturus & ſecum ferre, & domi relinquere judiciorum ſuorum teſtationem velit, vel propter alias innumerabiles cauſas, quæ humanis neceſſitatib. imminent.

COMMENTARIVS.

HIc locus vix deſiderat interpretationē. Olim in tabulis ligneis ſcriptas fere ultimas voluntates illud argumento eſt, quod bonorum poſſeſſio con-

Digitized by Google

fio contra tabb. dicitur dari contra lignum. Sed poſſe ſcribi in quovis ſubjecto habili, docet hic locus & *l.1. in pr. de bon. poſſ. ſec. tab. ſac. l. librorum* § 2. *in pr. de legat.* 3. adde quæ ſcribit *Plin.* 11. *c.* 12. olim in cera ſcribi ſolita teſtamenta docet locus *Sueton. in Cæſare reliquos in ima cera*, & Horatii. Quid prima ſecundo Cera velit verſu, ſolus multis ne coheres, Veloci percurre oculo: *add. N.* 44. *cap. ult.* Conſtitutio Imperii vult, ut Notarii inſtrumenta ſua ſcribant in pergameno, ſolent autem hodie ſere Notarii adhiberi in teſtamētis: ſed ut adhibeantur neceſſe non eſt: quin forte nec ullum erit inſtrumentū. Notarii in charta ſcriptum, magis enim monere videtur conſtitutio quam præciſe jubere. Literis autem non notis debet ſcribi teſtamentum *l. ſed cū* 6. § *ult. de bon. poſſ.* quod de teſtamento inter liberos nominatim conſtitutum eſt *N.* 107. *c.* 1. nec tamen ſimpliciter notæ uſitatæ improbatæ, veluti in deſignanda quantitate legati, arg. *l. quoties* 9. § *ſed etſi* 4. *de hered. inſtit.* Et ſignificat hic codex ſcripturam teſtamenti: ut apud Juvenalem. Codice ſævo Heredes vetat eſſe ſuos. An in uno codice poſſint ſcribi duo teſtamenta, vide Viglium hic.

Secundum obtinentem obſervationem.] Ut videlicet omnia ſint ſolenniter confecta, atque omnia authentica, *l.* 1 § *ſed ſi* 7. *de bon. poſſ. ſec. tab.* Ceteroquin ſi exempla ſufficerent, magna feneſtra operiretur improbis hominibus ſubjiciendi teſtamenta. Et ait Juſtin. *unum teſtamentum*: nam ſi ſint diverſæ voluntates poſterior, tantum valebit: nec enim paganus cum duobus teſtamentis decedere poteſt. Sed quid ſi cum quidem ſit inſtitutio, ſed diverſa legata? Et cum non niſi unum poſſit valere, etiam tantum ex uno poterunt peti legata. Quid ſi uno exemplari Titio centum, in altero quinquaginta legata ſint? Et minorem ſummam deberi reſponſum eſt *in l. Sempronii* 47. *de legat.* 2. Quid ſi unum exemplum teſtator inciderit? Et non revocatam eſſe voluntatem, niſi probetur animo revocandi id factum reſpondetur *in l. ult. de his quæ in teſt. dil.*

Iudiciorum.] Mentis, ſententiæ & voluntatis.

TEXTVS.

12. Sed hæc quidem de teſtamentis, quæ ſcriptis conficiuntur, ſufficiant. Si quis autem ſine ſcriptis voluerit ordinare jure civili teſtamentum, ſeptem teſtibus adhibitis & ſua voluntate coram eis nuncupata ſciat hoc perfectiſſimum teſtamentum jure civili firmumque conſtitutum.

COMMENTARIVS.

A Modo tēſtandi duæ ſunt ſpecies teſtamentorum, ſcriptum & nuncupativum. Ita ICtus *in l. heredes* 21. § 1. *h. t. quod quis nuncupat. vel ſcribit*, & in eiuſdem l. pr. heredes palam eſſe nuncupandos, ita ut à teſtibus itidem ſeptem ſimul adhibitis *l. hac conſult.* 2. § *per nuncupat. C. h. t.* exaudiantur: adeo non nova iſta, ſed olim quoque recepta teſtandi forma fuit, ſecundum quam etiam prætor dedit bonorum poſſeſſionem *l.* 2. *C. de bon. poſſ. ſec. tabb. l. ſi ita* 8. § *ult. D. eod.* Appellat hic Juſtinianus hoc teſtamenti genus perfectiſſimum: quatenus, ut puto, omnia ita nuncupata eundem effectum habent, ac ſi ſcripta eſſent, & cætera quoque hic obtinent, quæ in teſtamento ſcripto, excepta ſolemnitate: à qua ſi æſtimamus perfectionem, appellationem perfectiſſimi non poſſit tueri hoc teſtamentum: cum ipſe Juſtin. *in l. in teſtamentis* 26. *C. h. t.* abeſſe ab hoc teſtamento fateatur, obſervationem formalem, quæ ſcilicet conſiſtit in modo teſtandi.

Accipiendum tamen eſt civilem quod ait, omnem formalem obſervationem, amputari; de ea, quæ in ſcribendo, ſubſcribendo, & ſubſignando conſiſtit. Ceteroquin, quod omnes notant, teſtes utique rogatos, aut ſane prius oportet eſſe admonitos, cuius rei gratia adhibeantur, licet non ſit neceſſum hoc prædictum eſſe, ſub qua forma, in ſcriptis an ſine ſcriptis quis ſit diſpoſiturus, *d. l.* 26. *in f. C. h. t.* Quod ante neceſſum fuiſſe *d. l.* 26. oſtendit, ſed Juſtin. mutavit; quoniam ex ipſa nuncupatiōne apparet, qua forma quis teſtari voluerit: ſed quid ſi de eo dubitetur; veluti ſi aliqui è teſtib. ſubſignaverint ſcripturam, quam teſtator adhibuit. Equidem ſi conſtat teſtatorem voluiſſe in ſcriptis teſtari, nō valebit teſtamentum *l. ex ea D. h. t.* quo pertinet *l. ſi unus* 12. *C. h. t.* alias ſi teſtator ſcripturam protulit, & eam oretenus teſtib. prælegerit, cenſebitur voluiſſe nūcupato teſtari; itaq; tum non vitiabitur, licet aliqui teſtes tantum ſubſcripſerint, &c. Poteſt etiam illud videri alicuius imperfectionis ſignum, quod teſtamentum nuncupativū, facilius poteſt ad irritum redigi, ſi teſtes aliqui, imo ſi unus præmoriatur: qua de cauſa hodie receptū eſt cōmuniſſime, ut diſpoſitio coram teſtib. nuncupata, à Notario redigatur in inſtrumentū, quod cum fiat ſolius probatio-

tionis gratia, non ob id desinit esse testamentum nuncupativum; quod hic communiter Interpp. notant, Quin hodie receptum est, ut Notarius voluntatem testatoris in scheda consignatam testibus prælegat: & deinde testatorem roget, an hoc ita approbet, quo secuto perfectum censetur: quod tamen fortassis, non videtur convenire voluntati juris; quod omnino requirit, ut ipse testator, omnia nuncupet; cum alias possit addere aliquid Notarius, quod non satis accurate advertat testator; præsertim si ægrotus testamentum tale condari idque & Vigl. hic putat: & cum nihil amplius testamentum desideret, tanto accuratius, quæ jus civile requirit, observanda sunt. Tanto minus admittendum erit, ut sine scheda interrogante saltem aliquo testamentum conficiatur, quod tamen sub certis requisitis admittunt citati a Wesenb. hic quos & ipse sequitur. Magis etiam communiter censent Dd. valere testamentum, si quis dicat coram septem testib. velle valere talem scripturam, qui apud Titium v.c. deposuit. Quod ego minime admiserim, cum talis scedula possit facile falsari & corrumpi; Et utique hoc testamentum non est scriptum, cum sceda nullas habeat solemnitates, nec nuncupativum: quoniam hic testatorem palam hæredes & cætera nuncupare oportet l. hæredis 21. in pr. h.t.v. omnino interp. in l. jubemus 26. C.h.t. Illud obiter addendum, aliter hic & in *leg. hac consulti.* 21. §. 1. *C. eod. & in l.* 21. *D. eod* usurpari verbum nuncupationis: pro expressione oretenus facta, & hæredis & legatariorum; aliter vero ab *Vlp. t.* 20. *de testam.* §. *in testamento* 8. sc. pro generali testatione in testamento scripto: dum testator tabulas testamenti tenens coram testibus istam suam voluntatem ultimam esse contestatur,

Iure civili:] Quoniam testamentum prætorium omnino signa requirit.

AD TITULUM XI.

LIBRI SECVNDI INstitutionum,

DE MILITARI TESTAmento.

TEXTVS.

1. Supra dicta diligens observatio in ordinandis testamentis, militibus propter nimiam imperitiam eorum constitutionibus principalibus remissa est. Nam quamvis ii neque legitimum numerum testium adhibuerint, neque aliam solemnitatem testamentorum observaverint, recte nihilominus testantur: videlicet, cum in expeditionibus occupati sunt: quod merito nostra constitutio introduxit: quoquo enim modo voluntas ejus suprema inveniatur: sive scripta sive sine scriptura, testamentum valet ex voluntate ejus. Illis autem temporibus, per quæ citra necessitatem expeditionum in aliis locis vel suis ædibus degunt, minime ad vindicandum tale privilegium adjuvantur: Sed testari quidem etsi filiif. sint propter militiam conceduntur jure tamen communi, observatione eadem adhibenda, quam in testamentis paganorum proxime exposuimus.

COMMENTARIVS.

1 *Causa hujus privilegii.*
2 *Qui dicantur pagani & unde.*

HActenus de testamento paganico (pagani unde ita appellati ad fin. huius §. dicimus) sequitur de militari, quod ita dicitur à privilegio quod militibus indultum est: Ceteroquin potest miles si velit utique jure communi testari. Militare itaque est, in quo non observandæ sunt solemnitates tit præced. ut in pr. huius textus ait Justinianus, & quænam istæ sint solemnitates remissæ, ex 1 seqq. huius tit. apparebit. Reddit inprimis † causam hujus privilegii, cur milites sine solemnibus testari possint: Nimiam eorum imperitiam: milites enim in arma tractare, jura scire non tenentur. Non dissimiliter in *leg.* 3. *Cod. h.t.* causa istius rei tribuitur simplicitati militum, sicut & in *leg.* 1. *in prin. D. eodem.* ibi, *simplicitati eorum consulendum existimavi*, facit *l. ult. in princ. Cod. de jur. delib.* ubi Imp. ait, arma magis quam jura milites scire debere. Quod tamē hæc ratio adæquata & sola non sit, hinc probatur, & 1. quod cū omnes fere Romani cives stipēdia facerēt, fæpe accidisse oportuit, ut etiam periti juris stipēdia mererent; omnibus autem

Digitized by Google

tem militantibus datum hoc privilegium fuiſſe certum eſt: 2. quod etiam fœminæ ſunt imperitæ juris & ſimplices, quibus tamen non conceſſum eſt hoc privilegium: ſed & ruſtici ſimplices ſunt, qui habent neceſſe adhibere quinque teſtes *leg. ult. Cod. h.t.* 3. quod etiam alii non milites deprehenſi in hoſtico, jure militari teſtantur *leg. ult. h.t. l.* 1. *de bon. poſſeſſ. ex teſtam. mil.* 4. quod imperitia durat etiam ſi occupati milites non ſint in expeditione: quo caſu tamen jure militari teſtamentum concedere non poſſunt h. text. in fin. Neque hæ rationes eo removentur. quod Vigl. ſcribit, ruſticos & alios habere copiam conſulendi peritiores. Hoc ipſum enim arguit, non imperitiam, ſed occupationes & pericula præſentanea huic privilegio dediſſe cauſam. Fatendum eſt igitur, ut iſta ſit impulſiva cauſa fortaſſis, attamen ſolam non eſſe: ſed magis principalem à favore militiæ, & periculo in quo verſantur milites qui prope hoſtem ſunt: quæ ratio, deſumpta à periculo diſerte proponitur ab Ulpiano in *l. un. de bonor. poſſeſſ. ex teſt. litis.*

Conſtitutionib. principalib.] Autor primus perhibetur Julius Cæſar in *l. 1. h.t.* poſt Titus, Domitianus, Nerva, Trojanus *d.l.* 1. Unde intelligere licet, teſtamentum vetus, quod in procinctu dicebatur, ſolemnitates deſideraſſe.

Ut quamvis ii &c.] Mox ſubjicitur, ut valeat diſpoſitio militis, quoquo modo facta, & *d.l.* 1. ut rata ſit voluntas militum, quoquo modo teſtati fuerint. Et ſiquidem miles in ſcriptis teſtetur, non habet neceſſe, ut ſeptem teſtes adhibeat, neque ut teſtes ſubſcribere, aut ſubſignare faciat, nec ut uno contextu teſtetur. Sin ſine ſcriptis, itidem nec numerus ſeptem teſtium, neque eorum rogatio, nec rurſus continuatio actus neceſſaria eſt. Quæ pertinent ad militare privilegium, quod ſpectatur in ipſa diſpoſitione & ordinatione voluntatis: Reliqua in ſeqq. videbimus.

Cum in expeditionibus] Hoc jam monuimus: & facit huc *l. ult. C. de reſtitut. milit.* ubi Imp. ad ea quoque quæ in expeditionibus geſta ſunt: reſtitutionem militum reſtringit: idem ſcilic. Juſtin. & idem in *l. ult. C.* Quibus non objic. long. temp. præſcr. itaque hic id tribuit ſuæ conſtitutioni, quæ eſt in *l. pen. C. h.t.* Et igitur ante Juſtinian. potuerunt teſtari jure militari extra expeditionem? Ambigo: olim ſane milites in provinciis erant perpetui, quos veriſimile eſt omnino jure militari teſtari potuiſſe. Id poſt ſublatum, & ut milites occurrente bello de novo ſcriberentur, occaſionem præbuit Juſtiniano aliquid innovandi. Et tamen dum degunt in hybernis, utique adhuc actu ſunt milites. An intelligit *in ædibus* cum ſunt dimiſſi, ut tum ſolebat finito bello, cogita. *v. l. 1. C. h. t. in f.* ibi *in expeditione.* quæ tamen incluſa virgulæ item. *l. 15. in pr. eod.*

Vel ſuis ædibus] Videtur rectius legi: *ſedibus* quomodo & Hottom. Weſemb. & Contius legunt, & magis probat Cui. & Vigl. ubi explicat de hybernis, vel aliis locis, ceſſante belli neceſſitate & Theoph. expreſſit ἐδίτο ς. Sed ſedium nomen paulo generalius eſt: & pro vulg. facit, quod *Cuiacius conſult.* 49. notat in Baſilicis legi ἰδίοις ὁ χωρις, in propriis ædibus, quomodo etiam eſt in *l. ult. C. de reſt. milit. fac. l. ult. C. de poſtl. & reu. ab hoſtib. add. l. 2. C. Th. de dom. & prat.* Vereor autem ne male Cui. ibid. etiam in hybernis etiam in præſidiis jure militari teſtari permittat; abeſt enim ibi, præſentaneum periculum, quod huic privilegio cauſam dedit; nec poteſt tum in expeditione eſſe proprie milites dici, & utique hi non ſunt in caſtris, quod tamen diſerte requiritur in *§. ſed hactenus in f. h.t.*

Etiam ſi filiusfam.] Scil. de peculio caſtrenſi. Inſigniter errant, inter quos Chriſt. Porcius qui hinc colligunt filiumf. non poſſe teſtari militari jure: utique enim totum hoc pertinet ad caſum, quo extra expeditionem teſtatur miles; ubi Juſtin. quaſi parentheſin inſerit, quod etiam filiifam. licet extra expeditionem, teſtari poſſint; cum alias exiſtimari potuiſſet, filiosf. tantum habere jus teſtandi ex privilegio & jure militari, in expeditionibus.

In teſtamentis paganorum] Ne quid inexplicatum ſinamus, tractandum hic eſt; unde nomen paganorum, † deſcendat, & cur tributum ſit iis, qui non militant. Lego apud Heſychium in Lexico παγανὸς, ἰδιώτης, ἄγροικος, & ſtatim παγὰνὸς γῆ τις ὑπὸ τῶν γεωργικῶν. Ita paganus fuerit, plebejus, ruſticus. Sed id ſane non ſatis conveneritei, quod Vegetius optimum militē ex agro ſcribi ait: & quod veteres Romanos etiā patritios agriculturā exercuiſſe, & in tribubus, quæ ruſticæ dicebantur, nobiliſſimos quosq; ut urbanis viliores fuiſſe deſcriptos cōſtat, & plenius confirmant, quæ apud Onufriū leguntur *& Sigon. de jure antiq. civ. Rom.* ut paganorū nomen hoc ſenſu recentius eſſe oporteat. (Male igitur putat Viglius, paganos appellatos, qui domi relicti eſſent ad ruris culturam. ibid. ait pagani nomē extare apud Plin. 7. Epiſt. ad Rufum, apud Juven. Perſ. Suetō. & Veget. quos, v. In pleriſq; vero Græcis Lexicis paganus explicatur ἀγρότικος, quod huic loco cōvenit, Herodian. lib. 1. hiſt. loquitur de qui-

de quibuſdam ἐν ἰδιωτικῷ χήμασι, quod Politianus interpretatus eſt, habitu paganorum; & hocſenſu dicimus teſtamentum paganum, quod fit à non militantibus, & pagani, qui non militant: quomodo Juſtin. in fi. hujus texti vocat teſtamenta paganorũ, & ita oppoſitio militis & pagani *in l. quadam 14. c. pœn. l. ult. ad L. Fale.* & hoc ſenſu bona in paganico *l. 1. C. h. t. & l. idemque 9. §. 1. h. t.* itidem paganus militi opponitur, *l ſi certarum 17. §. 2. h. t. l filiuſ. 26. in pr. de li. & poſth.* Sed quæritur appellationis ratio. Forte facit aliquid ad rem, quod ſcribit *Sigon. li. 2. de iure civ. Rom. c. 7. inf. ex Dion. Halic. li 4.* Quod Rex Rom. Tullius plebem Romanam diviſerit in pagos plebem ſcil viliorem, & quæ à militia fere immunis, in qua & ex qua legebantur & erant, ſcribæ, apparitores, negotiatores, opifices, &c. ut id notat *Sigon. d. loco*; quo forte referendum erit, quod *Quintus Frater, de petitione conſulatus*, meminit collegii omnium pagorum, & *Cicero pro domo*; nullum collegium eſt in hac urbe, nulli pagani. Hæc ita fuerit prima ratio nominis; ut eſſent contempti, qui pagani dicebantur, quandoquidem ſcientia & exercitatio militaris apud Romanos in maximo ſemper fuit honore. Poſtea temporis progreſſu factum oportuit, ut omnes non actu militantes pagani dicerentur. Facit pro iſta notatione, quod apud Tacitum hiſt. lib. 3. Anton. Primus dux Veſpaſianarum partium, ad quas defecerant Prætoriani, dum acerrime pugnat cum Vitellianis, & ſuos adhortatur, quaſi increpans prætorianos eos ignominiæ cauſa paganos appellare videtur. Mox (ſunt verba Taciti de Antonio) infenſus prætorianis, vos, inquit, niſi vincitis pagani, &c. quoniam prætoriani in urbe excubabant, quibus ideo ignaviam exprobare videtur; cum adeo tam antiqua iſta appellatio ſit, errat Weſemb qui hanc reddit appellationis rationem, quod poſt receptum, ut qui agros colerent, quaſi adſcripta glebæ militare non poſſent. At vero (ut & addamus iſtud) cur poſtea, qui adhuc Deos colebant, pagani appellati, ut in *tit. Cod. Iuſtin. & Theod. de pagan.* & paſſim apud alios autores. Apud Prud. Romanus ita affatur præfectum. Non erubeſcis ſtulte, pago dedite: & mox ibidem. Agnoſcis illum quem loquor miſerrime pagane. An ideo, quod diverſa pro diverſitate pagorum colerent ſacra, ut putat doctiſſimus vir *Iacob. Gothofr. in l. 13. d. t. Co. Theod. de pagan.* An ideo, quod Chriſtiani quaſi per opprobrium tam quam rudes & agreſtes ita appellarint Deorũ cultores? An magis forte placet quod magnus ille annalium Eccleſiaſticorum ſcriptor *Caſ. Baron*, refert ſub anno Chriſti 351. Num. 16. ideo ſic appellatos, quod Conſtantius ex autoritate, & ex numero militum delere ſolitus fuerit eos, qui non eſſent Chriſtiani, quod hominum impiorum opera uti nollet. Idque eo magis arridet, quod ita communis eſt ratio appellationis ut obiq; ſiquidem olim non militantes pagani dicebantur. Retracto hic rationem, quam olim ad Treutl. dedi, cur Gentiles dicti fuerint; & veriſſima n. ejus appellationis ratio eſt ex Apoſtolo, qui Judæos gentibus opponit, quam differentiam Chriſtus ſuſtulit. Sed iſta velut ἐν παρέργῳ.

TEXTVS.

2. Plane de teſtamentis militum Divus Trajan. Catilio Severo ita reſcripſit. Id privilegium, quod militantibus datum eſt, ut quoquo modo ab his facta teſtamenta, rata ſint: ſic intelligi debet, ut utique debeat prius conſtare teſtamentum eſſe factum: quod & ſine ſcriptura & à non militantibus quoque fieri poteſt. Si ergo miles de cuius bonis apud te quæritur, ad hoc convocatis hominibus, ut voluntatem ſuam teſtaretur, ita locutus eſt, ut declararet, quem vellet ſibi hæredem eſſe, & cui libertatẽ tribueret, poteſt videri ſine ſcripto hoc modo eſſe teſtatus, & voluntas ejus rata habenda eſt. Ceterum ſi, ut plerũq; ſermonibus fieri ſolet, dixit alicui: Ego te hæredẽ facio, aut mea bona tibi relinquo, quo, non oportet hoc pro teſtamento obſervari. Nec ullorum intereſt magis, quam ipſorum, quib. id privilegium datum eſt, ejuſmodi exemplum non admitti: alioqui non difficulter poſt mortem alicuius militis teſtes exiſterent, qui affirmarent, ſe audiſſe dicentem aliquem, relinquere ſe bona cui viſum ſit, & per hoc vera judicia ſubverterentur.

COMMENTARIUS.

EXtat hoc reſcriptum in *l. Divus 14. h. t.* ubi legitur, *Statilio Severo*, & apud Theoph. & tamen apud Plin. 1, Epiſt. 22. eſt Catilius Severus. Nimi-

rum voluntas militis quomodocunque facta valet, sed ut eam prius voluntatem militis esse constet, & quidem seriam, non joco, in convivio fortassis, & non animo disponendi effusam; neque enim alius quod sermo ad ipsum institutum dirigitur, ut h §. proponitur, *Ego te haredem meum facio*, irritam facere potest dispositionem. Itaque verba h. §. *ut in sermonibus fieri solet*, ita accipienda sunt, ut ex iis colligatur non seria nec destinata voluntas militis, de hærede sibi faciendo. Et omnino cum iis sentio, qui putant ex circumstantiis & conjecturis de hoc statuendum esse. Ait textus *Convocatis ad hoc hominibus* Quæ verba dubium movent, an testes sint rogandi & nominatim certiorandi, militem velle testamentum facere, & an omnino in testamento militis opus sit testibus. Equidem hic locus agit de testamento militis sine scriptura, in quo omnino testibus opus est: Sed de numero quæritur. Et communis sententia est sufficere duos, siquidem, ut tradunt, requiritur in testamento militis nulla solemnitas, sed tantum probatio, aut nulla alia solemnitas quam juris gentium, quod in quocunque actu duobus testibus idoneis contentum est. Et tamen Theoph. hic in pr. scribit unum testem sufficere, ἀρκεῖ γὰρ καὶ ἑνὸς μάρτυρος μόρτυρος ἀξιόπιστος. Quod tamen vix videtur admittendum, cum non possit fieri probatio legitima per unum, ex ratione civilis, *l. ubi* 12. *de testibus*, *l.* 9 *C. eod.* imo divini & gentium juris: & desiderantur hic quoque legitimæ probationes, *l. Lucius* 24. *in pr. de milit. testam.* nec esse potest legitima probatio per unum testem: & facit, quod numero plurali usus est Imp. *convocatis hominibus*. Quod si vero miles scripserit in charta suprema elogia sua, crediderim sane, cum Viglio hic & *Cuiac. con. ultra.* 49. sufficere solam scripturam sine testibus, si modo eam scripturam militis esse constet: quod & in testamento patris inter liberos obtinere probatur *N* 107. & diserte scribit & testatur *Leo Imp. Nov. const.* 40. in pr. eorum qui in acie occumbunt, testamenta sine ullis testibus valere: & enim est legitima & hæc probatio, si de voluntate & scriptura multis constat, quam quoquo modo testatam esse sufficere in *princ. tit.* affirmat Justinianus post Jurisconsultum in *l.* 1. *D. h. t.* Sed porro si nuncupato disponat miles, an oportebit testes esse rogatos & certioratos, cuius rei gratia adhibeantur? Et affirmativam videtur suadere verba *convocatis ADHOC*. tum etiam quod negatur sufficere, si miles in sermonib aliquem nuncupet hæredem. Plane existimo ita quidem tutius dispositurum militem; Ceteroquin cum militibus sit remissa omnis solemnitas, non putarim id necessarium esse, si ex aliis circumstantiis appareat, militem ultimam dispositionem concedere voluisse: Ceteroquin (quod in f. §. innuitur) qui corrupti falso deponunt, se audisse militem nuncupantem aliquē sibi hæredem, iidem deponent, si rogatos ad hoc & convocatos fuisse, & solum hoc voluit Trajanus, ne quivis militis sermo temere prolatus & effusus pro ultima & valida militis voluntate habeatur: & verba *convocatis ad hoc*, non dispositione sed tantum narrative proponi, post alios notat *VVesem. hic.* itaque non recte *Joh. de Plat. & Ang. hic* putant etiam in testamento militis testes rogatos esse debere. Porro ut ad superius illud de testamento scripto militis redeamus, in eo non esse necessarios testes aperte probat *l. milites* 15. *C. h. t.* secundum quam valeat, quæ miles in vagina vel clypeo, imo & in pulvere describit: Equidem non negassim id necessitatis gratia admissum, & permissum militi jam morituro in acie ita disponere: & non eandem esse rationem eius qui in castris disponit: attamen, ubi constat de scriptura & dispositione militis, ratio facit, & privilegium concessum militi, ut valida ea voluntas debeat haberi. Et illo tamen quoque casu qui est in *l.* 15. *C. h. t.* notat recte Fab. oportere probari voluntatem, per comparationem literarum, vel per testes qui agnoscant ejus manum, vel eum hoc viderint scribentem. Communiter autem putant Dd. in testamento militis, etiam fœminas testes esse posse: quod fere admiserim, quoniam nihil aliud requiritur, quam simplex probat voluntatis, juxta juris gentium rationem: quamvis & secundum hoc jus non putaverim eandem finem facere fœminam & masculum.

TEXTVS.

3. Quin imo & surdus & mutus miles testamentum facere potest.

COMMENTARIUS.

CONstituit Justin. in *l. discretis* 10. *C. qui test. fac. poss.* ut qui tantum surdus est, omnimodo, qui tantum mutus si scribere sciat, testamentum facere possit, adeo ut etiam natura surdo permittat testamenti factionem, de quo dicemus ad §. *item* 3. *tit. seq.* Cum adeo hic proponatur privilegium militis, communiter Dd. accipiunt hunc locum de eo qui simul surdus & mutus, & quidem natura talis est, ut tamen fateantur hoc esse mirabile, *ob. Faber, Christ. Porcius, Angel. hic*, qui putant id ita accipiendum

piendum ſi ſignis poſſit colligi ejus voluntas, quæ ſigna fortaſſis conjuncti & qui cum ipſo vixerunt, intelligere & explicare poſſint. Sed primo recte notat Vigl. hic fieri non poſſe, ut ſurdus & mutus legatur in militiam, qui nec ſigna audire, nec juramentum præſtare, nec teſſeram accipere & reddere poſſit, & ſi miles in hanc calamitatem incidat, dimittitur *l. 4. h. t.* ideoque & Theoph. notat oportere fingi, eum nec dum ex hac cauſa dimiſſum: militem enim talem eſſe non poſſe. Itaque hoc initio falſum eſt, quod Dd. hinc notant naturaſurdum & mutum poſſe eſſe militem. Nec minus falſum & abſurdum eſt, quod talis poſſit facere teſtamentum: & illud de ſignis, commentitium plane eſt, cujuſmodi ſigna quæ certam ejus voluntatem oſtendant, ab huiuſmodi homine expectare inſanum eſt, neque poſſit hoc permitti uni aut alteri, ut hac in re de ejuſmodi ſignis in ſe incertis, imo nullis plane judicium ferat. Quæ cum intelligere Jaſon. in addit. ad Porcium, intellexit hunc locum de eo qui ex accidenti ſurdus & mutus, forte ex vulnere in militia accepto factus eſt: & quia ex *d. l. 10. C. qui teſtam. fac. poſſ.* etiam paganus ex accidente ſurdus & mutus teſtari poteſt, ſi ſcribere poſſit, accepit hunc locum de eo qui ſcribere non poteſt; & qui per notas aut ſigna heredem ſibi facere poſſit. Sed plane qui ſcribere nequit, ille nec notas ad iſtam rem habiles poterit exprimere; & ut per ſigna condatur teſtamentum, nuſquam admiſſum eſt, nec admitti poteſt. Ita enim valere militis voluntatem voluit Trajanus, ſi prius hanc ejus voluntatem eſſe conſtat. Qua de cauſa Vigl. hic primo putat, non proponi privilegium à qualitate perſonæ, ſed tantum hoc velle Juſtinianum, quod miles etſi ſurdus & mutus ſit, ſcil. mutus tantum vel ſurdus tantum, ita ut vel ſcribere poſſit, teſtamentum queat facere jure quoque militari, ubi hanc rationem dubitandi fuiſſe proponit, quod hæc ſit juſta cauſa miſſionis à militia, ſi miles ſurdus vel mutus efficiatur, ut docet *l. iure 4. h.t.* & proinde mittendus, non videbatur jure & privilegio militari teſtari poſſe. Sed omnino apparet ex hoc §. quod Juſtin. novum privilegium à perſona militis deſumtum proponere voluerit. Itaque rectius ſe habet altera reſponſio Viglii, quod cum olim paganus mutus vel ſurdus teſtamentum non poſſet facere, niſi ex ſpeciali conceſſione Principis *l ſi mutus 7. de teſtamen. ord.* miles ſurdus & mutus citra iſtam conceſſionem privilegio militari habuerit teſtamenti factionem. Et igitur poſtquam Juſtinianus in genere fecit poteſtatem omnibus ſurdis vel mutis faciendi teſtamenta, ut amplius non ſit opus nominatim hoc à principe petere & impetrare, conſequenter hoc referendum amplius inter privilegia militaria non erit: & ob id male Tribonianus conſtitutionis ſuæ in *d. l. 10.* oblitus (nec enim ea poſteriori demum Codici inſerta fuit) hoc nobis in §. inter privilegia militaria retulit. Plane autem errant gl. Angel. & ſi qui ſunt alii in §. *ſeq.* putant privilegium iſtud durare etiam muto & ſurdo poſt miſſionem: quia ſcilicet viderunt talem ſurdum mutum ſimul, jure communi ſervatis ſolemnibus teſtari non poſſe, ſed utique cum privilegium miſſis non competat, fatendum erit, talem mutum & ſurdum tum nullo modo teſtari poſſe: ceterum juxta noſtram explicationem, teſtabitur juxta *l. 10. C. qui teſtam. fac. poſſ.* ante quam quod poterat jure militari, poſt miſſionem non poterat niſi ex conceſſione Principis.

TEXTVS.

4. Sed hactenus hoc illis à principalibus conſtitutionibus conceditur, quatenus militant, & in caſtris degunt: poſt miſſionem vero veterani, vel extra caſtra alii, ſi faciat adhuc militantes teſtamentum, cómmuni omnium civium Romanorum jure id facere debent. Et quod in caſtris fecerint teſtamentum, non communi jure, ſed quomodo voluerint, poſt miſſionem intra annum tantum valebit. Quid ergo ſi intra annum quis deceſſerit, conditio autem heredi adſcripta poſt annum exſtiterit, an quaſi tamquam militis teſtamentum valeat? Et placet valere quaſi militis.

COMMENTARIVS.

HIc §. omnino male refertur ad §. præced. quaſi ad ſurdum & mutum militem pertineat. Nec quidquam abſurdi eſt, repeti quod jam ſupra de expeditionibus dictum eſt: nam & additur hic de veteranis honeſte dimiſſis: & ſimul aliud, quod pertinet (& eſt iſtud novũ privilegium militis) ad conſervationem teſtamenti, quod factum eſt jure

militari, ut non tantum valeat, ſi miles in expeditione deceſſerit, ſed etiam ſi poſt miſſionem: ſed tamen ſi intra annum, ex quo dimiſſus fuit, *l. quod conſtit.* 21. *l. quod dicitur* 38. *in pr. h.t.* (quo referri ſolet, quod abſentes Reip. cauſa in quorum numero ſunt *milites, arg. l. nec non* 28. *§. ult. eò l. ſeq. ex quib. cauſ. maior.* reverſi habent ab omnibus anni vocationem *§. item* 2. *ſup. de excuſ. tut.*) & rurſus ut reſpectetur tempus mortis, non quo extitit conditio teſtamento heredi adſcripta *h. §. inf. & d. l.* 38. *eod.* Ex quo notant, conditionem retrotrahi, & videlic. ad tempus mortis, nõ ad tempus facti teſtamenti, de quo agemus *inf.* in materia obligationum, an & quando conditio retrotrahatur. Valet autem intra annum poſt miſſionem, ſi ſit miſſio honeſta: ignominioſe enim miſſi hoc privilegio non gaudent *l. teſtamenta* 26. *in pr. h. t.* Cui obſtare tamen videtur, quod capite damnatus miles poteſt teſtari jure militari *l. ex militari* 12. *in pr. h. t.* & igitur privilegium retinet, nec ex honeſta cauſa poteſt quis damnari capite. Sed reſpondendum eſt, quod 1. non ſimpliciter hic habeat jus teſtandi miles, ſi hoc ipſi in ſententia ſit permiſſum, ut docet *l. cum hic* 32. *§ ſi miles* 8. *de donat. int. vir. & ux* (ubi amplius ait JCtus, hoc petendum & impetrandum eſſe) *l. ſi quis* 6. *§ ſed & ſi* 6. *inf. de iniuſt. teſt. l. ſi quis* 22. *§. 1. de leg.* 3. *l. 1. de vet. & milit. ſucc.* 2. quod oporteat tale delictum eſſe quod non rumpat fidem ſacramenti *d. l.* 11. *infr. h. t.* & adeo non nimis grave 3. ut ne ſit damnatus ex crimine communi, ut paganus, ſed ex crimine militari *dd. textibus* cuiuſmodi multa ſunt non adeo atrocia ſed quæ tamen ob diſciplinam militarem capite puniuntur. Denique quod & hic non niſi de caſtrenſibus poteſt teſtari dd. textibus. Cujus rei ratio evidens eſt hæc, quod in bonis hic militis damnati ex tali delicto, & inteſtato quoq; defuncti, fiſcus jus non habet, ſed ea ad cognatos proximos militis deferuntur *l. 1. & 2. de veter. ſucc.* in quorum præjudicium cum quivis teſtamentum facere poſſit, militi quoque id negare viſum non fuit. Illud non immerito quis miretur, cur idem hoc privilegium non habeant præfecti & tribuni militares *leg. quod conſt.* 21. *h. t.* nimis enim cavillatoria eſt ratio JCti ibi quod hoc privilegium datum ſit dimiſſis, non qui accipiunt ſucceſſorem. Cum enim iſti quoq; poſſint teſtari jure militari, *l.* 4. *C. h. t.* & à contrario ſenſu *l. tribunus* 20. *D. eod.* cur non & valeat teſtamentum intra annum ex quo accepit quis ſucceſſorem, nimis vero putidum eſt captare verba conſtitutionis, quæ miſſorum facit mentionem. Et omnino placet ſententia Cujacii in *d. l.* 21. *tract.* 4. *ad Afric.* ex ſententia conſtit. aliud ſtatuendum eſſe *fac. l.* 2. *de his qui not. inf.* Addo denique & hoc: militibus tantum competere iſtud privilegium: Alios qui jure militari teſtari poſſunt, v. c. quia in hoſtico deprehenſi *l. ult. h. t. l. un. C. de bon. poſſ. ex teſt. mil.* eo privilegio non gaudere: in his enim nullo modo poteſt miſſioni eſſe locus, idque recte notat *Mynſ. hic.*

TEXTVS.

5. Sed & ſi quis ante militiam non jure fecerit teſtamentum, & miles factus & degens in expeditione reſignaverit illud, & quædam adjecit ſive detraxit, vel alias manifeſta eſt militis voluntas hoc valere volentis, dicendum eſt valere teſtamentum hoc, quaſi ex nova militis voluntate.

COMMENTARIUS.

NOvum hoc eſt privilegium militare, quod ſpectatur & verſatur in confirmatione voluntatis ante inutiliter ordinatæ: Ea fit vel verbis vel factis. Illud, ſi tantum dixerit jam miles in caſtris & in expeditione, ſe velle valere voluntatem ſuam antea factam, talem ſcilicet, quæ ſi à jam militante fieret, valere jure militari: quomodo quaſi per relationem videtur miles teſtamentum facere. Hoc ſi voluntati priori aliquid addidit vel detraxit jam miles; Ratio utriusque communis eſt, quia perinde habetur ac ſi de novo miles reſtatus eſſet: idque eſt quod ait Juſt. valere teſtamentum quaſi ex nova militis voluntate. Et nova igitur voluntate opus eſt, declarata verbis aut factis: quâ deficiente prius inutiliter factum teſtamentum, utcunque in militia decedat miles non poterit valere. Quod ſuadetur aperta ratione: ſiquidem miles tum intelligetur voluntatem priorem inutilitate ſua relinquere noluiſſe, quam creditur ſciviſſe, quod eſſet inutilis: neque poteſt dici teſtatus in expeditione, qui voluntatem priorem inutilem nec verbo nec facto quaſi repetiit: neque tum poteſt dici acceſſiſſe nova militis voluntas: Et hoc ita diſertiſſime reſponſum eſt in *l. Titius* 25. *h. t.* ubi JCtus in terminis ait, ſi nihil Factum vel Dictum probetur, à milite, quod vellet valere priorem voluntatem, tum diſpoſitionem ad jus cõmune pertinere: & quod conſtitutiones principum pertineant ad ea teſtamenta, quæ à militibus & militãtibus facta ſunt: & ceteroquin efficeretur, extra etiam expeditionem, imo plane à pagano facto

factas diſpoſitiones valere jure militari, ſi ſolum & unicum hoc ſufficeret, militum defunctum eſſe in expeditione. Idem legimus totidem pene verbis in *l. tribunus* 20. *h. t.* §. 1. *& in l. quod dicitur* 38. §. 1. *inf. h. t.* ibi *qui teſtamentum valere voluit h. t. l. conficiuntur* 8. §. 4. *ſi miles de jur. codicill. l. idemque* 9. §. 1. *h. t.* ibi *ſi hoc maluit miles.* objicitur tamen non leviter *l. in fraudem* 5. § *teſtamentum.* 2. *h. t.* ubi dicitur teſtamentum, *ſi militis voluntas contraria non ſit.* Et igitur ſufficiet modo non oſtendatur à milite improbatã eſſe priorem voluntatem, nec neceſſum erit, probari novam voluntatem. Interpp. plerique diſtinguunt, an teſtamentum prius factum ſit omnino à pagano, an vero à milite: tum non actu militante. Et ſane in *d. l.* 15. §. 2. proponitur teſtamentum ante factum à milite ante militiam. Mihi iſtud inprimis inconcinnum & abſurdum videtur, ut dicatur miles teſtari ante militiam; quin imo iſtud eſt contradictorium, ut ante militiam quis dicatur eſſe miles: Itaque exiſtimo abuſive ibi militem dici ante militiam, & dici vero militem ratione temporis quo miles mortuus eſt, qui revera miles cum teſtaretur, non erat. Et recte iſtam reſponſionem hic quoque improbat Viglius, & repugnat iſti explicationi *d. l. Titius* 25. *h. t.* ubi JCtus ait conſtitutionibus Impp. ea demum confirmari teſtamenta, quæ ſunt facta à militantibus, Hotto. putat, D. Pium hoc de novo conſtituiſſe, ut qui teſtamentum ante conditum non mutavit, miles factus cenſeatur id tacite confirmaſſe. Sed tum abſurdum eſt, tantæ ſocordiæ arguere compilatores, quod tot pugnantes in contrarium textus retulerit in Pandectas: tum obſtat, quod ipſe Ulpian. cujus eſt *d. l.* 15. *h. t.* requirit, ut hoc maluerit miles: ubi nominatim etiam D. Pii facit mentionem; & omnino verba *d. l.* 9. §. 1. *ſi hoc maluit miles.* emphaſin habent. nec poſſunt de aliqua tacita voluntate, explicari. Et facit comparatio quæ eſt in *d. l.* 9. inter hunc caſum, & præc. *in pr. L.* ubi poſt factum teſtamentum natus eſt militi filius: ait enim Ulp. valere teſtamentum, ſi miles maluit eodem teſtamento decedere. & quod tunc cenſeatur reſeciſſe teſtamentum. Quod ſi enim nihil plane dixerit potius ex amoris paterni præſumptione credimus, eum bona ad filium natum pervenire voluiſſe: quamvis ſane dici poſſit, hoc ipſo dum non revocat voluntatem, præſumi, quod voluerit eodem teſtamento decedere: idque confirmat, quod in *l. præcedent.* dicitur de arrogato filio poſt teſtamentum. Et ut inſuper hoc addam, per *d. l.* 9. confutatur paulo ante relata diſtinctio Dd. quippe ibi proponit Ulp. ante à pagano factum teſtamentum: neq; aliud reſcriptum in *d. l.* 9. *h. t.* intelligi poteſt aut conſtitutio Pii, quam quæ refertur in *l.* 19. §. 2 *eod.* Viglius hic ait animadvertendum ad verba interpoſita in *l.* 15. §. 2. *ſi militis ſubiuncta voluntas contraria non ſit*: ex quib apparere ait, aliquam voluntatem fuiſſe ſubjunctam. Sed enim Viglius de ſuo addidit verbum *ſubiuncta*, quod ego nuſquam reperio. Puto tamen omnino ita accipiendum reſponſum Ulpiani in *d. l.* 15. §. 2. ut ſcil. idem voluerit dicere quod eſt in *d. l.* 9. §. 1. *eod. ſi hoc maluerit miles*: ut Ulpianus in *d. l.* 15. § 2 minus dixerit quam ſenſerit. aut à Triboniano quædam forte verba fuerint detracta. Et ita quoque *Accurſ. in d. l.* 5. *& Donell.* 6. *comm.* 28. Ulpianum in *d. l.* 15. accipiunt & explicant, quod ſcilicet ibi non ſit intelligendum ſimplex ſilentium militis, ſed aliud quid actum & adjunctum fuiſſe.

TEXTVS.

6. Denique & ſi in adrogationem datus miles fuerit, vel filius f. emancipatus eſt, teſtamentum eius, quaſi ex nova voluntate militis valet, nec videtur capitis diminutione irritum fieri.

COMMENTARIVS.

VIglius ad hunc §. nihil agit. & ſcribit ita, ut ipſe quid ſcriberet, ſatis intellexiſſe non videatur: nec ullus Interpp. mihi hic ſatis facit, quin ſicco quaſi pede tranſeunt: & haud ſcio an ſatis extricare poſſim: Dicerẽ hic turbaſſe aliquid Triboniani, niſi idem exſtaret in *l. miles* 22. *cum l. ſeq. h. t.* & non dubito iſtum locum ex veteri JCto deſcriptum fuiſſe. Tractatur de minima capitis diminutione, & pro privilegio militari proponitur, quod per hanc ſpeciem capitis diminutionis non rumpatur teſtamentum. Et igitur ſecus ſe habet in teſtamento paganico: ceteroquin privilegium non fuerit & cum de infirmatione teſtamenti agatur per capitis diminutionẽ, oportet ante capitis diminutionem accidentem factum fuiſſe teſtamentũ. Inprimis autem fingi & ſtatui oportet teſtamentum factum fuiſſe ſuper peculio caſtrenſi: quod ſi paganum ſimpliciter ponas, & qui non habeat peculiũ caſtrenſe, nullus eſt locus quæſtioni, in quacunq; ſpecie capitis diminutionis minimẽ etenim filius fam. de quo emancipando, ſive dando per patrem in adoptionẽ agitur, de bonis aliis quam caſtrenſibus teſtamentum facere non poteſt. Quod

ſi ponas patremfamilias teſtamentum feciſſe de omnibus bonis, neceſſum eſt rumpi per adrogationem teſtamentum, cum cetera bona extra caſtrenſia adquirantur patri adrogatori. Et ob id JCtus in *l.23. h. t.* patremfamil. militem ponit de caſtrenſib. tantum feciſſe teſtamentum, & poſtmodum adrogatum fuiſſe. Ait JCtus in *d.l 22. & 23. h.t. & Iuſtin. h.t.* ſi ita facto teſtamento in adoptionem datus vel emancipatus filiusfam. fuerit, aut adrogandum paterfamilias ſe dederit, valere teſtamentum ut ex nova militis voluntate. Quæritur, an oporteat eum, ut hoc poſterius obtineat, emancipatum fuiſſe, an idem ſit, licet ſit defunctus in eodem ſtatu apud patrem adrogatorem. Sane cum miles fecerit teſtamentum jure militari, nec adquiratur novo patri peculium caſtrenſe in terminis adrogationis aut adoptionis factæ, non videtur impedire, quo minus ratum ſit teſtamentū, licet in eodem ſtatu recedat miles: idemque & tanto magis, ſi ponatur emancipatus miles fuiſſe: idque neceſſaria verba h.§. efficiunt, quib negatur irritum fieri teſtamentum capitis diminutione. Sed contra movet, quod dicitur valere teſtamentum quaſi ex nova militis voluntate: cuiuſmodi nulla fingi poteſt, quando miles in eodem ſtatu decedit. Et proinde Viglius fere videtur putaſſe, quod à Triboniano fuerint adjecta hæc verba, *nec videtur diminutione capitis irritum fieri*: & cum ſua natura capitis diminutio, ad teſtamenti irritationem tendat, non apparet, quomodo hic poſſit intercedere dici militis nova voluntas: quæ tum non eſt in obſcuro, quando rurſus ſui juris factus in eadem voluntate quam jure fecit militari, perſeverat. Sed ſiquidem emancipationem quoque dicimus ex ſubtilis juris ratione tendere ad teſtamenti irritationē, ut mox tractabimus, quæ nam hic poteſt dici nova voluntas ubi ante filiusfamil. teſtamentum fecit. Quod ſi hic aliquam fingimus, poterit & fingi in caſu adrogationis: idq; omnino efficiunt, verba ultima hujus §. cum inſuper & ſimpliciter in *d.l. 22. & 23. h.t.* filius datus in adoptionem, & arrogatus, nec rurſus emancipatus proponatur. Difficilius eſt, quomodo hoc inter privilegiū militare referatur. Et vero idem hoc obtinere, licet veteranus filiusfam. jure communi de bonis caſtrenſibus fecerit teſtamentum: tum rationibus ſuadetur, tum textibus. Ratio aperta videtur; quod cum nec qui habet in poteſtate, nec in poteſtatem cujus poſtea pervenit miles, ſibi vindicare quidquam juris poſſit, in peculio caſtrenſi, teſtamentum quod condidit ſive filiusfamil. ſive paterfamil. ſuper caſtrenſi peculio, licet non jam miles, non videtur ſive per arrogationem, ſive per emancipationem irritum fieri poſſe. Nec deſunt in hanc rem textus juris ſatis expreſſi in *l.1. §. exigit 8. v. ſed ſi filius f. de bon. poſſeſſ. tab.* ubi veteranus fecit teſtamentum de bonis caſtrenſibus, & emancipatus deceſſit, dicitur dari bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas. Referri hoc poſſit ad æquitatem prætorii edicti. Sed eſt præterea textus in *l. ſi quis filio 6. § ult. de inuiſt. teſt.* ubi negatur irritum fieri teſtamentum filiifamilias, ſive veterani, ſive militis: & igitur non poteſt hoc referri ad privilegium militare: cum d. loco idem in filiofamil. milite & veterano ſtatuatur. Ad hæc accedit textus in *l. conficiuntur 3. § ſi poſt 3. de jure codicill.* juxta quem indiſtincte cujusvis teſtamentum arrogatione ruptum, ſecuta emancipatione convaleſcere dicitur. Quod ſi igitur emancipatio teſtamentum in priſtinum ſtatum reſtituit, & cōfirmat, quomodo poteſt per emancipationem rumpi? Sed rurſus contra, & quod iſtud quod tractamus ſit privilegium militare, probatur ex ſæpe *d l.23. h.t.* Ubi JCtus tractans de arrogato patrefamil. milite, quod irritum non fiat teſtamentum, negat procedere hoc, ſi miles jam miſſus fecerit teſtamentum de caſtrenſi peculio. Unde efficitur licet arrogator conſequatur jus nullum in caſtrenſi peculio, arrogatione tamen rumpi teſtamentū, quod de peculio caſtrenſi jure communi eſt factū. Quidni igitur rumpi poſſit quoque teſtamentum emancipatione, quod de caſtrenſi peculio factum jure communi fuit. Idque etiam ratio juris ſubtilis ſuadet quod filiusfamil. redigitur per emancipationem in ſervitutem imaginariam, ſcilicet per venditiones *l. 2. d. cap. min.* Neque hæc juris ſubtilis ratio, & quo minus in ſervitutem imaginariam deduci videatur, impeditur ex eo, quod in caſtrenſi peculio, pro patrefamil. habetur filiusfamil. quoniam hoc non eſt verum quo ad omnia, ſed tantum ſecundum quid. Nihil habeo quod dicam, niſi quod veteris ſubtilis juris ratio inſuper poſteriorib. temporibus habita fuerit, & magis inſpecta veritas, aut quod forte ad *d. l. 6. §. ult. de inuiſt. teſtam.* & alibi aliquid ſit additum à Triboniano. Verum nihil affirmo, & ſubſiſto.

Reliquum eſt, ut privilegia militum circa teſtamentum colligamus, & ſub unum conſpectum quaſi in tabella methodice & ſuccincte proponamus, & colophonis loco ſubjiciamus. Inprimis, privilegium tum eſt in conſtitutione teſtamenti, tum in teſtamenti conſtituti conſervatione. Conſtitutio

ſtitutio ſpectatur tum in perſonis, tum in diſponẽdi modo. Quo ad illud privilegium ſpectatur tum in ipſo diſponente, tum in herede inſtituto. In diſponente ut privilegio militari teſtamentum facere poſſit etiam ſurdus & mutus, juxta dicta ad §. *quinimo ſup. h.t.* etiam damnatus juxta dicta ad §. *ſed hactenus h.t.* etiam ignarus juris ſui *l. ex militari* 13. §. 1. *h.t.* In herede, ut etiam deportatus, & alii fere qui alias non poſſunt, à milite tamen heredes recte inſtituantur *l. idem* 11 §. 2. *h.t.* Diſponendi modus in eo eſt, ut non requirantur ſolemnitates ordinariæ, rogatio, ſubſcriptio, ſubſignatio, & numerus teſtium, ut ſupra diximus: tum ut verba militis diſponentis accipiantur prout jacent, nec in illis admittantur ſubtilitates juris civilis. Ex quo eſt, ut poſſit heredem ſcribere ex tempore, ut temporis mentio non detrahatur, ut accidit in teſtamentis paganorum § *heres* 11. *inſr. de hered. inſtit. l. miles ita* 41. *in pr. h.t. l. certi* 8. *C. eod.* itemq; uſque ad certum tempus *d. l.* 8. & *d. l.* 41. ita ut pro tempore ſit teſtatus, & poſt inteſtatus *d. l.* 41. ſicut ex eadem cauſa pro parte bonorum teſtatus pro parte inteſtatus decedere poteſt, ut pars ad heredem ſcriptum, pars ad proximos agnatos ex lege proveniat, *l. ſi miles* 6. *l. quærebatur* 19. *in pr. h.t.* Cui porro conſequens eſt, ut ſi ex heredibus duobus inſtitutis unus defecerit, alteri pars non accreſcat, ſed heredes ab inteſtato pertineat *l. ſi duobus* 37. *h.t.* Et omnino ut vult diſponit miles & ejus voluntas effectum habet: proinde & codicillis directo hereditatem dare poteſt *l. militis* 36. *in pr. h.t.* & ante ab eo inutiliter teſtamẽtum factum nuda declaratione in militia facta ſuſtinetur juxta dicta ad §. *ſed etſi h.t.* Et amplius non tantum procedit hoc in ſolemnitatibus communibus. in paganorum voluntatibus quæ requiruntur, ſed etiam ſpecialibus, veluti circa liberorum inſtitutionem & exheredationem; poteſt enim miles etiam præterire liberos quos habet in poteſtate, & teſtamentum valet, ita ut ſilentium pro exheredatione habeatur § *pen. infr. de exhered. liber.* Denique quod ſuperioribus addendum eſt miles cum duobus teſtamentis decedere poteſt *l. quærebatur* 19. *in pr. h.t.* ubi tamen additur hoc ita procedere, ſi ſpecialiter adjecerit, velle ſe poſterius teſtamentum valere, alias enim creditur pœnituiſſe eum voluntatis prioris. Hæc ad inſtitutionem pertinent. Sed & quo ad jus ſubſtituendi privilegium habet miles, ut ſubſtituere poſſit filio etiam emancipato, ſed & cuivis ex ranco heredi, quo ad ea ſcilicet quæ à milite ad eos pervenerunt *l. milites* 5. *l. miles* 41. §. *penult. h.t.* quin amplius ſubſtituere poteſt filio quem in poteſtate habet, licet non fecerit ſibi teſtamentum *d. l.* 41. §. *ultim. h.t.* Hæc ad conſtitutionem ultimæ voluntatis. Ad conſervationem pertinent, quod teſtamentum militare valet, etiamſi miles poſt miſſionem intra annum deceſſerit, ut diximus §. *ſed hactenus h.t.* quod non ſit irritum capitis diminutione §. *pen. h.t.* quod non rumpitur agnatione ſui heredis ſive civili, ſi arrogaverit aliquem poſt factum teſtamentum *l. idem* 8. *h.t.* ſive naturali: ſi filius ipſi natus fuerit *l. idemque* 9. *in pr. h.t.* ubi tamen verba *ſi maluit &c.* ita accipere malim, ut opus ſit declaratione voluntatis: ceteroquin amoris paterni præſumptio faciet, ut potius credamus eum bona ad filium pertinere voluiſſe, *argum. l. militis* 36. §. *h.t.* Huc etiam pertinet, quod in teſtamento militis non habet locum Falcidia juxta *l. ſi certarum* 17. §. *ultim. h.t. l. in teſtam.* 7. *Cod. ad L. Falcid.* & quod contra id non datur querela *l. ultim. Cod. de inoff. teſtam.* ex qua tamen lege idem eſt in teſtamento jure communi ſuper quaſi caſtrenſi peculio facto, cui procul dubio derogatum *per N.* 115. *cap.* 4. etiam in peculio caſtrenſi, quod nimirum poſt miſſionem factum eſt jure communi. Ceteroquin & verius & communius eſt nec hodie querelam dari, aut jus dicendi nullum ex *n. N.* 115 *cap.* 4 competere, ſimiles teſtatus ſit ex privilegio ſuo, de quo etiam agemus *infr. de inoff. teſt.*

TEXTVS.

Sciendum tamen eſt, quod cum ad exemplum caſtrenſis peculii, tam leges anteriores, quam principales conſtitutiones, quibuſdam quaſi caſtrenſia dederant peculia, & horum quibuſdam permiſſum fuerat, etiam in poteſtate degentibus teſtari: noſtra id conſtitutio latius extendens, permiſerit omnibus in hujuſmodi peculiis teſtari quidem, ſed jure communi. Cuius conſtitutionis tenore perſpecto, licentia eſt nihil eorum, quæ ad præfatum jus pertinent, ignorare.

COMMENTARIVS.

DE quaſi caſtrenſi peculio & quæ ad iſtud pertineant, diximus ſup. ad *tit. quib. alien. licet*; & quod ad exemplũ caſtrenſis peculii, pleno jure permiſsũ fuerit filiis fam. & hoc etiam ante Juſtinianum, ita ol ri-

obtinuiſſe ipſe hoc loco teſtatur, dum meminit & conſtitutionum anteriorum & legum per quas nō videtur intelligere leges aliquas in ſpecie dictas, quæ ad populum fuerint latæ, ſed potius leges & textus Pandectarum, in quibus etiam mentio eſt hujus quaſi caſtrenſis peculii *l. 1. §. nec caſtrenſi 15. de collat. l. 1. § in filii 6. ad Treb. l. 3. §. dari 5. de bonor. poſſeſſ.* adeo errat Mynſ. qui duo tantum de hoc peculii genere reſponſa in Pandectis extare ait: In Codice exſtant *l. velut 7. C. de adſeſſorib. & l. fori. 4. de advoc. diverſ. judic. fac. l. un. Cod. de caſtrenſ. com. palat. pecul. l. ult. Cod. de caſtr. pec. lib. 12.* Fuiſſe autem ea de re conſtitutiones antiquiores, apparet ex *d. l. 3. §. 15. de collat.* & de hoc peculii genere teſtari filiosfamil. potuiſſe docent *d. l. 3. §. 5. de bonor. poſſ. d. l. 1. §. 6. ad Trebell.* Juſtin. tamen ita loquitur ac ſi quibusdam tantum ex his qui caſtrenſia habebant peculia, cōceſſum fuerit jus teſtandi; quod expreſſius tradit in *l. ultim. Cod. de inoffic. teſt.* & quod nimirum licet quaſi peculium caſtrenſe habuerint patroni cauſarum, memoriales, agentes in rebus, magiſtri ſtudiorum, archiatri &c. non tamen hi propterea potuerint ſuper eo facere teſtamentum, ſed tantū, proconſules, præſides, & alij qui adminiſtrabant dignitates majores. Sed Juſtin. in *d. l. ult. innect. l. ultim. Cod. qui teſt. fac. poſſ.* indefinitè jus teſtandi ſuper peculio quaſi caſtrenſi conceſſit, jure videlicet communi. Liquidum enim eſt, privilegia de quibus hoc tit. agitur, tantum ad armatam militiam pertinere: itaque quæcunque tandem aliæ ſunt ſpecies militiæ, & quarum frequentiſſima eſt mētio in libris poſterioribus tribus Codicis, togatæ ſcilicet militiæ, illæ ad hunc tit. non pertinent. Notandum autem id ex *hoc §. & d. l. ult. inf. pr. C. de inoff. teſt.* non protinus, quod bona aliqua proprietate plena liberis conceduntur, & ut ſcil. ea præcipua quoque habeantur poſt mortem patris, ad jus teſtandi recte inferri, quod pluribus tractabimus ad *pr. tit. ſeq.*

AD TITVLVM XII.

LIBRI SECVNDI Inſtitutionum,

QVIBVS NON EST PERMISSVM FACERE teſtamentum.

TEXTVS.

1. Non tamen omnibus licet facere teſtamentum. Statim enim qui alieno jure ſubjecti ſunt, teſtamenti faciendi jus non habent, adeo quidem ut quamvis parentes eis permiſerint, nihilo magis jure teſtari poſſint: exceptis iis quos ante enumeravimus, & præcipue militibus qui in poteſtate parentum ſunt: quibus de eo, quod in caſtris adquiſiverunt, permiſſum eſt ex conſtitutionibus Principum teſtamentum facere. Quod quidem jus ab initio tātum militantib. datum eſt, tam ex autoritate Divi Auguſti, quam Nervæ, nec non optimi Imperatoris Traiani: poſtea vero ſubſcriptione D. Hadriani etiam dimiſſis à malitia, id eſt veteranis conceſſum eſt. Itaque ſiquidem fecerint teſtamentum de caſtrenſi peculio, pertinebit hoc ad eum quem heredem reliquerunt. Si vero inteſtati deceſſerint, nullis liberis vel fratrib. ſuperſtitibus, ad parentes eorum jure communi pertinebit. Ex hoc intelligere poſſumus, quod miles adquiſierit in caſtris, qui in poteſtate patris eſt, neque ipſum patrem adimere poſſe, neque patris creditores id vendere, vel aliter inquietare, neque patre mortuo commune cum fratribus eſſe: ſed ſcilic. proprium eius eſſe, qui in caſtris adquiſivit: quamquam civili jure omnium, qui in poteſtate parentum ſunt, peculia, perinde in bonis parentum computentur, ac ſervorum peculia in bonis dominorum numerantur, exceptis videlicet iis, quæ ex ſacris conſtitutionibus & præcipue noſtris propter diverſas cauſas non adquirūtur. Præter hos igitur, qui caſtrenſe peculium, vel quaſi caſtrenſe peculium habent, ſi quis alius filiusfam. teſtamentum fecerit, inutile eſt, licet ſuæ poteſtatis factus deceſſerit.

COMMENTARIUS.

1 *Ratio methodi.*

2 *Jus.*

2 *Ius teſtandi an ex genere permiſſorum.*
3 *Filiuſ. cur nequeat teſtari.*
4 *Qua filiusfam. & quatenus teſtari poſſit.*
5 *Quid iuris ſi filius inteſtatus decedat.*
6 *An peculium profectitium occupent creditores patris.*
7 *An de aliquo peculio aduentitio liceat teſtari.*
8 *Filiusfamil. an & quatenus mortis cauſa donare poſſit.*
9 *An poſſit facere codicillos ſuper bonis aduentitiis.*
10 *An ex iis donare mortis cauſa.*

PIget diſputare de methodo, † & an non præmittit 10. hic locus debuiſſet; quod videtur ſuadere *l. 4. qui teſt. fac. poſſ. & ipſa d. rubr.* tum & methodus in Codice obſervata. Verum ſæpe videmus diverſam tractandi rationem in Codice & Digeſtis, aut etiam his libris obſervatam: & pro Juſtinian. hoc loco dici poteſt, recte prius actum fuiſſe de ſolemnib. teſtandi, in quæ quiſque intuens, & ſecundum ea diſponens, juſtum efficiat teſtamentum. Et quod ad *d. l.* 4. attinet, plane, ubi quæſtio eſt in individuo de huius vel illius ultima diſpoſitione, prima quæſtio ante omnia eſt, an potuerit jure teſtamentum facere, quo negato, de teſtamenti illius forma & ſolemnitatibus fruſtranee agitur. Et bene nobiſcum ageretur, ſi gravius alibi in leges methodi peccatum non fuiſſet. Porro hinc quod rub. eſt negative concepta, colligunt Interpretes
2 hic, quemlibet † poſſe teſtari, niſi ſpeciatim inveniatur prohibitus. Sed dubium facit, quod Lege 12. tabb. jus teſtandi conceſſum legimus, vulgata lege *Paterfam. uti legaſſit ſuper pecunia tutelave rei ſuæ, ita ius eſto.* Eoque pertinet quod in *l. lege* 120. *de V. S.* teſtamentariæ hæreditates L. 12. tabb. confirmari dicuntur; & cum eadem L. datum ſit jus diſponendi de bonis, & dandi liberis tutores, legimus, permiſſum eſſe L. 12. tabb. jus dandi tutores *l. 1. de teſt. tut. §. permiſſum ſup. de tutel.* Equidem ut maxime teſtamenti factio ad jus gentium referatur, ut probavimus ad *prin. tit.* 10. *ſup.* attamen LL. cuiuſque Reipubl. modum & limites huic juri præſcribere poſſunt & ſolent. Pro Doctoribus autem reſpondebo, multum intereſſe, an in ſpecie aliquid certis perſonis, permittatur, an ſub generali appellatione *patrisfamilias*, quod nomen omnibus fere civibus competit, quamquam fortaſſis ſint aliæ permiſſiones laxiores in aliis partibus juris, ut citra ullam generalem etiam permiſſionem omnibus aliquid liceat, certis perſonis excluſis nominatim. Sed his omiſſis ipſam rem adgrediamur. Proponitur ſtatim initio hujus tituli, non omnibus licere facere teſtamentū. Exemplum & exceptio à regula permiſſa ſubjici-
3 tur in † filiofamil. qui ipſa paulo ante relata 12. tabb. lege excluditur. Servorum autem Juſtinianus non meminit, quoniam hi nullum plane ſtatum habent, & omnia omnimodo dominis adquirunt, ita ut in eorum perſona nihil penitus ſubſiſtere poſſit. Quæ duplex ratio ex jure antiquiſſimo etiam ad filios fam. fere adcommodari poteſt; nam & hi ex lege Romuli quam refert. Halicarn. libr. 2. & de qua diximus ſupra ad tit. de pat. pot. cum occidi à parentibus & vendi poſſent, inſtar ſervorum, ſtatum integrum habere nō videbantur; & ſine ulla diſtinctione omnia parentibus pleno jure adquirebant, ut diximus *ſupr. h. libr. tit.* 9. & mox ipſe hoc loco tradit Juſtinian. Eoque reſpexit *Vlpian. in tit.* 20. *de teſtam. §. filiusfam.* 9. ubi hanc reddit rationem, cur filius famil. teſtamentum facere nequeat, quoniam nihil ſuum habeat, de quo teſtari poſſit; quin iſta ratio etiam poſteriori jure obtinuit, in filiofamil. conſiderato qua tali; ſiquidem in peculio caſtrenſi & quaſi, ſub qualitate patrisfamil. teſtandi ius filiofamil. permiſſum eſt, imo omnino ſub hac qualitate permiſſum eſt ei peculium hoc; quin etiam in peculio adventitio, in quo etiam uſusfructus tantum patris eſt, aliquam filium famil habere rationem patrisfamil. alias proprietatem habere non poſſet, putat tamen Weſemb. Ulpianum non tam ad bona reſpexiſſe, quam ad familiam & ejus jura, quæ filiusfam. non habet: Lex autem 12 tabularum, ut refertur ab autore ad Herenn. dat jus legandi ſuper familia pecuniaque ſua. Eſt porro penes Legem, ejuſmodi conceſſionem modificare & moderari, nec ſi quis aliquatenus pro patre fam. habetur, protinus plenum ius, aut teſtandi facultas infertur, ut ex his quæ mox dicemus, manifeſtius apparebit. Diximus ſup. *ad d. tit.* 9. quo progreſſu peculium, primo caſtrenſe, poſt quaſi caſtrenſe, tum etiam
4 adventitium & quatenus † filiofamil. conceſſum fuerit. Hic de jure teſtandi videamus; cuius progreſſum hic tradit Juſtin. Initio ab Auguſto (ut ait hic Juſtin. quod tamen Julio tribuit *Vlpian. in l. 1. de mil. teſt.* ubi & Titi & Domitiani meminit,) poſt Nerva & Trajano conceſſum hoc ſaltem, ut militantes de eo poſſent teſtari, quod in caſtris adquiſiviſſent, in ceteris jus integrum morientibus liberis, patribus reſervaretur, (quod & diu poſt habuerunt, liberis inteſtatis mortuis,) poſt Hadria-

drianum permisisset, ut etiam dimissi à militia & veterani testamentum de eo peculio facere possent. Apparet hinc apud *Vlpian. d. §. 9. de testam.* ubi hoc tribuitur Augusto Marco, superfluum & delendum esse verbum *Marci*: neque istud cognomen *Augusti* præponi nominibus propriis, sed postponi pro cognomine solet. Ait Justinian. permissum ab Hadriano etiam dimissis à militia, id est veteranis. Veterani dicebantur proprie, qui emerita stipendia habebant, & qui nimirum tot stipendia fecerant & tot annis militaverant, quot ex LL. Romanis & moribus requirebantur, de qua re præter alios tractat *Lipsi. in Electis.* Et quid igitur si quis ante emerita stipendia, causarie & honeste, vel ob præclara merita, vel ob morbum dimissus esset? Et Justinian. quidem ita loquitur, tamquam si hoc privilegium ad veteranos restringeret: Sed puto illum principalem & impulsivam primam causam significare voluisse; Ceterum cum etiam de quasi castrensi peculio filiisfamil. testari potuerunt, & hodie omnimodo possint, ut diximus ad §. *ultim. tit. præc.* §. dubitandum non est, quin quivis dimissus testamentum de castrensi peculio, & scilicet jure communi fa-
5 cere possit. Quid si porro filiusfam. † testamentum de hoc peculio facere omiserit? Et respondet Justin. hoc *si vero*, si intestati liberi decesserint, nullis liberis, vel fratribus superstitibus, ad parentes eorum *iure communi* peculium pertinere, ubi annotavit Pacius, pertinere ad patrem jure patriæ potestatis & peculii. Id quidem jure veteri & etiamnum Digestorum ita se habet quo filiusfamil qui testamentum fecerat de peculio castrensi, ut paterfamil. Sed si non fecisset, ut filiusfamil. moriebatur, & peculium quoque castrense ad instar cuiusvis alterius peculii paganici occupabat pater defuncti, ut probat *l. 2. & l. proponebatur 9. de castrens. pecul.* & quod tum non instar hæreditatis, sed instar peculii profecti à se pater id occupaverit, præter dd. ll. ostendit insuper *lex penultim. Cod. eod.* itaque isto jure filiusfamil. ab intestato hæredem habere non poterat. Sed eo jure, quod posteriores Impp. introduxerunt illa Pacii nota falsa est; & de hoc posteriori jure loqui Justinianum, tum ratio efficit, tum manifesto probat, quod addit, ad patrem id pertinere, si filius f. nullis liberis, vel fratribus relictis decesserit: etenim jure peculii & potestatis pater non succedit, sed jure patris bona occupat præcipuo jure, & omnibus omnino præfectus; neque tum potest esse locus successioni, aut liberorum, aut fratrum, quibus admissis, ut hoc loco, necessum est cessare jus patris & peculii; nisi quis dixerit jus illud patris interquiescere, dum aut liberi, aut fratres supersunt, his deficientibus, integrum jus pristinum patri relictum esse: plurimum enim interest, an pater jure peculii occupet bona filii, an tamquam heres quod hoc casu creditoribus in solidum, illo tantum peculio tenus teneatur, & peculii jure occupabat pater bona tamquam ab ipso profecta, & quasi semper eius fecissent, hæreditas adeunda est, nec ante transmittitur; & omnino jure peculii occupans pater bona, etiam matrem excludebat & liberos. Constitutiones, quæ liberos & fratres præferunt patri, extant in *leg. 3. & 4. C. de bon. quæ lib.* quas & confirmat Justinian. in *l. ult. C. com. de succes.* loquuntur illæ quidem in peculio adventitio, sed maior ratio est, ut idem obtineat in castrensi, in quo pater minus habet juris; Hodie autem post *Nov. 118. c.* omnimodo filiisfam. quoque bona castrensia & adventitia iuxta ordinem ibi expressum, de *quo inf. lib. 3.* deferuntur jure hæreditatis, non amplius jure peculii.

Ex hoc intelligere possumus.] Inserit hic Justinian. quid in castrensi peculio juris filiusfamil habeat. Olim quoque, extra casum quo intestatus moriebatur, in omnib. ceteris patrisfam. loco habeatur, ut præter alia docet *l. 2. ad SC. Maced. l. 4. c. de iudic.* Tres eius qualitates hic recenset Justinianus, quæ tamen etiam peculio adventitio hodie sunt communes. Prima qualitas est, quod pater id non possit adimere filio, quoniam eius proprium est tanquam patrisfam. Pariter nec adimere adventitia potest, ut ne filio salva manear proprietas, aut ne eius sit administratio, si plenam habeat proprietatem. Altera qualitas huic consequens est, ut creditores patris nullum jus in peculio castrensi sibi vindicare & adrogare possint, neque petere ut in eius possessionem mittantur, aut vendere possint. Idem in adventi-
6 tio peculio est; Secus autem in † profectitio, quippe quod totum patris est ut tradit Justin. *sup. tit 9.* & hic expressit Theophil. Cui hic a Viglio obiicitur *lex 3. §. sed utrum. in fin. de minorib.* ex qua fisco bona patris propter debitum occupari; peculium profectitium etiam, ex constitutione Claudii separatur & filio relinquitur, neque vero minus, imo plus juris fiscus, quam alii creditores patris habere debet. Difficultatem auget, quod probatur ex *l. 1. §. alienatio 4. in f. quand. act. depec. ann.* damnato & deportato patre peculium quoque profectitium ab fisco occupari, siquidem in huiuc

actio

actio dari dicitur de peculio. Et improbabile plane eſt, quod exiſtimat Vigl. ex cauſa delicti & peculium profectitium occupari à fiſco, ſed non ex cauſa delicti: quandoquidem major ratio eſt, ut ſeparetur filio peculium damnato patre, quia hoc caſu & alia privilegia ceſſant, quæ fiſcus habet, cum venit ut creditor. Poteſt dici, ſummo jure quidem & ipſo jure, bona omnia damnati patris fiſcum occupare, & ideo ipſo quoque jure teneri actione de peculio, ſed ex humanitate relinqui peculium profectitium filio, & creditores adeo agentes de peculio repelli poſſe per exceptionem & remitti ad filium, aut quod in ſpecie *d. l.* 1. §. 4. repudiatum fuerit à filio peculium. Quod attinet ad *d. l.* 3. §. *ſed utrum de minoribus*, dicam vel quod debiti verbum ibi accipiatur abuſive pro debito ex cauſa delicti damnato patre, aut quod Imp. Claudius humanitate ſpeciali voluerit ſibi, & fiſco ſuo derogare, quod non etiam facere debuit in præjudicium creditorum, quibus jus quæſitum eſt in omnibus bonis patris, inter quæ etiam eſt peculium, quod conſtat per patrem filio libera voluntate adimi poſſe. Tertia qualitas caſtrenſis peculii eſt, quod mortuo patre id præcipuum habet filius, nec cum fratribus communicat, aut iis confert; quod idem conſtat obtinere in peculio adventitio *l. ult. C. de collat.* ſecus in peculio profectitio *leg. frater* 38. *de condict. indebit.*

Quamquam iure civili.] Jam. ſup. h. t: diximus olim omnia omnino per liberos non ſecus ac per ſervos adquiſita fuiſſe parentibus. Et Auguſtum primum, & poſt alios Impp. hinc excepiſſe peculium caſtrenſe, & quaſi & alios porro, & præcipue Juſtinianum excepiſſe quoq; peculium adventitium. Notum autem eſt nimis, paſſim conſtitutiones, juri civili in ſpecie accepto, opponi ſolere.

Præter hos igitur.] Hic teſtamenti factio per-
7 mittitur ‡ filiisfamil. de ſolo peculio caſtrenſi vel quaſi. Itaque vel ex hoc ſolo licet quæſtionem decidere, an filiusfamil. teſtari poſſit de peculio adventitio, in quo habet plenam proprietatem, quod recte communiſſime Doctor. negant; & ſane hoc textu, teſtamentum inutile eſſe dicitur, quod de aliis bonis extra caſtrenſia, vel quaſi fecit filius; & perſpicue errant, qui hoc adventitium peculium referunt inter peculium quaſi caſtrenſe, & teſtamenti inde faciendi ius filio defendunt; quorum opinionem latiſſime confutavi *ad Tr. de teſtament. theſi* 2. & plenius adhuc in *Tractat. de action. diſputatione ultim. in* 2. *corollar.* quæ deſcribere huc non libet. Hoc ſaltem addo, argumentum præcipuum illorum, qui iſtam opinionem contra Interpp. propugnant, quod qui plenam bonorum proprietatem habeat, poſſit etiam de illis teſtari, confutari duplici inſtantia ex jure veteri, 1. ex hoc loco, & quod nimirum initio Auguſti conſtitutione tantum militantibus ius teſtandi permiſſum fuit, non autem dimiſſis à militia, qui tamen procul dubio dominium caſtrenſis peculii retinuerunt, 2. ex § *ult. tit. præceden. & l. ultim. Codic. de inoff. teſtam.* quibus locis teſtatur Juſtinian. quibuſdam tantum filiisfamilias permiſſum fuiſſe teſtari de quaſi caſtrenſi peculio, cum tamen omnes in eo peculii genere plenam haberent proprietatem. Obiter addo, non recte Theoph. opponere caſtrenſi peculio paganicum, quaſi in hoc pater plenum jus habeat; cum & adventitium peculium ſit paganicũ, niſi forte Theophil. ita ratione juris veteris locutus eſt, & eius tẽporis, quo nondum excepta fuere adventitia. Indeſane factum ſuſpicor, quod Interpretes παγανικὸν, reddidit profectitium: Ceteroquin non recte. Porro hæc propoſitio, quod extra caſtrenſe vel quaſi peculium filiusfamil. jus teſtandi non habeat, duplicem hoc loco habet ampliationem. Una eſt in *pr.* §. etiamſi pater filiofamil. teſtari permi-
8 ſerit. Cum autem † filiusfam. ex peculio etiam profectitio mortis cauſa permittente patre donare poſſit *l. tamis* 25. §. 1. *de don. mort. cauſ.* ratio differentiæ quæritur, cum præſertim mortis cauſa donatio ultimis voluntatib. comparetur, & pene adæquetur in *pr. ſup. de donat. l. ult. C. de mort. cauſ. don.* Sed enim licet in multis iſta comparentur, tamen in nonnullis etiamnum differt donatio cauſſa mortis, & ad naturam contractus accedit, & in hoc præcipue, quod eſſentiam eius conſtituit, quod perficitur traditione, aut conventione. Tum etiam licet perſona filii procul dubio in confirmanda aut irritanda donatione iſta ſpectetur, ipſe tamen pater quodammodo per filium & huius miniſterii intelligitur donare: quẽ etiam & nimirum patrem dixerim revocare poſſe hanc donationem, idque *B. in l.* 1. §. 2 *de don. & communiter Dd.* affirmare notat Vigl. hic licet ipſe magis diſſentiat; ſequitur Bartolũ *Ang. hic n.* 1. *& Ioh Fab. n.* 3. Et nihil prohibet, quominus donatio mortis cauſa ex alieno arbitrio pendeat, quod non admiſſum eſt in teſtamentis, *l. illa* 32. *in prin. de hered. inſtit.* neque facere poteſt voluntas & permiſſio patris ut filiusfamil. ſit paterfamil. & vero ſolis patribus

famil. L. 12. tabb. conceſſa eſt teſtandi facultas. Tú etiam hæredem in his bonis filius habere non poteſt: nec movet, adeo quod legata ſive fideicommiſſa filiusfam. dare, aut codicillos facere nō poteſt; quoniam iſta relinquuntur ab hærede ab inteſtato, at ex donatione cauſa mortis, ſi res tradita non fuerit ipſe pater convenitur. Nec quidquam obſtat *l. 1. §. 1. de tut. & rat. diſtr.* ex qua à negato jure teſtandi infertur ad negandum jus donandi mortis cauſa; Etenim procedit conſequentia, ubi agitur de confectione teſtamenti jure ordinario ſuper bonis propriis: & ubi propter judicii defectum & ætatis, teſtamenti factio negatur: agitur enim ibi de pupillo: Prorſus factio teſtamenti eſt publici juris *l. 3. h.t.* ſecundum quod explicamus *ſup. ad pr. tit. de teſtam. ord.* quod donationibus & ſimpliciter quibuſvis contractibus non competit. Et quid igitur ſi filius condiderit teſtamentum de profectitiis, & acceſſerit conſenſus patris, & adjecta fuerit clauſula, ſi non valet jure teſtamenti, valeat jure codicillorum vel cujuslibet ultimæ voluntatis? Et recte negare hoc communius vidéntur Dd. teſte *Viglio hic*, licet aliud probet poſt quoſdam *Weſemb. hic.* Neque hæc temere produci debent: & cum intentio primaria & principalis fuerit, facere teſtamentum, poſtquam hoc jus filiumfamil. non habere conſtat, recte ſtatuemus totum actum invalidum eſſe. Et rationem juris vivam eſſe puto, quod donationem mortis cauſa ſupra requirere probavimus, aut traditionem aut conventionem, quam hic deficere ſupponimus, quod ſi enim ipſi donatario præſenti res donata ſit, & pater, ut oportet, conſenſerit, nulla dubitatio eſt, quin donatio valeat: in quibus terminis conſtat inepte quæri, an actus jure teſtamenti valere debeat, aut codicillorum, &c.

Porro cum, ut diximus, ſuper adventitiis bonis
9 filius non poſſit † facere teſtamentum, an ſaltem codicillos poterit facere? Ne inepta ſit quæſtio, facit, quod in his bonis habet heredem ab inteſtato. Sed enim regula juris eſt, nec poſſe codicillis facere, qui non poteſt facere teſtamentum *l. 1. in fin. pr. d. leg. 3. l. divi. 6. §. pen. de iur. codicill.* Et quod ſpecialiter conſtitutum eſt, ut ab inteſtato heredem habeat, producendum ſine textu nō eſt, cum hoc ſit præſertim ſtatutum in favorem perſonarum earum, quibus bona Lex quaſi addixit: quas legatis & fideicommiſſis ut onerare poſſet filiusfam. admittendum non eſt. Et effectu parum intereſt, an quis aliquem heredem inſtituat teſtamẽto an per fideicommiſſum bona illa reſtitui jubeat.

10 Cum autē juxta prædicta, donatio † mortis cauſa hactenus omnino diverſa ſit à teſtamentis, dixerim filiumfamil. de bonis etiam adventitiis in quibus habet plenam proprietatem, donare quoq; mortis cauſa invito patre poſſe. Nam exceptojure teſtandi, in ceteris eadem hujus peculii ratio eſt. Atquin de caſtrenſi peculio poteſt filius omnimodo mortis cauſa donare *l. 7. §. ult. de donat.* quamvis hoc inepte neget *A. Fab. de error. prag. dec. 43. c. 6. & ſeqq.* & reſtringit inepte *d. l. 7. §. ult.* ad caſum, quo filiusfamil. teſtamentum fecit. Nec movet eius ratio, quod donatio ſit ultima voluntas, ab inteſtato, inteſtato autem filio defuncto pater bona etiam caſtrenſia occupat jure peculii. Hoc quidem hodie falſum eſt, ſed tamen ut prædiximus donatio mortis cauſa non recte refertur ad ultimas voluntates niſi ſecundum quid. Redditur autem *in d. l. 7. §. ult. de donat.* hæc ratio, cur filius fam. de caſtrenſibus bonis mortis cauſa donare poſſit: quoniam poſſit de his teſtamentum etiam facere. Quæ ratio ſi recta eſt, contra quam diximus, non poterit donare quid filius ex adventitiis bonis licet etiam uſumfructum habeat. Sed puto rationem ita explicandam, ac ſi dixiſſet JCtus, quia plenum in illis bonis jus habet: quæ & ipſa ratio, ſi rationem juris regularem ſequamur, tribueret filio jus teſtandi, niſi nominatim Legibus facultas hæc adempta eſſet. Et tempore JCti, cujus eſt *d. l. 7. §. ult.* nullum erat peculium tale adventitium, & quisquis bonorum plenam habebat proprietatem eo tempore quoque poterat facere teſtamentum. Igitur ut concludamus, filius juxta hunc § de peculio adventitio nullo, teſtamentum facere poteſt, & ratio juris facit, ut nullam diſpoſitionem dicamus, etiamſi facta ſit ad pias cauſas, utcunq; communiter aliud placuerit *Dd. in l. ſeninum 3. §. 1. Cod. qui teſt. fac. poſſ. cap. licet de ſepulturis in 6.* adeo ut pene hoc etiam conſenſu patris in profectitiis admittant.

• Illa vero exceptio non eſt revera *ex Novell. 123. cap. 19. auth. presbyteros. C. de Epiſc. & Cler.* ut presbyteri, diaconi, &c. poſſit teſtamenta facere, licet filiifam. ſint: quoniam iiſdem locis Juſtin. eorum bonis dat privilegium & jus bonorum caſtrenſium: Scilicet tamquam quæ cœleſti militia ſint adquiſita. Cum a. Canones Pontificii negent Impp jus eſſe, quidquam ſtatuendi declericis, non poterunt clerici quorum mentio eſt *in d. auth. presbyteros*, ex autoritate Imperiali iſto privilegio uti-, quod & notat Decius *in d. l. ſeninum 3. C. qui teſt. fac. poſſ.*

Hæc

Hæc diximus occaſione primæ ampliationis, & quod filiusfam. teſtari non poſſit, licet conſentiat pater. Altera eſt, quod teſtamentum ejus non valeat, etiamſi paterfamil. factus decedat, ut ait Juſtin. *hic in fin.* Idque generale eſt, ut niſi quis facti tempore teſtamenti fuerit habilis, diſpoſitio ſit nulla *l. 1. §. exigit 8. cum ſeqq. de bon. poſſ. ſec. tabb. l. 4. qui teſtam. fac. poſſ. l. ſi filiusfam. 19. eod. & §. ſeq.* & procedit hic regula Catoniana *l. quod initio 30. de Reg. Iur.* Extra teſtamentum tamen ſi quis fideicommiſſum reliquerit inhabilis, & habilis deceſſerit, deberi illud, reſponſum eſt. *in l. 1. §. 1. de legat. 3.*

TEXTVS.

2. Præterea teſtamentum facere impuberes non poſſunt: quia nullum eorum animi judicium eſt. Item furioſi, quia mente carent. Nec ad rem pertinet, ſi impubes poſtea pubes, aut furioſus poſtea cõpos mentis factus fuerit & deceſſerit. Furioſi autem ſi per id tempus fecerint teſtamẽtum, quo furor eorum intermiſſus eſt, jure teſtati eſſe videntur: certe eo quod ante furorem fecerint, teſtamento valẽte. Nam neq; teſtamẽtum recte factum, neque ullum aliud negotium recte geſtũ poſtea furor interveniens perimit. Item prodigus, cui bonorum ſuorum adminiſtratio interdicta eſt, teſtamentum facere non poteſt, ſed id quod ante fecerit, quam interdictio bonorũ ſuorum ei fiat, ratum eſt.

COMMENTARIUS.

SEquuntur aliæ perſonæ, quæ non poſſunt facere teſtamentum. Nam in pr. tit. agitur de cauſa ob quam filiusfam. licet pubes & ſanæ mentis & civis ſit, ob hoc ipſum teſtari non poteſt, quod filiusfam. eſt: ex rationibus quas ad princ. tit. attuli. Et objectio quam Weſemb. poſt alios etiam movet, levis & facilis eſt, quod in his quæ ſunt juris publici, patriæ poteſtatis ratio non ſoleat attẽdi. Neque enim hoc ſenſu teſtamenti factio eſt, eſt juris publici, ut ante explicatum eſt. Et illa regula quæ eſt tradita *in l. filiusfam. 9. de his qui ſunt ſui jur. & in l. in privatis 77. cum l. ſeq. de indic. l. ille 13. §. tit. cum l. ſeq. ad Trebell.* ut loca arguunt ipſa, pertinent ad officia publica, quorum filiusfam. non obſtante poteſtate patria capax eſt, cujuſmodi officium non eſt, facere teſtamentum.

Porro ut ad hunc textum accedamus, & generalius agamus de iis qui teſtamentum facere non poſſunt, ante omnia excluduntur jure Romano, qui non ſunt cives: Ex quo teſtamentum facere non poſſunt ſervi, deportati, capti ab hoſtibus, de quibus *in §. ult. h. tit.* obſides *l. obſides 11. h. tit.* Et ita cives eſſe oportet qui teſtari volũt, ut ſciant ſe effecives: nam qui dubitant de ſuo ſtatu non poſſunt teſtamentum facere *l. 1. in princ. de legat 1.* Ex numero civium qui ſunt, non poſſunt teſtari, vel quia in poteſtate alterius ſunt, de quibus ad *pr. tit.* vel quia ejus conditionis, ut voluntatem ſuam recte exprimere certo judicio non poſſe creduntur, quod contingit ex duplici cauſa, ætatis & vitii alicujus, ſive animi, ſive corporis.

Hinc non poſſunt impuberes teſtari §. 1. *h. t.* ubi Juſtin. reddit rationem, quod nullum ſit eorũ judicium animi, nimirum tale quale requiritur in eo qui ſuper bonis ſuis univerſis perpetuum vult diſponere, conſtans & ſolidum, quam ſtabilem mentem vocat Juſtin. *in l. ult. C. de teſtam. mil.* alias hæc verba poſſint eſſe obnoxia cavillationi, cum impuberes pubertati proximi doli ſint capaces, ut latius diximus *ſup. ad tit. de tutel.* qua de cauſa Vigl. putat, huiuſmodi pupillus ſtatuto poſſe teſtamenti factionem concedi, quod & olim hic qui numerorum tribunatum in impuberi ætate conſecutæ erant fuiſſe permiſſum, docet *l. ult. Cod. de teſtament. milit.* & militare olim potuiſſe impuberes colligere quis poſſit ex *l. ſed & 8. §. iam vero 7. de excuſ. tut.* ſed vitioſa verſio eſt, & in Græco habetur φρατρίας ἀφήλικας, id eſt, minoris: à 17. enim demum anno in militiam adigebantur, non impuberes etiam Vegetio teſte, & ut maxime aliquando miles eſſet, teſtari tamen non poſſet.

Neque hic permittendum fuit, ut impuberes tutoris autoritate teſtamenta faceret, quippe quæ ab alieno arbitrio pendere poſſunt, neque hoc permittendum fuit tutoribus, ut cum præjudicio agnatorum bona univerſa, in quibus ſacra quoque & familiæ jura continebantur, autoritate eorum transferrentur.

Alia cauſa contractuum eſt, in quibus etiam ſi quid præter officium egerunt tutores, rationem poſtea coguntur reddere pupillis aut eorum

heredibus. Puberes autem, quoad hoc ut facere poſſint teſtamentum, jure habiles cenſentur, ubi poſtremum anni 14 diem (maſculi ſcilicet) attigerunt *l. à quo 5. de teſtam.* & cur pubeſcant citius fœminæ, rationem dedimus ad *pr. ſup. quibus mod. teſt. fin.* Hæc de ætate. Vitium animi, quod prohibet teſtamentum facere, duplex eſt, furor & prodigalitas. De furore res aperta eſt, *in l. 2. & 3. de inoff. teſt.* ſive quis ſit furioſus, ſive mente captus. In prodigo, qui ſane alias non deſtituitur judicio, hęc ratio prohibitionis eſt, *huius §. & l. is cui 18. de teſt.* quod ipſi eſt interdicta bonorum adminiſtratio, & cum prodigat bona ſua, & ſine judicio profundat ea, creditur nec recte de iis teſtamento facto diſpoſiturus. Minori autem adminiſtratio bonorum interdicta non eſt, ſed ei dantur curatores, quod alias in contrahendo facile decipi poſſet: quod non præſumitur in teſtamento, in quo tot interveniunt ſolemnitates: ſed & non omnes minores neceſſario accipiunt curatores, ut tractavimus *in §. inviti ſup. de curatoribus.* Quid tamen ſi prodigus recte de bonis ſuis, ut quivis ſanus, diſpoſuerit? Et difficile eſt prodigi declarati talem admittere & ratam haberi diſpoſitionem, niſi forte quædam indicia mutatorum morum præceſſerint *arg. l. 1. de curat. furioſi*: Plane Imp. Leo hujuſmodi diſpoſitionem probat *Novell. 39.* Quis autem prodigus ſit, diximus *ad § furioſi 1. ſup. de curatoribus.* Præter rationem qua hic utitur Juſtin. in furioſo, quod mente careat, illa addenda eſt ex L. XII. Tabularum; qua ſancitum eſt, ſi quis furioſus exiſtat, ut in eo pecuniaque ſua agnatorum & gentilium ſit poteſtas.

Nec ad rem pertinet.] Diximus ad *fin pr.* quod omnino oporteat quem eſſe habilem eo tempore quo facit teſtamentum.

Si per id tempus.] Contradictionem ſapere videtur, dicere eo tempore furioſum, quo furor eſt intermiſſus. Sed Juſtinianus eo reſpectu loquitur ita, quod hic in ea conditione eſt, ut poſſit furor recurrere. Quid ſi autem talis ſit, quem conſtat habere, ut loquuntur, dilucida intervalla, & poſt ejus mortem producatur teſtamentum ita conditum, ut quivis ſanus diſpoſuiſſet. Et puto veram eſſe eorum opinionem, qui reſpondent pro teſtamento, quam & Vigl. hic probat, & fac. exemplum quod refert *Valer. Maximus libr. 7. cap. 8.* de quodam Tuditano Tempore intervalli teſtari poſſe, confirmat; *l. 20 de teſtam.* & latius proponitur *in l. furioſus 9. C. qui teſtam. fac. poſſ.*

Certe eo quod ante fecit.] In furore factum teſtamentum nullum eſt, nec convaleſcit ceſſante furore, ſed ante furorem factum, valet, nec poſt ſuperveniente furore irritatur.

Idem obtinet in prodigalitate §. ſeq. aut ſi quis poſt ſurdus mutus fiat. *ad dict. leg. 12, cui 18. l. qui teſt. 20. §. 4. de teſtam. §. Item ſurdus in fin. h. t. L. qui in 6. §. de teſtam.* ſecus in iis quæ ſupervenientia ſtatum mutant teſtatoris, veluti ſi quis diminutionem capitis maximam mediam aut minimam, (ſi vid. arrogetur) patiatur, de quo tractatur *in §. alio 4. infr. Quib. mod. teſtam. infirm.* Illud alio pertinet, quod Juſtin. pro ratione adjicit nihil eorum quæ recte geſta ſunt furore irritati poſt ſecuto: quamvis poſſit cauſam præbere, ut per alium actum negotium diſſolvatur, veluti conſtat, olim ob furorem divortium mitti potuiſſe.

TEXTVS.

3. Item ſurdus & mutus non ſemper teſtamentum facere poſſunt, utique autem de eo ſurdo loquimur, qui omnino non exaudit, non qui tarde exaudit: nam & mutus is intelligitur, qui eloqui nihil poteſt, non qui tarde loquitur. Sæpe enim etiam literati & eruditi homines variis caſibus & audiendi & loquendi facultatem amittunt. Vnde noſtra conſtitutio etiam his ſubvenit, ut certis caſibus & modis ſecundum normam eius teſtari poſſint, aliaque facere quę eis permiſſa ſunt. Sed ſi quis poſt teſtamentum factum adverſa valetudine aut alio caſu quolibet, mutus aut ſurdus eſſe ceperit, ratum nihilominus manet eius teſtamentum.

COMMENTARIUS.

VItium hoc eſt corporis quod inhibet teſtamẽti factionem. Et olim quidem ſimpliciter licet mutus aut ſurdus tantum, non poterant citra permiſſum principis teſtari *l. ſi mutus 7. de teſtam.* Sed Juſtin. in univerſum permiſit ſub hac limitatione *in l. diſcretis 10. Cod. h. t.* ut ſi mutus & ſurdus ſimul ſit, ſiquidem natura, nullo modo poſſit te-

ſit teſtamentum facere: ſin caſu poſſit, ſiquidem literas ſciat. Sin alterutro vitio tantum laboret, ſurdus tantum etiam natura, teſtari poſſit, ſi loqui poſſit, mutus itidem tantum, licet à natura, poſſit, ſi literas ſciat & ſcribere poſſit. Ut quidem recte ſe cetera habent, ſed illud non facile explicatu, quomodo qui natura eſt ſurdus, loqui poſſit. Et cum omnino audiendo diſcamus quid quæque res ſignificet, penitus impoſſibile eſt, ut poſſit loqui, qui numquam audivit. Et proinde ridiculus eſt Tribonianus *in d. l.* 10. *C. qui teſtam. fac. poſſ.* Si, inquit, vox articulata ei à natura conceſſa eſt, nihil prohibet eum omnia quæ voluerit facere: Neque enim à natura vox inditur homini, ſed eam linguam quiſque diſcit quam alios audit loquentes, itaque talis eſt hæc conſecutio & hypothetis; ac iſta ſi aſinus habet pennas, volat: prorſus quiſquis naturaliter ſurdus eſt, eum & mutum eſſe oportet, ut & Plinius ſcribit *lib.* 10. *nat. hiſt. cap.* 69. Et facetum eſt commentum, quod *in d. l.* 10. *C. h. t* ſubdit Juſtinianus, neminem eſſe qui non exaudiat, ſi quis ſupra cerebrum ejus loquatur. Quod ut maxime ſit verum, & tamen falſum eſſe puto, laboriſſimus fuerit iſte modus quo quis loqui diſcat, & ſub ipſum faciendi tempus ſtolidum ſit exiſtimare hac ratione fieri poſſe, ut ſurdus animi ſui ſenſu exprimat. Licet enim tum ſonum deſuper loquentis exaudiat, tamen quid ſibi velit, numquam intelligere poſſit. Illi quoque omnino errant, qui putant mutum qui ſcribere non poteſt, impetrare tamen poſſe à principe ut ſibi liceat teſtari; quippe cum hic nec voluntatem ſuam principi exponere poſſit, & ut recte Vigl. hic, quis horum geſticulationes recte percipiat, aut quis talium interpretationibus in re tam ſeria credat. Cogitandum tamen, an non ad interrogationem alterius adnuendo poſſit facere teſtamentum. Quamvis hoc videatur periculoſum, & quod mutu fidei commiſſum relinqui poſſe dicitur *l. mutu d. l.* 3. proculdubio ad eum pertinet, qui & loqui poteſt, & fideicommiſſorum latior interpretatio eſt.

TEXTVS.

Cæcus autem non poteſt facere teſtamentum, niſi ſecundum obſervationem, quam Lex Divi Juſtini patris noſtri introduxit.

COMMENTARIVS.

NOn dubium eſt, quin cæcus teſtamentum recte faciat, cum hoc vitium non impediat, quo minus aut loqui aut ſcribere quis poſſit. Sed quia in teſtamento cæci facilius poteſt fraus committi, & voluntatis ſuppoſitio, teſtamentum id paulo accuratius & ſolemnitatibus pluribus confici voluit Juſtinus, quo perſpicue ſatis exponuntur *in l. hac conſultiſſima. C. qui teſt. fac. poſſ.*

Patruus noſter.] Vulgatum eſt & notum, quod Juſtinus adoptaverit Juſtinianum.

TEXTVS.

Eius qui apud hoſtes eſt, teſtamentum, quod ibi fecit, non valet, quamvis redierit: ſed, quod dum in civitate fuerat, fecit, ſive redierit valet jure poſtliminii: ſive illic deceſſerit, valet ex Lege Cornelia.

COMMENTARIVS.

DIximus paulo ante, ſi poſt teſtamentum factum quid accidat teſtatori, quo mutetur eius ſtatus teſtamentum irritum fieri. Mutatur autem ſtatus cum in hoſtium poteſtatem quis pervenit, quorum ita ſervus efficitur, de quo & diximus *ad* §. *ſi ab hoſtibus* 5. *ſup. quib. mod. ius pat. pot. toll.* & ineptus eſt Leo N. 40. ubi neglecta hac ratione juris, quam ſecuti ſunt veteres JCti, contendit, omnino captivis permittendam fuiſſe teſtamenti factionem. Itaque ſi teſtamentum conſervari debet, oportet rationem inire, ut ne teſtator ſtatum mutaſſe, nec in poteſtatem hoſtium veniſſe videatur. Quod faciendum viſum fuit Romanis, ne ſorte timidius bellica pericula adirent cives Romani, ſi per captivitatem ultima ſua elogia irrita ſcirent futura. Et cum itaque alterutrum fieri neceſſe ſit, ut vel captivus apud hoſtes moriatur, aut ab iis elapſus aut dimiſſus revertatur ad ſuos: in utrumque caſum proſpexit Legislator Romanus, ut numquam captus fuiſſe videatur, & ſiquidem redeat, fingatur ſemper retro fuiſſe in civitate Romana: ſin apud hoſtes moriatur, fingatur ipſo puncto dum capitur, imo antequam adhuc capitur, mortuus fuiſſe; prius effectum eſt per fictionem poſtliminii, de qua diximus plura *ad d.* §. *ſi ab hoſtibus* 5. *Quib. mod. ius pot. ſolu* quæ quo autore aut qua Lege introducta ſit, non liquere puto; nam L. Cornelia improprie ſumitur *in l. captum l.* 9. *C. de poſtlim.* ubi tribuitur L. Corneliæ, quod eſt fictionis poſtliminii,) Poſterior per L. Corneliam

neliam; *h. §. & l. 1. in fin. C. de poſtlim. & capt.* quam quidam & in his Vigl. putant latam fuiſſe primo bello Punico, cum cæſis Romanis ipſe Imp. Regulus & multa millia Romanorum capta fuiſſent. Quod à Scipione aliquo latam eſſe idem Vigl. putat minus probo, quoniam ante bellum ſecundum Punicum vix illuſtre fuit nomen Scipionum. Magis errat, dum pro ratione adjicit, à familia & gente Leges fuiſſe appellatas, imperite confundens familiam & gentem: & ſcilicet *Cornelius*, nomen gentis, *Scipio* nomen familiæ fuit: & proinde, quod à familia nomen Leges acceperint, falſum eſt. Ceteroquin plures fuiſſe Cornelias LL. vulgo notum eſt, & eas diſtinctim refert *Ant. Aug. de LL. pop. Rom.* Objicit Aug. non fuiſſe neceſſariam fictionem poſtliminii ad conſervationem teſtamenti, quod civis fecit, qui in civitate mortuus eſt, quidem pro regula tradatur, media tempora non nocere. *l. ſed ſi 6. § 2. l. ſi alienum 49. §. 1. de hered. inſt. §. in extran. 4. verſ. medio infra de hared. qua.* Ipſe reſpondet hoc procedere, ſi interim non fuerit mutatus ſtatus. Verum de aliis ſupervenientibus nec poſſit eſſe ratio dubitandi, & *in d. l. 6. §. 2.* Proponitur factus peregrinus, quomodo ſane mutatur ſtatus. Nimirum iſta regula ad heredem pertinet, non ad teſtatorem, cujus ſi ſtatus mutetur, teſtamentum valere non poteſt.

Quærunt etiam Interpp. cum fingatur reverſus ſemper fuiſſe in civitate, cur non etiam confirmetur teſtamentum apud hoſtes factum: & recte reſpondet Johan. Faber non confirmari, quæ apud hoſtes geſta ſunt, niſi habeant præjacentem materiam, ex quo fit, ut ſi quis ex uxore ſecum capta ſuſtulerit liberos apud hoſtes, & cum iis reverſus ſit, liberi juſti ſint *l. ſive 25. de capt. & poſtlim. rev.* quia nimirum matrimonium ante rite contractum erat. Ex quo fit, ut codicilli facti apud hoſtes, ſi revertatur qui ante teſtamentum fecit, ſuſtineantur, *l. in bello 12. §. codicilli 5. eodem.*

* * *

AD TITVLVM XIII.

LIBRI SECVNDI Inſtitutionum.

DE HEREDATIONE liberorum.

TEXTVS.

Non tamen ut teſtamentum valeat omnino, ſufficit hæc obſervatio, quam ſupra expoſuimus: Sed qui filium habet in poteſtate, curare debet, ut eum heredem inſtituat, vel exheredem eum faciat nominatim: alioquin ſi eum ſilentio præterierit, inutiliter teſtabitur: adeo quidem, ut ſi vivo patre filius ſit mortuus, nemo heres ex eo teſtamento exſiſtere poſſit: quia ſcilicet ab initio non conſtiterit teſtamentum. Sed nō ita de filiabus & aliis per virilem ſexum deſcendentibus liberis utriuſq; ſexus antiquitati fuerat obſervatum, ſed ſi non fuerant ſcripti heredes, ſcriptæve, vel exheredati exheredatæve, teſtamentū quidem non infirmabatur, ius tamen adcreſcendi eis ad certam portionem præſtabatur. Sed nec nominatim exheredare eas perſonas, parentibus neceſſe erat, ſed licebat inter ceteros hoc facere. Nominatim autem quis exheredari videtur, ſive ita exheredatur, Titius filius meus exheres eſto, non adjecto proprio nomine, ſcil. ſi alius filius non exſtet.

COMMENTARIVS.

1 *Varia liberorum differentia.*
2 *De filiabus & nepotibus ex filiis.*

REcte notat Hottomannus, quod hic tit: ideo inſcribatur. *De exheredatione liberorum*, non etiam, *inſtitutione*: quoniam liberi in poteſtate non tam à patre, quam à Lege accipere videantur hereditatem

Digitized by Google

ditatem, cum & vivo patre quaſi videantur eſſe domini bonorum *l. in ſuis 11. de lib. & poſthum.* qua de cauſa etiam non adire hereditatem, ſed ipſo jure & ignorantes quoque exſiſtere heredes dicuntur §. *jus 3. inf. de hered. ab int.* Itaque per exheredationem filius ab hereditate excludendus fuit. Et igitur ſolemnitates teſtandi aliæ ſunt communes, de quibus, ut Juſtin. in pr. ait ſupra videlicet *tit.* 10. expoſitum, aliæ ſpeciales, in eius teſtamento qui liberos habet. Cujus rei & eorum quæ in pr. *& in ſeqq. §§. & tit.* traduntur, ratio pendet à conjunctione, quæ eſt inter liberos & parentes, & quæ facit, ut aliquando teſtamentum ſit ipſo jure nullum, aliquando modis & remediis legitimis impugnetur & evertatur, ut ſeqq. oſtendent. Cujus diverſitatis ratio rurſus dependet à magna diverſitate, quæ eſt inter liberos teſtatoris.

2 Una† differentia eſt, quod alii tempore teſtamenti facti exiſtunt, alii necdum exiſtunt, qui non poſſunt facere, ut iis natis rumpantur teſtamenta. Alia differentia eſt à gradu, quod alii ſunt primo gradu, alii ſecundo, ut nepotes: Tertia eſt à poteſtate, quod alii ſunt ſub ea, alii emancipati. Quarta à ſexu, quod alii ſunt maſculi: alii fœminæ. Quinta à familia, quod alii ſunt de familia, alii extra familiam, veluti nepotes ex filia. Sexta addenda eſt propter novam conſtitutionem Juſtiniani, quod alii ſunt natura liberi, alii Lege, tantum per adoptionem. Hæ omnes differentiæ variant jus, & de ſingulis videndum eſt. Optimo jure ſunt liberi jam nati maſculi, in poteſtate: Hi enim omnino aut inſtituendi ſunt aut exheredandi, & quidem nominatim, ut eſt in fin. huius textus: ceteroquin ſi alterutrum factum non ſit, teſtamentum eſt nullum, etiamſi filius vivo patre deceſſerit *h. text. & l. filio 17. de inioff. teſtam.* quia initio interno vitio laborat teſtamentum, & quod ab initio non conſiſtit ex caſu ſecuto non convaleſcit, ex vulgat. reg. Caton. *l. per. de reg. jur.* ſiquidem actus legitimi ſuis viribus niti, non ex incerto eventu pendere debent. Itaque per tale teſtamentum, hoc quod ante factum eſt non rumpitur *l. ſi filius 7. de lib. & poſth.* An autem iure prætorio ſuſtineatur, videbimus ad §. *non tamen infra quibus mod. teſtam. infr.* Hoc autem in hac materia eſt præterire, non inſtituere vel non exheredare. §. *Eadem 12. infra de hered. ab int.* & patet ex §. *ſeq. verſ. ſed fœminini.* legatum autem reliquiſſe non ſufficit, utcunque hoc etiam magnam partem bonorum contineat, oportet enim filium ſucceſſorem eſſe patris, aut legitime & per exheredationem excludi, & quidem, ut in fin. hujus textus docet Juſtin. per exheredationem nominatim factam, quod quale ſit ibidem Juſtin. explicat, & plenius docent JCti, *in l. 1. 2. & 3. de lib. & poſt.* ut ſcilicet vel nomen exprimatur filii, vel certa eius demonſtratio, quæ nominis vice fungitur *l. certum 6. de rebus creditis.*

Sed non ita de filiabus,] Diximus de filiis: ſequitur de filiabus & nepotibus ſive nepotibus ex filio, & ita deſcendentibus per ſexum viriledem. Nam nati ex filia, cum non ſint omnino in familia & poteſtate teſtatoris, nec umquam fuerint, & habeant ſuum patrem & avum paternum, ab avo materno liberi prætereuntur, qui jure veteri nec ab inteſtato quidem vocabantur, niſi demum à prætore tertio gradu poſt ſuos & agnatos. Quod cum poſt *in §. pen. infra de hered. ab int. & plene Novell. 118. c. 1.* mutaverit Juſtin. ita ut æquo jure concurrant cum nepotibus ex filio, aut cum avunculis ſuis, licet dubitare an & illi hodie ſint exheredandi, vel ut inſtituendi, & quod remedium habeant, ſi ſe reperiant præteritos.

Et breviter interim dicendum eſt, iis præteritis teſtamentum non eſſe nullum: cum nec olim nepotes ex filio hoc ius haberent, ut teſtamentum nullum facerent, & nec hodie habeant emancipati, (ut poſt dicemus,) nec liberi præteriti à matre, ſed quod jus competit omnibus liberis, qui vocantur ab inteſtato ad ſucceſſionem parentum, hoc quoque competet, querela ſcil. inofficioſi, de qua tit. 18. Jam breviter videamus, quo jure olim fuerint filiæ & nepotes neptefue ex filio, juxta hunc §. præteriti nec teſtamentum faciebant nullum, nec querela indigebant, ſed quaſi pro ſcriptis habebantur, ita per ius adcreſcendi certam portionem heredibus auferrent. Id ita explicatur à veteribus JCtis. Paulus 3. *ſent.* 4. filio & extraneo æquis partibus heredib. inſtitutis, ſi filia (hoc enim verbum addendum eſt,) præterea adcreſcat, tantum ſuo avocabit quantum extraneo. Si autem duo filii ſunt inſtituti, ſuis tertiam, extraneis (ſi ſcilicet cum duobus filiis aut etiam ſoli ſint inſtituti) dimidiam tollit. Caius 2 *inſtit.* 3. Si pater præterierit filiam, non rumpit teſtamentum filia prætermiſſa, ſed inter fratres ſuos legitimo ſtante teſtamento ſuam ſicut alii fratres conſequitur portionem. Si vero extranei heredes ſcripti ſint, ſtante teſtamento filia medietatem he-

reditatis adquiret. Ulpianus *tit.* 22. §. *ex filia* 14. Filia, nepos, neptis (ſi ex filio) præteriti ſcriptis heredibus adcreſcunt, ſuis quidem in partem virilē, extraneis autem in partem dimidiam, Theophilus hic τὸ μίξαντας ἐν ἀλλήλοις, εἰς τὸ ἥμισυ γίνεται οἱ ἐξωτικοὶ, καὶ ἥμισυ, εἰς τὸ πάντα λογῦν. In ſumma, aut nullis liberis filiis ſcilicet ſuperſtitibus inſtituti ſunt extranei ſoli: aut ſoli filii: aut mixtim filii & extranei. Primo caſu filia accreſcit in dimidiam ſive aufert extraneis dimidium, ſive una ſit filia ſive plures præteritę filiæ aut nepotes. Secundo caſu accreſcit filia præterita in virilem, ut Ulp. & Cajus ſcribunt, & quidem ſingulari numero de filia, ſed putarim ſingulas, ſi plures ſint, auferre virilem, perinde ac ſi ab inteſtato ſuccederetur, ſatis enim patri tribuitur quod teſtamentum conſervatur: ceteroquin ſi plures ſint filiæ, aut etiam nepotes ex filio, nimis parum conſequerentur. Tertio caſu ſcribit Paulus, ſi filius & extraneus æquis partibus inſtituti ſint, filiam tantū avocare ſuo quantū extraneo, ſin duo filij ſint inſtituti, & extranei, filiis adimere tertiam, extraneis dimidiam. At vero cur & non illic adimet extraneo dimidiam, aut cur illic plus adimet ſuo quam hic, & cur non utrobique idem jus: Aut an priore quoque cauſa aufert dimidium ſuo, eique ſicut & extraneo adcreſcit ad virilem? Atque ita utrobique idem jus erit, quæ ſane videtur ſententia Pauli. Nam poſteriori caſu, ſi duo filij in ſemiſſe, ſinguli in tribus unciis ſint inſtituti, dum ſingulis filia aufert tertiam, & ſcilicet unam unciam, conſequitur virilem, & tantum habet quantum ſinguli fratres, quorū deducta uncia una quiſque retinet duas. Itaque conſtans jus erit ut filia accreſcat ſuis fratribus in virilem, extraneis in dimidiam. Et conſequenter falſum erit, quod ſcribit Hottoman. filio & extraneo inſtitutis ex æquis partibus, filium, accreſcente filia habiturū trientem, extraneum quadrantem, filiam, quincūcem. Ita enim contra Paulum filia minus avocaret ſuo quam extraneo, & imo juxta Paulum filia habebit ſemiſſem, quippe quæ utrique & filio extraneo detrahet dimidiam, atque ita fiet ex accidenti, ut plus habeat filia quam filius. Aut an forte tantum habebunt omnes filiæ, licet plures ſint? plane in iſtis non eſt immorandum, cum hoc ius ſuſtulerit Juſtin. *in* §. *ſed hæc* 5. *infra h. t.* Hoc primum eſt, in quo olim differebant filii à filiabus & nepotibus. Alterum eſt, quod in fin. hic proponitur, & cujus veſtigium eſt *in l. ſi quis* 6. §. 1. *ad L. Cornel. de falſ.* quod filiæ & nepotes poterant inter cæteros exheredari generali clauſula, quippe tum nec præteriti facerent nullum teſtamentum, ſed nimirum ita inter ceteros exhæredatæ iſtæ perſonæ, non accreſcebant heredibus, ſicut præteritæ, ſed ſi non accepiſſent legitimam, de inofficioſo iis agendum

2 erat, de quo *infra tit.* 18. illud autem quæri † poſſit, cum olim etiam ſui præteriti habuerint bonorum poſſ. cont. tabb. de quo *infra lib.* 3. *tit.* 10. an etiam filiæ præteritæ & nepotes potuerint uti iſto remedio. Ego magis negandum puto, quoniam præteriti utentes remedio præterito mitius agere dicebantur, quam ſi dicerent teſtamentum nullum quomodo quoque totum teſtamentum ad nihilū redigebitur, atquin præteriti nepotes & filiæ jus dicendi nullū non habebant, & proprio remedio juris civilis illis ſatis conſultum erat. Ratio autem diverſitatis inter filios & ceteros liberos ea eſſe videtur, quod fœminæ cum nubendo tranſirent in alienam familiam, itē; ceteri liberi tamquam gradu remotiores, non videbantur ita arcte eſſe cōjuncti teſtatori, ſicut filius, neque eadem conditione illis bona deberi; Unde fiebat, ut filiæ & nepotes ex poteſtate patris exirent una mancipatione & manumiſſione, cum in filiis tres eſſent neceſſariæ, ut expreſſe ſcriptum eſt *in l. ver.* 8. §. 1. *de iniuſt. teſt. & ab Vlp. tit.* 10. *in princ.*

TEXTUS.

2. Poſtumi quoque liberi vel inſtitui debent hæredes vel exheredari. Et in eo par eſt omnium conditio, quod & filio poſtumo, & quolibet ex ceteris liberis, ſive fœminini ſexus, ſive maſculini, præterito, valet quidem teſtamentum, ſed poſtea agnatione poſtumi ſive poſtumæ rumpitur, & ex ratione totum infirmatur. Ideoque ſi mulier ex qua poſtumus, aut poſtuma ſperabatur, abortum fecerit, nihil impedimēto eſt ſcriptis hæredib. ad hæreditatem adeundā. Sed fœminini quidem ſexus perſonæ vel nominatim vel inter ceteros exhæredari ſolebant, dum tamen ſi exhæredarentur inter ceteros aliquid eis legaretur, ne viderentur præteritæ per obligationem. Maſculos vero poſtumos, id eſt, filios & deinceps placuit non aliter recte exhæredari, niſi nominatim exhæredarētur, hoc ſcil. modo: Quicūque mihi filius genitus fuerit, exhæres eſto.

COM-

Digitized by Google

COMMENTARIVS.

Diximus de liberis in poteſtate jam natis, cum teſtamentum fiebat, ſequitur de necdum natis, id eſt poſtumis. Ita enim in hac tractatione dicitur quiſquis etiam vivo patre poſt teſtamentum natus eſt, *l. 3. §. 1. & l. poſthumus 12. in prin. de in. iuſt. teſt.* Hi liberi etiamſi maſculi ſint primo gradu, hactenus differunt à jam natis, quod his præteritis teſtamentum eſt nullum initio; illis autem præteritis teſtamentum initio valet, & natis demum rumpitur; *h. §. l. 1. & 3. in princ. de iniuſt. teſt. l. 1. C. Cod. de poſthum. har. inſt.* Quoniam poſt fieri, ut non naſcantur, ſed mulier faciat abortum, quod ſi fiat, teſtamentum firmum manet. *leg. 2. Codic. de poſt. hared. inſt.* ex ratione *l. qui mortui 129. de V. S.* Itaque hactenus nec pro natis haberi poſſunt; & cum nati omnimodo rumpant, nullum ipſis incommodum affertur, itaq; fruſtra hic objicitur, quod qui in utero eſt, quoties de ipſius comodo agitur; habeatur pro nato.

Et in eo par omnium conditio eſt.] Filia nata præterita teſtamentum non rumpitur, ut ad prin. diximus, ſed filia poſtuma præterita teſtamentum ea nata non minus rumpitur, quam ſi poſtumus filius præteritus natus fuiſſet. Etenim incertum eſt an filius an filia ſit in utero: & cum quam benigniſſime præſumamus de voluntate parentum erga liberos, creditur, qui in utero eſt oblivione præteritus eſſe. Igitur omnino poſtumus vel poſtuma exhæredandi ſunt, (alias teſtamentum rumpunt;) non tamen eodem modo. Filius enim poſtumus nominatim exhæredandus eſt: filia poſtuma exhæredari poteſt inter ceteros, ut tamen (in quo differt à filia jam nata) ei adſcribatur legatum, ne ut ait Juſtinian., præterita videatur per oblivionem: Ceteroquin pro poſtuma nata dici poſſet, non debere eam ſub generali clauſula contineri, quam pater forte in utero eſſe ignoraſſet. An autem hodie omnino poſtumi poſſint exhæredari, dicemus *infr. ad t. de inoff. teſt.* Ait Juſtinian 9.

Maſculos poſtumos filios & deinceps.] Commune jus eſt, ut diximus, poſtumorum maſculorum & fœminarum, ut ſint exhæredandi: ſed hac differentia, quod hæ quidem exhæredari poſſunt, & inter ceteros adſcripto tamen legato, illis autem legatum adſcripſiſſe non ſufficit, ſed exhæredandi erant nominatim, id eſt, ut hoc loco explicat Juſtin. hoc modo, *Quisquis filius mihi genitus fuerit, exhæres eſto.* Ceteroqui verbo *nominatim* in ſpecie accepto. poſtumi, qui necdum nomen habent, nominatim exhæredari non poſſunt. Sed quid eſt, quod ait Juſt. filios & *deinceps*? denique videtur aliter iſtud accipi poſſe, quam ut intelligantur nepotes poſtumi ex filio prædefuncto. Sed non videtur rationis, ut hos neceſſum ſit exhæredari nominatim; verum quod ſufficiat inter ceteros exhęredare cum legato, illa ratio facit, quod ſi jam nati ſunt, poſſunt & ſimpliciter inter ceteros exheredari, & imo etiam ſalvo teſtamento præteriri, *iuxta pr. huius tit.* Qua in re cum eodem jure utantur quo fœminæ, difficile dictu eſt, cur hactenus differant, ut neceſſe ſit eos ſi adhuc in utero ſint, nominatim exhæredari. Viglius hic rationem ignorare ſe ingenue fatetur. Hottom affert hanc rationem, quod de patrum voluntate erga liberos ſemper præſumamus & judicemus benigne, ſed jam diximus, non poſſe præſumi benigne ſi pater adſcripſerit legatum. Probabiles ſunt rationes quas adducit Weſemb. quod vetuſtas plus mares & quidem maſculis progenitos dilexerit, & quod teſtator nepotem ex filio, in quo eſt ſpes propagationis nominis & familiæ non facile præſumi poteſt, & debet inter ceteros voluiſſe exheredare; & præcipue quod ſi maxime legatum adjecerit, tamen niſi nominatim poſtumum nepotem exhæredaverit, credatur exiſtimaſſe fœminam poſtumam naſcituram, quæ inter ceteros cum legato rectę exhæredatur; quæ ratio in nepotibus etiam maſculis jam natis ceſſat, ſecundum hoc quod ſubjicit Juſtinianus formulam exhæredandi, *Quiſquis mihi filius, &c.* exempli cauſa ſcriptum accipi debet; quoniam alias appellatione filii præſertim in materia odioſa nepos non cõtinetur. Facit omnia ad explicationem huius rei, quod Ulp. ſcribit, nepotes & pronepotes ceteroſq; maſculos poſtumos pręter filium vel nominatim, vel inter ceteros cum legati adjectione fuiſſe exheredandos: ſed tutius eſſe ut nominatim exhæredentur; & id obſervari magis. Ita ille *l. 22 t. nepotes 18.* ex cuius verbis apertum ſit, rationem illam quam diximus, feciſſe, ut poſſent exhæredari inter ceteros; ſed rationes poſteriores ex Weſemb. feciſſe, ut aliud potius obſervaretur.

TEXTVS.

3. Poſtumorum autem loco ſunt, & hi, qui in ſui hæredis locum ſuccedendo quaſi agnaſcendo fiunt parẽtibus ſui hæredes; ut ecce ſi quis filium & ex eo nepotem in poteſtate habeat, quia filius gradu prędit is ſolus jura ſui hæredis habet, quamvis nepos quoq; & neptis ex eo in eadem

pōteſtate ſint; Sed ſi filius eius vivo eo moriatur aut qualibet alia ratione exeat de poteſtate eius, incipit nepos neptisve in eius locum ſuccedere, & eo modo jura ſuorum hæredum quaſi adnatione nanciſcitur. Ne ergo eo modo rumpatur eius teſtamentum, ſicut ipſum filium vel heredē inſtituere vel exheredare debet teſtator, ne non iure teſtamentum faciat: ita & nepotem neptemve ex filio, neceſſe eſt, ei vel heredem inſtituere vel exhæredare, ne forte eo vivo, mortuo filio, ſuccedendo in locum eius nepos neptiſve, quaſi adgnatione rumpat teſtamentum; idq; Lege Iulia Velleia proviſum eſt, in qua ſimilis exhæredationis modus ad ſimilitudinem poſthumorum demonſtratur.

COMMENTARIVS.

1 *Poſthumus, unde dictus.*
2 *Species poſthumorum.*
3 *Forma iuris in rumpendo teſtamento.*

1 QUomodo ſcribendum ſit, poſtumus an poſthumus, † Grammaticorum diſputatio eſt, & eadem fere quæ de verbis, teſtamenti, poſtliminii, æditui, aut æditimi; & quamvis *Cuiac. 5 obſ. 4.* velit *unius* eſſe productionem verbi, & *poſtumum* nihil aliud ſignificare quam poſtremum, tamen quas ipſe adducit in contrarium autoritates ipſius opinioni repugnat, nec quidquam loca ex aliis ab ipſo adducta movent, quippe quòd verbum aliquod extra propriam ſuam & nativam ſignificationem, per translationem latius uſurpari poſſit. Nec quidquam etiam facit, quod ad præc. §. diximus, poſtumum dici etiam, qui vivo patre poſt teſtamentum natus eſt; ita enim diciturquo ad effectum de quo hic tractatur, rumpendi teſtamenti: ſicut & hoc §. quin ſuccedendo in locum hæredis ſui teſtamentum rumpit, poſthumorum loco eſſe dicitur, quem poſthumum vere & proprie eſſe nemo dixerit. Hic autem locus poſtulat, ut ſpecies poſthumorum explicemus. Sunt ſcilicet poſthu-
2 mi vel vere, vel quaſi; † Veros poſthumos omnino eſſe puto, qui nati poſt humatum patrem ſunt. Quaſi vero poſthumi ſunt qui effectum habent poſthumorum verorum, quoad effectum hunc, rumpendi teſtamenti, licet vivo teſtatore poſt teſtamentum, *l. 3. §. 1. de iniuſt. teſt.* aut etiam ante teſtamentum nati fuerint, ſed poſt teſtamentum demum locum fortiantur hęredum ſuorum, quod accidit fere dupliciter, 1. ſi quis poſt teſtamentum factum adrogaverit aliquem ſibi in filium; hic enim ſi ſe præteritum deprehendat, teſtamentum rumpit, ut docet *l. filio 23. de lib. & poſt.* 2. qui eſt huius §. caſus, ſi qui teſtamenti tempore ſecundo gradu alio præcedente erat, poſt vivo adhuc teſtatore priori gradu ſubmoto, ſuus hæres eſſe incipiat, *h. §. & leg. poſtumorum 13. de iniuſt. teſt.* neque enim ut quis ſuus hæres ſit, ſufficit eſſe in poteſtate, ſed gradu primo, vel proximo eſſe oportet, quem nemo præcedat §. *ſui 2. infra de hared. qualit. & differ. §. jui 2. in fin. infr. de hared. ab inteſt.* præcedens enim gradus ſemper obſtat ſequenti, *l. ſi quis 6. in fin. prine. de iniuſt. teſt.* Adeoque non neceſſe habet avus
3 ſuperſtite † adhuc filio exhæredare nepotem ex ipſo natum, & rurſus firmum manet teſtamentum, ſi eo adhuc ſtatu durante, id eſt vivo filio avus decedat: Sed ſi contingat filium præmori, nepos ſubintrans in locum patris prædefuncti, vel etiam emancipati, ſi deprehendat ſe præteritum, ad inſtar poſthumi rumpit teſtamentum. Itaque avus qui filium habet, & ex eo nepotem, ſi omnino ſecure teſtari velit, in caſum quem diximus, neceſſe habet nepotem quoque exhæredare, vel inſtituere h. §. Ait autem Juſtinian. Ne eo modo rumpatur eius teſtamentum, ſicut ipſum filium, vel hæredem inſtituere, vel nominatim exhæredare debet teſtator, ita & nepotem neptemve ex filio, neceſſe eſt ei, vel inſtituere hæredem, vel exhæredare. Apparet hinc melioris eſſe conditionis neptem ex filio, quam filiam, quæ præterita non rumpit teſtamentum. Sed nimirum hic agitur de nepte, quæ teſtamento facto non habuit proximum gradum in familia defuncti, ſed demum præmortuo patre ſuccedit in eius locum inſtar poſthumæ. Cum ergo in poſthuma filia id iuris eſſet, ut expreſſum eſt §. *precedent.* ut ſalvo teſtamento ea præteriri non poſſet, merito in nepte ex filia idem ſtatutum fuit, quia credimus fuiſſe avum eam inſtituturum, ſi tempore facti teſtamenti in eius familia proximum gradum obtinuiſſet. Sed an neptis ex filio erit exhæredanda nominatim? Id videtur hic §. ſuadere, dum filium ait nominatim exhæredandum eſſe, & mox cum filio comparat nepotem & neptem ex filio. Et tamen iſtud repugnat rationi, quia neptis ex filio ſuccedens in locum patris utitur jure

poſt

posthumæ, atquin filia vere posthuma, testamento salvo inter ceteros exhæredari potest, si modo adscribatur ei legatum, ne oblivione præterita videatur §. *precedent.* quod ipsum non videtur necessum esse in nepte iam nata ex filio, quam non potest oblivione videri præteriisse pater: itaque sufficiet omnino eam in genere exhæredatam esse. Et hanc sententiam prorsus veram esse puto; & ad hunc locum respondeo, quod qualitas exhæredationis nominatim faciendæ, quæ in priori parte comparationis requiritur, non sit repetenda in redditione, ubi etiam agitur de nepte; sicut nec repetitur h. §. nec in *leg. posthumorum 13. de inoff. testament.* Sed comparatio facta simpliciter intelligenda est, quo ad exhæredationem attinet, non quo ad eius speciem, formam, modum: nam & qui exhæredatur inter ceteros, utique exhæredari eum verum est. Et cum Iustinianus in d. redditione, simul de nepote & nepte loquatur, necesse habuit indefinite dicere, (& recte dixit) exhæredandos esse, non expresso an nominatim an vero inter ceteros: & ex præmissis hoc explicandum, & subiectis propriis applicandum reliquit; nec ulla ratio excogitari potest, propter quam neptes ex filio debeant nominatim exhæredari. Quod attinet ad nepotes ex filio, in locum præmortui patris succedentes, cum jure posthumorum, utantur, repetimus, quæ ad *fin. §. prec.* de veris postumis ex filio diximus.

Idque L. Iunia Velleia provisum.] Proponitur huius L. sententia in *leg. Gallus 29. §. nunc de 11. cum sequentibus de liber. & posthum.* quibus locis scribitur, Legem Velleiam caviſſe, ut nepos institutus succedens in locum patris non rumperet testamentum. Ubi non levis scrupulus est, quorsum opus fuerit hac Lege; & quæ ratio, ut nepos etiam institutus in præmortui patris itidem instituti locum succedens rumperet testamentum. Hoc enim dispoſuiſſe Legem Velleiam, ex jam d. loco appareat, aut oporteat eam ita explicare, ut nepos quem præcedebat filius, jure veteri non potuerit institui: & hoc primum per L. Velleiam fuerit admissum; cuius rursus juris non videtur in aperto esse ratio. Quoniam ista sunt hodie sublata, breviter agendum est. Videtur istius rei hæc non improbabilis ratio, quod ut jure sui succedens non rumpat testamentum, oportet eum esse institutum tamquam suum; quem autem pater præcedit eo tempore, quo testamentum factum est, tamquam suus institui non potest; non autem sufficit eum institutum tamquam extraneum, qui eo tempore quo moritur testator, reperitur suus, & quid autem si facto protinus testamento decessisset testator, obstante tum adhuc patre nullo modo succedere potuisset. Eoque non obstat *lex si qui 18. de iniust. testam.* nam ibi nullus fuit, qui institutum jure sui præcederet. Sed & Jurisconsulti nostri demum post Legem Velleiam scripserunt, quæ hactenus subtilitati juris veteris derogavit, ut recte institueretur nepos jam tempore testamenti natus, quamvis adhuc filio superstite, & ut prædefuncto in eius locum succedens non rumperet testamentum. Addit in fin. §. Iustinian. in Lege Velleia similem esse exhæredationis modum demonstratum, ad similitudinem posthumorum. Quod ut rectius intelligatur, sciendum est, quod ut postumi, qui nati omnimodo quoque sui futuri essent, & scilicet ex uxore & ipsi tamquam incertæ personæ, aut his similes, non tam ex L. 12. tabb. quam ex interpretatione prudentum olim potuerint institui. Id non ita pariter receptum fuit, in posthumo, qui ex filii prædefuncti, ante avum, sed post testamentum factum, uxore nasciturus esset: Sed ut recte fieret, effecit Gallus Aquilius, introducta formula, qua institueretur, qui tempore facti testamenti, in utero erat uxoris filii, in hunc eventum, si ante avum mortuo filio, post avi mortem nepos nasceretur, ut vigore & virtute particulæ TVNC ipso instituonis tempore videretur suus, qui alias in rei veritate, tempore testamenti natus, suus non fuisset, *l. Gallus 29. impr. de lib. & posth.* & plurib. disputat *A. Fab. 9. coniect. 1.* Quæ ratio faciebat, ne ante hic posthumus institui posset; quia superstite adhuc filio, si ipso testamenti facti tempore natus fuisset, non fuisset suus, & expectari eventum mortis filii jam etiammum viventis, non placuit. In casum autem quo vivo testatore nepos nasceretur, Gallus non prospexit, quoniam licebat avo, mutato testamento instituere, aut exhæredare nepotem. Sed quia nec semper licet mutare testamentum, nec semper commodum est, subvenit Lex Velleia, quæ prima parte de nepotibus post testamentum vivo avo nascituris; secunda, de nepotib. tempore testamenti jam natis locuta est, Utrobiq; scilicet ubi tempore testamenti facti filius adhuc superstes est, sed ante patrē suum decedit: & effecit dicta Lex Velleia, ut utrobiq; casu instituere liceret recte nepotes, & ut instituti & præmortuo filio in locum patris vivo avo subintrantes, non rumperent testamentum: Utra hæc pars legis Velleiæ proponitur in *l. Gallus 29. §. nunc 11. cum seqq. de lib. & posthum.* Iustinianus, cui

iſtud plene tractare propoſitum non fuit, tantum ex ſecundo eius capite propoſuit, de nepotib. tempore teſtamenti facti natis, & qui præteriti, præmortuo patri ſuccedendo, in ſpecie, dicuntur rumpere teſtamentum: cum primum caput L. Velleiæ pertineat ad caſum, quo nepos ex filio adnaſcando in ſpecie, rupiſſet teſtamentum, ſi præteritus fuiſſet: qui ſcilicet præmortuo jam filio natus eſt, ceteroquin ſi vivo filio natus ſit, & hic poſt demum avo adhuc ſuperſtite moriatur, hoc ad ſecundum caput L. Velleiæ & ad hunc noſtrum §. pertinet, de quo & ruptione per adgnationem & ſucceſſionem agemus *infr. tit.* 17. Et hoc eſt nimirum, ut eo redeamus, quod ait Juſtinianus, per L. Velleiam ſimilem modum exheredationis, ad ſimilitudinem poſtumorum demonſtrari: voluit enim Lex Velleia, vivis nobis natos *ſimiliter* non rumpere teſtamentum, ut habent verba *d. l. Gallus* 29. §. *nunc.* 11. *de lib. & poſt.* id eſt, quod Gallus introduxit, in eventum, quo nepos poſt avi mortem naſciturus eſſet: idem introduxit Lex Velleia & produxit ad caſum, quo nepotes nobis vivis naſciturі, aut etiam tempore teſtamenti jam nati eſſēt: ut eodem modo ad effectum conſervandi teſtamenti eos exheredari aut inſtituere liceret Hactenus enim & ut teſtamentum firmum ſit ipſo jure, eadem eſt inſtitutionis & exheredationis ratio: & quo jure ſcilicet ante Gallum & L. Velleiam nepotes ex filio inutiliter inſtituebantur, & inſtituti quoque rumpebant, eodem jure probabile & omnino verum eſt, eos nec recte exheredari potuiſſe. Sed de iſtis prolixius & ſubtilius hic agere, nec libet nec licet: hoc ſaltem addo, perſpicue hic nimis labi Viglium, dum putat in *pr. tit. huius.* ubi traditur, nepotes ex filio ſalvo teſtamento potuiſſe præteriri, referri jus antiquum, quod correctum fuerit ex L. Velleiam: cum omnino abſurdum ſit exiſtimare, jus iſtud quod jam tempore JCtorum noſtrorum abolitum erat, proponere Juſtinianū voluiſſe: & nimirum in d. pr. agitur de nepotibus, qui tempore teſtamenti facti jam præmortuo aut emancipato filio, proximum gradum obtinent: ſed in hoc §. de iis, quos tempore teſtamenti pater præcedebat, & quos avus inſtituiſſet, niſi filius eos præceſſiſſet: & ob id merito præteriti, ſuccedentes vivo avo in locum patris, teſtamentum rumpunt. Ex his autem addendum pro pleniore diſtinctione poſtumorum, quod alii ſunt ex uxore noſtra, alii ex uxore filii qui vel naſcituri ſunt mortuis nobis, qui inſtitui poſſunt ex formula Galli: vel vivis nobis, de quibus L. Velleia: Ita conſiderantur vel ratione teſtamenti facti, vel mortis avi.

TEXTVS.

4. Emancipatos liberos iure civili neque heredes inſtituere, neque exheredare neceſſe eſt: quia non ſunt ſui heredes. Sed prætor omnes, tā fœminini ſexus quam maſculini, ſi heredes non inſtituantur, exheredari iubet: virilis ſexus nominatim, fœminini vero inter ceteros: quia ſi neque heredes inſtituti fuerint, neq; ita, ut diximus exheredati, promittit eis prætor contra tabulas teſtamenti bonorum poſſeſſionem.

COMMENTARIVS.

JUs civile ſucceſſionem tantum tribuit ſuis & agnatis, ab inteſtato: Alios non agnoſcit; de quo plurib. *infr. lib* 3. Emancipati nec agnati ſunt, nec ſui, (de quo effectu emancipationis diximus ad *tit. ſup Quib. mod. ius pat. pot. ſolu.*) itaque neque neceſſum erat eos olim inſtituere vel exheredare, ſed ſalvo teſtamento recte præteribat eos pater. Prætor autem, qui naturalem rationem hic ſecutus, ab inteſtato eis bonorum poſſeſſionem dedit § *emancipati* 8. *inf. de hered. ab int.* idem conſuluit iis ſi teſtamento facto præteriti eſſent, per bonorum poſſeſſionem contra tabulas, de qua in § 1. *inf. de bon. poſſ.* Itaque effectu tantum juris habent ex prætorio pure emācipati, quantū ſui ex jure civili. Hoc enim eſt, quod hic Juſtinianus ait, velle & jubere prætorem, ut etiam liberi emancipati maſculi & fœminæ, inſtituantur aut exheredentur: & quidem itidem obſervata differentia juris civilis, & ſcil. ut maſculi exheredentur nominatim, fœminæ inter ceteros ut notatum ad *pr. tit.* At enim ibi diximus, potuiſſe olim fœminas omnino præteriri, ut tamen teſtamentum ſalvum eſſet. Et igitur differentias juris civilis non recte obſervavit prætor, & melioris conditionis ſunt fœminæ emancipatæ jure prætorio, quam in poteſtate jure civili. Sed nimirū jus civile ſuccurrebat fœminis præteritis, ut jure accreſcendi partem auferrent: quo modo cum iis præteritis ſuccurrere prætor non poſſet, merito præteritis quoque filiabus dedit poſſ. bon. cont. tabb. neque enim iure noſtro præteritio patris habetur pro exheredatione. Poteſt tamen forte affirmari, quod fœminis emancipatis

cipatis potuerit hactenus tantũ ſuccurri per bon. poſſ. cont. tabb. & hactenus quoque ſaltem fuerit ſuccurſum, ut tantum caperent, quantum jure civili capiebant ſuæ per jus adcreſcendi. Nec enim habent quod conquerantur emancipatæ, ſi ad inſtar ſuarum redigantur: idque expreſſe ita ſcribit *Theoph. hic.* Quod autem & quare hoc remedium bonor. poſſ. cont. tabb. conceſſum etiam ſit ſuis, qui poſſunt dicere teſtamentum nullum, ubi præteriti ſunt, dicemus *inf. l. 3. tit. 10.* Ceteroquin eſt iſtud remedium ſua natura reſciſſorium, quippe cum teſtamentum jure civili valeat, in quo præteriti ſunt emancipati, qui ſunt jure civili pro extraneis, quandoquidem ſuitatis & agnationis jura amiſerunt *l. tutelas 7. de cap. min. l. ſed cum 6. §. 1. de bon. poſſ.* ubi JCtus ait, quod prætor reſcindat capitis diminutionem quæ verba oſtendunt, eos à prætore non tam qua emancipatos, quam ſub quodam colore ſuitatis, & perinde ac ſi adhuc in poteſtate eſſent, admitti.

TEXTVS.

5. Adoptivi liberi, quamdiu ſunt in poteſtate patris adoptivi, ejuſdem juris habentur, cujus ſunt juſtis nuptiis quæſiti. Itaque heredes inſtituendi vel exheredandi ſunt, ſecundum ea quæ de naturalibus expoſuimus. Emancipati vero à patre adoptivo, neque jure civili, neque eo jure quod ad edictum prætoris attinet, inter liberos connumerantur. Qua ratione accidit, ut ex diverſo quod ad naturalem parentem attinet, quamdiu quidem in adoptiva familia ſunt, extraneorum numero habeantur, ut neque hæredes inſtituere eos, neque exheredare neceſſe ſit. Cum vero ab adoptivo patre emancipati fuerint, tunc incipiant in ea cauſa eſſe in qua futuri eſſent, ſi emancipati à naturali patre fuiſſent.

COMMENTARIUS.

DIximus de liberis naturalibus. Sequitur de iis qui tantum ex lege per adoptionem facti ſũt. Hi eodem jure ſunt, quo illi juxta hoc §. tradita & in *l. 1. de bon. poſſ. cont. tabb. in pr. l. 1. §. liberos 6. unde liber. l. 1. & paſſ. de adopt.* & procul dubio his quoque præteritis teſtamentum eſt nullum, ut docet hoc § Juſt. *verſ. Itaque* ſicut & poſt teſtamentum adoptati ſunt, illud procul dubio rumpunt *l. verum 8. l. de injuſt. teſt.* ubi miror judicium Hotto, qui ex eo loco probari putat, meliori eſſe conditione filiam adoptivam, quam filiam naturalem, quod hac præterita teſtamentum maneat firmum, in *pr. h. t.* non autem illa à præterita per *d. l. 8.* neque enim agit Ulp. in *d. l. 8.* de filia adoptiva quæ jam teſtamenti facti tempore fuit in poteſtate, cujus præteritio quod olim teſtamentum fecerit ullum penitus falſum eſt. Sed de ea quæ poſt teſtamentũ adoptata fuit, & adnoſcendo & quaſi inſtar poſtumæ teſtamentum rumpit: hactenus autem eandem conditionem eſſe maſculorum & fœminarum, ut præteriti teſtamentum rumpant, expreſſit ipſe Juſtin in §. 1. *h. t.* Atque ita jus eſt adoptione durante; quo caſu & civili & prætorio jure hactenus inſtar vẽrorum liberorum habentur; & utroque rurſus jure pro extraneis quo ad patrem naturalem *h. §. verſ. qua ratione, ut nec* præteriti teſtamentum nullum dicere, nec bon. poſſ. cont. tabb. petere poſſint §. *eadem 12. inſt. de hered. ab int.* neque enim quis jus liberorum quo ad effectum ſuccedendi, in duorum patrum bonis ſibi adrogare poteſt. Soluta adoptione, (quæ eſt inventum civile) per emancipationem, nullum omnino jus filius retinet, nec jure civili nec prætorio, nec teſtamento facto nec ab inteſtato *h. §. verſ. emancipatis 4. minus ergo 11. inſt. de her. ab int.* Itaque nec omnino ſucceſſione patris unius ſaltem, fraudentur, ex jure prætorio jus recipiunt ad bona patris naturalis, perinde ac ſi ab hoc emancipati fuiſſent & in eodem ſtatu ſemper manſiſſent *h. §. inf. §. at hi 10. verſ. nam vivo inf. de her. ab int.* nec intereſt an in adoptionem à patre naturali dati, an qui emancipati à patre naturali adrogandos ſe dederunt, poſt rurſum à patre adoptivo fuerint emancipati, ut colligitur ex *h. §. & d. §. 10. in pr.* quod & ipſa ratio ſuadet.

TEXTVS.

6. Sed hæc quidem vetuſtas introducebat: noſtra vero conſtitutio inter maſculos & fœminas in hoc jure nihil intereſſe exiſtimans: quia utraque perſona in hominum pro creatione ſimili naturæ officio fungitur, & antiqua XII. tabb. lege omnes ſimiliter ad ſucceſſionem ab inteſtato vocabantur, quod & prætores poſtea ſecuti eſſe videntur: ideo ſimplex ac ſimile jus in filiis & filiabus & in ceteris deſcendentib. per-

Digitized by Google

perſonis per virilem ſexum, non ſolum jam natis, ſed etiam poſthumis introduxit, ut omnes ſive ſui, ſive emancipati ſint, vel hæredes inſtituantur, vel exheredentur nominatim, & eundem habeant effectum circa infirmanda teſtamenta parentum ſuorũ infirmanda, & auferendam hereditatem, quem filii ſui vel emancipati habent: ſive jam nati ſint, ſive adhuc in utero conſtituti poſtea nati ſint. Circa adoptivos autem filios certam induximus diviſionem, quæ in noſtra conſtitutione, quam ſuper adoptivis tulimus, continetur.

COMMENTARIVS.

1 *Mutatio juris veteris.*
2 *Rationes mutationis an bona.*
3 *An emancipati præteriti faciant teſtamentum nullum.*

HActenus relatum eſt jus vetus, ſatis copioſe, & forte prolixius quam decebat in his Inſtitutionibus: ſequitur jus novum Juſtiniani. Tri-
1 plicem † autem tollit differentiam juris antiqui, inter maſculos & fœminas, inter liberos primi & ulterioris gradus, inter liberos natos & naſcituros. In f. autem §. per relationem ſubjicit, quid ſtatuerit de adoptivis. Cauſa impulſiva hujus mutationis fuit præcipue favor ſexus fœminei: inde cum olim eodem jure eſſent nepotes, quo fœminæ, juxta *pr. hujus tit.* timul & iſta differentia ſublata
2 fuit. Cur exæquaverit fœminas † maſculis duplicem reddit rationem. Prima eſt, quod fœmina ſimili officio in procreatione fungantur, Altera, quod L. XII. tabb. non diſtinxerit inter maſculos & fœminas. In priori ratione ſi Ariſtotelem audiamus, falſum antecedens, ſiquidem ille exiſtimat, ex ſemine tantum viri formari partum: ſed utcunque Galenum & alios ſequamur, & mulierem quoque aliquid conferre fateamur non tamen inde efficitur, tantundem conferre fœminam, cum utique maritus ſit principium generationis. Sed ut & hoc concedamus, fungi etiam fœminam eodem officio, inepta eſt tamen conſequentia: cum alia ſint plurima, & præſertim jus familiæ & agnationis, quæ hac in re maſculos & fœminas diſtinguunt, & non immerito diverſum jus requirunt. Altera ratio quoque non concludit Licet n. ab inteſtato L. XII. tabb. fœminas quoque & filios vocet cum fratribus; ex ipſa tamen L. XII. tabb. ut puto, cum filius venditionibus demum tribus exeat, fœmina filia una mancipatione patria poteſtate liberatur *l. verum 8 §. 1. de iniuſt. teſtam.* Addidit inſuper tertiam rationem, quod & prætores hoc poſtea ſecuti ſint: Ad quam eadem eſt reſponſio, quæ ad rationem alteram, à lege XII tabb. nam prætores ſane etiam filiabus ab inteſtato bonorum poſſeſſionem dederunt: ſed dederunt & emancipatis, quos tamen hic Juſtinian. ſuis non exæquat. Et ex ſucceſſione ab inteſtato, non recte infertur, debere eſſe omnimodo idem jus, quo ad teſtamentum irritum faciendum: quin ipſe prætor licet emancipatos maſculos & fœminas ab inteſtato vocet, tamen hactenus differentiam juris civilis obſervavit, ut fœminæ inter cæteros exheredari poſſent, ut ipſe Juſtin. refert in §. *emancipatos 3. ſup. h. t.* Sed injurium pene ſit accuratas & veras rationes poſcere Tribonianũ, cui pro ratione ſolet eſſe & fuit voluntas: utcunque hoc paſſim, ſed ineptiſſime ſæpe agat, ut leges ipſius novæ ratione nitu videantur. Et igitur hodie & filiæ quoque natæ pariter & poſthumæ nominatim ſunt inſti-
3 tuendæ aut exheredandæ. Sunt qui putant † etiam differentiam poteſtatis ſublatam, & emancipatos quoque hodie inſtituendos aut exheredandos, ceteroqui nullum fore teſtamentum quæ *Bart. in auth. ex cauſa C. de lib. prat.* & communiter recepta ſententia eſt. Id videtur ex hoc §. colligi, illis verbis, *ut omnes ſive ſui, ſive emancipati vel hæredes inſtituantur, vel nominatim exheredentur*: facit, quod ipſe Juſt. hic ſumat argumentum à ſucceſſione ab inteſtato, hodie autem & poſt N. 118. emancipati cum ſuis ab inteſtato vocantur, Sed jam diximus iſtud argumentum non procedere: & cum demum per N. 118. diu poſt Juſtin. emancipari ab inteſtato vocati ſint, conſequenter tanto minus probabile ſit, per hunc §. mancipatos ſuis in ſucceſſione teſtamentaria adæquatos eſſe: cum longe facilius ſit, jus ſuccedendi ab inteſtato habere, quam jus annulandi vel rumpendi teſtamentum. Neque hoc poteſt fieri, niſi jure ſuitatis, quod ſane in cauſa teſtati reſervatum eſſe emancipatis vix admitti poſſit: cum ex communiori ſententia, nec poſt N. 118. emancipatus ſuccedat ab inteſtato, ut ſuus, ſed magis ut extraneus, ita ut opus ſit aditione hereditatis, ceteroquin eam non tranſmittat: Et alias ſequeretur, emancipatum obſtare filio ſuo, & ſcil. nepoti, quem avus emancipato filio in poteſtate retinuit: & ita poſt teſtamentum filio emancipato, nepos præteri-

tus

tus non ſuccederet in locum filii, nec rumperet teſtamentum : & ejuſmodi plura conſequerentur: quæ cum nimis multos textus ſunt everſura, admittenda circa textum apertiſſimum correctorium, non ſunt. Nec deeſt, quod commodiſſime ad hunc §. reſpondeatur: nimirum quod exæquatio ſit facta maſculorum & fœminarum quod ad utrumque jus, prætorium & civile, de quo utroque in præcedd. dixit Juſt. quod nimirum ſicut maſculi in poteſtate jure civili erant inſtituendi vel exhæredandi nominatim, fœminæ poterant exheredari inter ceteros: ita jure prætorio emancipati erant nominatim exheredandi: , emancipatæ poterant exheredari inter ceteros : §. *emancipatos* 3. *h.t.* quod ſi factum eſſet, prætor eis non dabat poſſeſſionem bonorum contra tabb. ſed querela inofficioſi eis erat neceſſaria. Hodie juxta hunc §. ſi pater emancipatas tantum inter ceteros exheredavetit, iis perinde ac ſi præteritæ eſſent (& imo habebuntur pro præteritis) prætor dabit bonorum poſſeſſionem contra tabulas. Atque hæc eſt veriſſima huius loci ſententia , quod liberi omnes, filii, filiæ, & rurſus liberi primi gradus aut ſecundi, nepotes nepteſve, ſive ſui ſive emancipati , illi ſcil. ex jure civili , hi ex jure prætorio ſint inſtituendi aut nominatim exheredandi, & eundem habeant effectum circa teſtamenta parentum ſuorum infirmanda , ſui nimirum faciendo nullum ex jure civili, ſed emancipati per bonorum poſſ. cont. tabb. impugnando ex jure prætorio : quem olim habebant filii, & ſcil. liberi primi gradus ſoli , ex utroq; jure civili & prætorio : nam & olim inter liberos ratione ſexus & gradus , non tantum jure civili quo ad ſuos, ſed etiam jure prætorio quo ad emancipatos erat differentia: quod ut diximus , ſufficiebat jure quoque prætorio ceteros liberos emancipatos, exceptis filiis, inter ceteros exheredatos eſſe, ut eis prætor negaret bon. poſſeſſionem cont. tabb. Et habuit Juſtin. neceſſe in *d. verſ. ut omnes.* uti maſculino genere, ibi *, ſive ſui ſive emancipati*, quia non tantum fœminas ſed etiam nepotes voluit & debuit comprehendere. Quam explicationem & hoc ſuadet, quod alias ineptiſſimus eſſet & nullus in iſta comparatione ſenſus , *ut omnes liberi ſive ſui ſive emancipati eum dem habeant effectum, quem ſui vel emancipati habent* : & omnino oſtenduntiſta verba, ſexus & gradus differentiam, non etiam poteſtatis, ſublatam eſſe, & proinde hodieque firmum eſſe teſtamentum , in quo emancipatus eſt præteritus: quæ ſententia & quod iſto §. nihil hactenus ſit mutatum eſt *Ioh. Fab. Iaſon. ad Inſt. & Viglius hic.* An autem hodie aliquid hic ſit mutatum per *N. 115. c. 3.* videbimus ad *tit. de inoffic. teſt. inſ.*

Circa adoptivos.] Diximus ad §. *præc.* olim adoptivos durante poteſtate patris adoptivi , nullum penitus jus in bonis & ſucceſſione patris naturalis habuiſſe: emancipatos autem à patre adoptivo, illud ius habuiſſe in bonis naturalis patris , ex jure prætorio, quod emancipati à patre naturali , & in eo ſtatu manentes habebant : ſi modo ſuperſtite adhuc patre naturali , ab adoptivo patre emancipati fuiſſent. Quod ſi vero hoc poſtquam naturalis pater mortuus eſſet, accidiſſet , jus jam quæſitum heredibus aliis legitimis non poterat auferri §. *ac d. 10. in ſ. inſ. de her. ab int.* Quomodo cum filius & patris adoptivi & naturalis ſucceſſionem amitteret, §. *ſed ea* 14. *d.t.* conſtitutum à Juſtin. eſt in *l. penult. C. de adopt.* ut ſi quis ab extraneo eſſet adoptatus, ius in bonis naturalis patris omnimodo filius retineret, *d.l. pen. & d. ſed §. ea* 14. *inſ. de her. ab int.* §. *ſed hodie ſup. de adopt.* ubi de hac re diximus: eaque eſt conſtitutio & diviſio, cuius hic meminit Juſt.

TEXTVS.

Sed ſi in expeditione occupatus miles teſtamentum faciat , & liberos ſuos jam natos vel poſthumos nominatim non exheredaverit, ſed ſilentio præterierit, non ignorans an habeat liberos, ſilentium eius pro exheredatione nominatim facta valere, conſtitutionibus principum cautum eſt.

COMMENTARIVS.

PRivilegium hoc eſt militis , quod attigimus ſub *ſ.t. XI.* quod non neceſſe habeat liberos natos ſive naſcituros vel nominatim vel inter ceteros exheredare, ſed ſilentium ejus pro exheredatione habeatur *h. §. l. ſicut* 9. *cum l. ſeq. C. de milit. teſt.* id eſt, ut perinde teſtamentū valeat ac ſi liberos exheredaſſet: & conſequēter nec ex iuris veteris ratione filiæ aut nepotes præteriti jus accreſcendi ad certam portionem de quo in *pr. ſup. h.t.* habuerunt. Et ait Juſt. perinde haberi ac ſi eos *Nominatim* exheredaſſet. ſcil. ut comprehendat cæſum difficiliorē: quod etiam ſilentio poſſit præterire eos liberos , quos alii parentes neceſſe habebant nominatim exheredare, veluti maſculos primi gradus, ceteroquin male hinc inferretur , oportuiſſe olim omnes liberos nominatim exheredari: aut an ita loquitur Juſtin. ſecundum jus novum de quo in §. *præced.* quo exæquavit hactenus omnes liberos qui ſunt in poteſtate.

ſtate, Hoc ita ſi ſciat ſe liberos habere, aut uxorem gravidam eſſe, cum enim conſulto præteriiſſe eos intelligitur, ſecus ſi ignoret, aut mortuos eſſe putet: tum n. præteritio facit teſtamentum nullum, quoniam creditur eos pro effectu paterno, ſi ſciviſſet, inſtitutus fuiſſe, idq; ita reſcriptum eſt in *d. l. ſicut* 9. *cum l. ſeq. C. de mil. teſt. & in l. ſi filius f.* 33. §. 2. *D. eod.* Eadem enim eſt ratio natorum, quo ad annullandum, & poſthumorum, quo ad rumpendũ. Filius militis natus præteritus non facit nullum teſtamentum: poſthumus præteritus non rumpit. Quid hodie juris ſit, dicemus ad *tit.* 18 *de inoff. teſt.*

TEXTVS.

Mater vel avus maternus neceſſe non habent liberos ſuos, aut heredes inſtituere, aut exheredare: ſed poſſũt eos ſilentio omittere: nam ſilentium matris, aut avi materni, & ceterorum per matrem aſcendentium, tantum facit quantum exheredatio patris neq; enim matri, filium filiamve, neq; avo materno nepotem neptemve ex filia ſi eum eamve hæredem non inſtituat, exheredare neceſſe eſt: ſive de iure civili quæramus, ſive de edicto prætoris, quo prætor præteritis liberis contra tabulas bonorum poſſeſſionem permittit: ſed aliud eis adminiculum ſervatur, quod paulo poſt vobis manifeſtum fiet.

COMMENTARIUS.

QUod miles ſalvo teſtamento præterit liberos ſuos, & quod ſilentium eius pro exheredatione habetur, eſt ex privilegio militari de quo §. *prat.* In matre & avo materno &c. idem obtinet, ob qualitatem liberorum, qui nec in poteſtate ſunt nec in familia: nec unquam fuerunt: Ut nec neceſſum habitum ſit, eos per exheredationem expreſſam inde excludere, nec etiam uſum fuerit, iis præteritis ad certam portionem jus accreſcendi concedere, ſecundum tradita ad *pr. ſup. h. t.* Et igitur, ut ait hic §. ſilentium matris tantum facit quantum exheredatio patris: & ut ait ſignanter jus in § *prat.* ſilentium pro exheredatione eſt. quo ſenſu in *l. ſi patronus* 12. *in pr. de bon. libr.* dicitur miles ſilentio exheredare. Nimirum non revera & ſi verba conſideres, ſiquidem qui nihil dicit de filio, eum non poteſt dici exheredare: ſed ratione effectus, ut idem iuris ſtatuatur quod in exheredato: & quidem utroque jure, civili & prætorio. Nimirum illo jure præteriti olim dicebant teſtamentum nullum, aut per jus accreſcendi certam portionem ſcriptis auferebant: hoc præteriti à matre non poterant, quia nec poterant exheredari: hodie quivis liberi in poteſtate non exheredati nominatim teſtamentum dicunt patris nullum: ſed matris, liberi non poſſunt. Hoc & ſcil. prætorio jure, præteriti bon. poſſeſſione contra tabb. evertunt teſtamentum: ſed matris teſtamentum evertere ita non poſſunt. quia nec poterant nec poſſunt exheredari: quoniam ita notatis ea bon. poſſ. non datur *l. non putavit* 8. *in pr. de bon. poſſ. cont. tab.* & ita explicanda eſt ratio JCti in *l.* 4. §. 2. *de bon. poſſ. cont. tabb.* quod edictum iſtud non pertineat ad teſtamenta fœminarum, (idem autem in avo materno) quia non habeant ſuos heredes: *l. nulla* 13. *de ſuis & legit.* quibus ſcilicet Lex quaſi addicit ita bona, ut ea habere omnino debeant, niſi diſerte per exheredationem excludantur: & quibus adeo præteritis prætor dat hanc bon. poſſ. quippe qui eos itidem voluit ita exheredari: & hactenus emancipatos exæquavit ſuis, non ut illi teſtamentum faciant nullum, ſed quod citra querelam (neque enim pro exheredatis habentur) per poſſ. bon. contra tabb. teſtamentum evertant. Ut adeo excludantur liberi expreſſe per matrem, jure non requiritur; & fœminarum liberi hactenus nec emancipatorum jure utuntur, qui præteriti habent bon. poſſ. cont. tabb. quoniam hi ſui fuerunt, & ſuorum jure ex edicto prætoris utuntur. eoque reſpexit JCtus in *d. l. nulla* 13. *de ſuis & leg.* quod fœminæ nec habeant ſuos heredes, nec habere deſinant, & quo ad eas omnium liberorum conditio par eſt.

Neque enim mariti.] Hæc ratio petit principium. Mater non neceſſe habet liberos inſtituere vel exheredare: qui matri liberos ſi eos non inſtituat, exheredare neceſſe non eſt. Poteſt excuſari Juſtinian. quod in hac ratione addit aliquid novi; nimirum nec prætorio jure id neceſſe eſſe, neque liberos contra teſtamentum matris habere poſſeſſionem cont. tabb. ubi ratio dubitandi erat, quod bon. poſſeſſio datur liberis etiam non ſuis contra teſtamentum patris, ut videlicet emancipatis: quorum jure videbantur cenſendi liberi matris vel avi materni. Sed ratio decidendi eſt, quam diximus, quod mater ob conditionem ſexus non habet liberos ſuos, nec umquam habuit in poteſtate aut fami-

familia. Prætor autem quo ad patrem liberos eodē jure habet, licet exierint è poteſtate, quo eſſent jure civili adhuc in poteſtate. Ceterum rationem hujus juris, quod iſto §. proponitur, jam dedimus, quod nec lex nec prætor quidem eodem modo attribuit bona materna liberis, qui extra familiam & poteſtatem ita ſunt, ut nec in ea umquam fuerint, nec eſſe poſſint.

Aliud adminiculum.] De quo tit. 18. & ſcil. querela inofficioſi: quia cum natura liberi ſint, aliquid & portionem legitimam iis relinqui, pietatis ratio & jura quoque civilia ſuadent & volent, quod ſi factum non ſit, & illi exheredatione notati ſint, aliquo remedio ipſis ſuccurrendum fuit, de quo plura *d. tit.* 18. Hodie tamen poſt *N.* 115. *cap.* 3. etiam præteritione matris teſtamentum fieri nullum receptum eſt, de quo dicemus ad *tit.* 18. Quæſierit hic aliquis, quid juris parentes habeant, ſi à liberis prætereantur. Et certi juris eſt, cum parentes, ſive pater ſive mater non ſint ſui heredes liberis, præteritionem eſſe pro exheredatione, & patrem quoque præteritum nec teſtamentum filii nullum dicere, nec cont. tabb. poſſ. bon. uti poſſe, ſed tantum inofficioſi querelam habere *l. cum filii* 17. *Cod. de inoffic. teſtam. l. pater* 14. *cum l. ſeq. D. eod.* nec enim hactenus intereſt inter filium emancipatum & in poteſtate: niſi quod pater præteritus à filio emancipato, jure patroni ex proprio edicto habet bon. poſſ. cont. tabb. ad certam partem, de quo *t. t. ſi quis à par., manum. & in §. ultim. infr. de leg. agna. ſucc.*

permiſſum eſt. Quod non per innovationem, induximus, ſed quoniam æquius erat, & Attilicino placuiſſe liberis ſuis Paulus, quos tam ad Maſſurium Sabinum, quam ad Plautium ſcripſit, referti. Proprius autem ſervus etiam is intelligitur, in quo nudam proprietatem teſtator habet, alio uſumfructum habente. Eſt tamen caſus, in quo nec cum libertate utiliter ſervus heres inſtituitur à domina, ut conſtitutione divorum Severi & Antonini cavetur: cuius verba hæc ſunt: ſervum adulterio maculatum non iure teſtamento manumiſſum ante ſententiam, ab ea muliere videri, quæ rea fuerit, ciuſdem criminis poſtulata, rationis eſt. Quare ſequitur, ut in eundem à domina collata inſtitutio heredis nullius momenti habeatur. Alienus ſervus etiam is intelligitur, in quo uſumfructū teſtator habet.

COMMENTARIVS.

1 *Qui inſtituantur heredes.*
2 *De inſtitutione ſervorum.*
3 *De ſervo adultero domina.*

HIc tit. magis ad extraneos heredes pertinet, & tres habet partes: de his qui poſſunt inſtitui heredes; de dividenda hereditate inter plures heredes ſcriptos: & de inſtituendi modo, hisque quæ

1 adjici inſtitutioni poſſunt. Inſtitui poſſunt, † ait Juſtin. tum liberi homines quam ſervi. Liberi homines ita 1. ſi ſint cives Romani, non deportati, & omnino non peregrini, cum quibus conſtat non eſſe teſtamenti factionem 2. ſi non ſpeciali aliqua Lege, veluti Julia Papia aut Voconia facti ſint incapaces, cuiuſmodi olim vel in ſolidum vel pro parte erant orbi, cælibes, fœminæ: ſunt & aliæ perſonæ incapaces, quas referunt *Vigl. & Mynſ. hic ex l.* 1. *& l. collegii Cod. h. t. l. hi qui l. Manichæos C. de apoſtat. l.* 1. *C. de ſec. nupt. cap. ult. N. quib. mod. nat. effi. ſui.* Servi

2 vel ſunt proprii † vel alieni. Hi utiq; ex ſe ſunt incapaces, ſed eſt cū iis teſtamenti factio ex perſona dominorum, quibus adquiritur hereditas *l. non minus* 31. *l. ſi alienum* 49. §. 1. *D. h. t.* itaque hic dominus civis Rom. mediate per ipſum ſervum heres

---

AD TITVLVM XIV.

LIBRI SECVNDI Inſtitutionum.

DE HEREDIBVS INSTITVENDIS.

TEXTVS.

1. Heredes inſtituere permiſſum eſt tam liberos homines, quam ſervos, & tam proprios quam alienos. Proprios autem olim quidem, ſecundum plurium ſententias non aliter quam cum libertate recte licebat inſtituere: hodie vero etiam ſine libertate, ex noſtra conſtitutione heredes eos inſtituere

videtur quodammodo esse institutus. Servus proprius non potest intelligi institutus ex persona domini: quoniam cum institutionem validam esse oporteat, eo ipso tempore quo testamentum fit, nemo sei ipsum repræsentare potest. Igitur institutio servi proprii auterit nulla, aut oportet eum simul habere libertatem: quam quidem simul tacite pro adscripta habendam vult Justin. licet id nominatim non expresserit testator *h. §. & l. pen. C. de necess. serv. her. inst.* cum enim qui servum tutorem dat liberis suis intelligatur eum voluisse esse liberum, de quo ad §. 1 *sup. qui test. tut. dan.* siquidem qui vult consequens, etiam intelligitur velle antecedens, sine quo ad istud perveniri non potest: idem ad institutionem protrahendum, est arbitratus Justinian. in *d. l. pen. C. de necess. serv. her. inst.* & magis testator creditur servum institutum heredem dilexisse, quam eum quem tutorem dedit liberis. Hoc procedit in institutione, servum autem cui sine libertate legatum relictum est, non fieri liberum expressum est in *eod. l. pen. Cod. de necess. serv. her. inst.* nec enim hic est idem favor, & voluntas domini hic exitum habere potest, ut etiam servo manenti, quod relictum est, tamquam pro alimentis; præstetur *d. l. pen.* Est autem servus domini proprius vel in solidum, vel est tantum pro parte, ubi scilicet servus est plurium communis. Rursus servus est vel pleno jure domini, vel non, ut si eius habeat nudam proprietatem, ususfructus sit apud alium. Quæritur ergo quid juris, si servus institutus sit heres, qui alterius est pro parte, vel in quo alius habet usumfructum. Illo casu libertas & institutio exitum suum habeat, post textum in *l. 1. §. 1. C. de comm. serv. man.* ubi Justin. constituit ut socius partis quam in servo habet pretium accipere, & ita partem suam vendere cogatur, quod *d. l. 1.* in genere constituit, sive inter vivos impositа libertas sit, sive ultima voluntate, & sive libertas relicta sit per modum legati, sive servus heres sit institutus. At quid si dominus libertate non adscripta servum communem fecerit heredem? Et existimant aliqui inter quos Vigl. hic, & hic quoque obtinere *d. l. 1.* & socium cogi partem vendere. Et opinio ista ita firmatur: quod Justinianus h. §. libertatem, licet nulla mentio eius facta fuerit, vult pro adscripta haberi, quo posito succedit potestas *d. l. 1. C. de comm. serv. man. & l. si servus 18. de subst.* ex qua servo communi cum libertate substituto, permittitur afferre precium partis, & favorabilius præsumere debemus, quod testator voluerit servum liberum & heredem fieri, quam ad socium pervenire Sed præterquam quod correctoria non facile sunt extendenda, repugnat ipsa constitutio in *d. l. 1. §. 1. in f.* ibi, *& hoc moriturus dixerit.* Et cum ratione partis servus communis sit alienus, potest intelligi testator voluisse, ut socius per servum fieret heres: sicut ex hac ratione servo communi legatum, totum acquiritur socio, *l. verū 63. § si servo 9. pro soc. l. Plautius 49. in princ. ad L. Falc.* & hæc communis Interpp. est sententia. Alter casus erat, de servo instituto, in quo testator habet nudam proprietatem. Et recte hunc institui apparet ex eo, quod Justinian. hic ait, servum hunc intelligi proprium, quod & rationi juris cōgruit, *l. recte 25. de V. S.* Quoniam autem de hoc casu nihil in *d. l. 1. Cod. de comm. serv. manum.* agitur; ejus decisio petenda est ex *l. 1. C. comm. de manum.* ut servus hic fiat liber & hæres, sed interim fructuario operas præstet, & ex re ejus adquirat ipsi; quod enim de libertate inter vivos impositа ibi tractatur, etiam ad ultimam voluntatem recte porrigitur. At quid si testator hunc servum instituerit sine libertate? Et eum nihilominus liberum fieri ex hoc textu probatur: ubi cum dixisset Justinian. libertatem pro adscripta haberi *servo proprio* statim subjicit, pro proprio eum servum quoque haberi, in quo testator solam proprietatem habet. Et facit, quod hic cessat ratio, quæ militat in servo communi; quoniam fructuario regulariter, per servum fructuarium non adquiritur hæreditas, ut diximus *sup. tit. per quas pers. adq.* At cur non constitutum est, ut servus liber omnimodo fiat, & pretium ususfructus accipere fructuarius cogatur? quod statutum est in servo communi. Equidem constitutio *d. l. 1. Cod. comm. de manum.* duabus septimanis antiquior est *l. 1. Cod. de comm. serv. manum.* Sed difficile est admittere hic correctionem, cum utraque constitutio sit posita in Codice. An quia æstimatio ususfructus ob incertam eius durationem est incertior? (& possit tamen ratio æstimandi inniti ex *l. hereditatum 68. ad L. Falcid.* an quia non partem, sed solidum usumfructum habere alicui proponitur; an quia non multum præjudicatur ei, qui tantum operas adhuc tenetur præstare, & aliquatenus adquirit fructuario, & in ceteris omnib. habetur pro libero, imo revera est liber, plane in Ll. Justin. frustra accurata exigitur ratio. Quid autem si fructuarius instituat servum fructuarium? Et siquidem sine libertate, procul dubio proprietarius per servum fiet hæres, cum & morte fructuarii jus eius finiatur; &

in §.

in §. *alienus in fin. huius textus*, alienus dicatur servus fructuarius. Idem tamen adhuc erit, licet eum instituerit cum libertate quoniam fructuarius non habet jus dandi libertatem; & quod disponitur in *dict. leg.* 1. *Cod. commun. de manumiss.* ut interim quasi liber videatur secundum quid, dum durat ususfructus, habere non potest locum in libertate quæ data est ultima voluntate, quoniam ut diximus, morte fructuarii finitur omne jus ejus.

Quod non per innovationem.] Objicitur quod §. 2. *supr. quibus manum. non licet.* Justinian. ait, se hoc cõstituisse nova humanitatis ratione. Resp. Hottomann. ibi agi de dominis, qui solvendo non sunt: Inepte, quoniam si Attilicinus & alii hoc probarunt in genere, multo magis id probarunt in domino qui solvendo non est, ubi simul militat favor, domini §. 1. *quibus man. non licet.* Cavillatur Wesemb. nihil innovari, quia nec hodie hæredes fiunt sine libertate. Etenim hoc quæritur, an libertas pro adscripta habeatur nec ne, cuius testator expresse mentionem non fecit. Sed nimirum etiam hic nove aliquid constituere dicitur, qui ex eo quod paucioribus placuerat, sed receptum non erat, jus facit, & plurium receptam opinionem improbat & abrogat. Ergo hactenus non fecit per innovationem quoniam ipse primus eius opinionis autor & inventor non fuit.

Ad Massurium Sabinum.] Levis observatio est, non intelligi opus dedicatum Sabino, quippe qui longe antiquior fuit, sed notas vel commentaria scripta ad libros Sabini: quomodo passim in Pand eodem sensu, quo legimus commentatos esse JCtos ad Edictum prætoris.

Est tamen casus.] Exceptio est à regula, & quod 3. domina servum proprium † instituere hæredem nec cum libertate possit, cum quo adulterii commissi rea postulata necdum absoluta fuerat, quippe cuius manumissio & libertas & impeditur: ex quo recte ad nullitatem institutionis infertur. Quid si servus absolvatur, & humanius est, quod probat Viglius, libertatem interim in suspẽso fuisse, & secuta absolutione confirmari, & consequenter, & institutionem heredis, summi juris: ratio aliud efficit in legatis, quia dies inutiliter cedit *leg. cum filius 76. §. servus 4. de legat. 2.* quod secus esse in hæreditatibus, argum. est §. *servus infr. h.t.* Et tamen ibi etiam mortis testatoris tempore utiliter cedit dies, licet alius post adquirat hæreditatem & illo sane tempore oportet capacem esse hæredem; qualis non est, cui quæstio adulterii movetur; itaque & hic contra Vigl. inutilis erit institutio & libertas; quod summæ iniquitatis ait esse Ang. hic, quid enim si quis per calumniam servo moveat quæstionem? An eum tenebit forte libertas & institutio? & ea cognitio judicis erit? Subsisto. Refertur super hoc constitutio Impp. hic & in *l. his verbis* 4°. §. 2. *eod.* quem text. ex h. §. emendandum & pro *accusatum* legendum esse *maculatum*, ut h § putat Hottom. quoniam mas & fœmina simul rei adulterii peragi non possunt *l. reos* §. *C. ad L. Iul. de adult.* utrobique autem ponitur fœmina adulterii postulata. An accusatum intelligimus in *d.l.* 48. jam condemnatam quoque, si quo casu pœna irrogata non fuerit. (Ceteroquin de servo punito instituendo herede frustra quæratur) an accusatum paulo abusive pro, crimini obnoxium, ut apud Theoph. ἐνέχε τῇ μοιχείᾳ, aut intelligimus mulierem ita postulatam, ut peracta fuerit; nam olim pœna adulterii tantum relegatio fuit. Quin & absoluta muliere poterit accusari servus, & judicio pendente locus erit constitutioni istius §. Sed & tum, si citra adulterium servus cum domina rẽ habuerit, argum. *l. un. Cod. de mulier. quæ se prop. serv.* quæ tamen sanctio nimis dura est, & procul dubio jure Canon locum non habet. His autem constitutionibus, si dominus cum ancilla rem habuerit, locum non esse constat, cum nec adulterium ita committatur.

TEXTVS.

2. Servus autem à domino suo hæres institutus, siquidem in eadem causa manserit, fit ex testamento liber, eique hæres necessarius. Si vero manumissus fuerit à vivo testatore, suo arbitrio adire hæreditatem potest: quia non fit hæres necessarius, cum utrumque ex domini testamento nõ consequatur. Quod si alienatus fuerit, jussu novi domini adire, hæreditatem debet: & ea ratione per eum dominus fit hæres: nam ipse alienatus neque liber neque hæres esse potest: etiamsi cum libertate hæres institutus fuerit; destitisse enim à libertatis datione videtur dominus, qui eum alienavit. Alienus quoque servus hæres institutus, si in causa eadem duraverit, jussu eius domini debet adire hæredita-

Digitized by Goog

tem. Si vero alienatus fuerit ab eo, aut vivo teſtatore, aut poſt mortem eius, antequam adeat, debet iuſſu novi domini adire. At ſi manumiſſus eſt vivo teſtatore, vel mortuo antequam adeat, ſuo arbitrio adire poteſt hæreditatem.

COMMENTARIVS.

Servus à domino.] Pergit amplius agere de ſervo proprio, & quid juris ſit, eo inſtituto circa acquiſitionem hæreditatis: & quidem duplici caſu, quo vel manet in eadem cauſa, id eſt conditione & ſtatu, uſque ad mortem teſtatoris, vel non manet, qui caſus rurſus eſt duplex; vel enim alienatur poſt teſtamentum, vel manumittitur: atque ita in univerſum ſunt tres caſus, ſervi in eodem ſtatu manentis: Servi ante mortem teſtatoris alinati & ſervi manumiſſi. Primo caſu fit teſtatori hæres neceſſarius, id eſt, omnino cogitur eſſe & eſt hæres, de quo plenius agemus *infra de hered. qual. & diff.* Id primum favore dominorum videtur receptum, qui non erant ſolvendo, argum. §. 1. *in fin. ſupr. quibus ex cauſ. manumitt. non lic.* poſt generaliter obtinuit, ut apparet ex h. §. Ratio eſt, quia teſtatoribus minus honorificum eſt, ſi quis repudiet hæreditatem: & tum igitur ſervus ſummum beneficium à teſtatore conſequatur, nimirum libertatem, nõ debet iſtud ſervo licere, ut poſſit hæreditatem repudiare. Accedit, quod omnino libertas & hereditas conjuncta ſunt, & juris hoc facit ratio, ut ea ſeparari & ſegregari invicem nõ poſſit: adeo quidem ut neutrum adimi ſeparatim & ſeorſim ſervo poſſit, ſed utrumque ſimul ſit relinquendum ſervo *l. ſi ita* 13 §. 1. *de liber. & poſtum.* ex ratione *l. 6. §. ultim. de hered. inſtit.* quod quia paulo ſubtilioris eſt & latioris inquiſitionis, pluribus hic non exſequimur.

Alter caſus eſt ſervi poſt teſtamentum manumiſſi: & hic ſuo arbitrio poteſt adire, aut repudiare hæreditatem; quoniam libertatem ex teſtamento non conſequitur; adeo non conjunctim cum hæreditate, quæ duæ alias ſimul exſiſtunt: neceſſarius enim hæres ita fit ſervus, ut ipſa poteſtate juris exſiſtat, ut dicemus *ad tit.* 19. quod juris ratio non patitur ut contingat in eo, qui ante mortem teſtatoris libertatem eſt conſecutus: licet recte atq; ordine facturus ſit hic ante manumiſſus, ſi pro beneficio libertatis hanc injuriam non rependat patrono. Tertius caſus eſt, ſervi poſt teſtamentum alienati; & ſi in eodem ſtatu manet novum dominum facit hæredem, ipſe nec hæres fit nec liber, licet cum libertate fuerit inſtitutus, quoniam, teſtator mutaſſe voluntatem, & deſtitiſſe à libertatis datione intelligitur aperte, cum ſervum utique adhuc ſuum alienavit, ut perinde hic ſit ac ſi alienum ſervum initio inſtituiſſet, quæ probantur h. §. *verſ. quod ſi alienatus*, & in *leg. quoties* 9. §. *ſervus* 16. *l. ſervum* 50. *in fin. princip. h. t. lex ſervo* 47. facit quod ſi ſervo quis legatum cum libertate dederit, eumque alienaverit, legatum pertinet ad emptorem *l. quæſitum* 91. §. *ſervo de legat.* 1. Neque hic obſtat regula cujus paulo ante meminimus, *ex leg.* 13. §. 1. *de liber. & poſthum.* non tam quia utrumque adimitur, & libertas & hæreditas, quam potius quia facto ipſo alienationis conditio ſervi mutatur, & res in alium ſtatum deducitur, Dixi, ſervum non fieri liberum, nec hæredem, ſi maneat in eodem ſtatu, & apud novum dominum: Ceteroquin ſi dominus prior, teſtator eum redimat rurſus, reviviſcit quaſi & libertas, & inſtitutio, & ſervus fit neceſſarius hæres, *dict. leg. quoties* 9. §. *ſervus* 16. *& d. l. ſervus* 50. *h. t.* An quia alias pater familias moreretur inteſtatus, quod non præſumitur voluiſſe: Sed hoc procedit ſaltem ſi ſervus in ſolidum fuerit inſtitutus? ſin pro parte poſſet portio ejus jure accreſcendi ad cohæredem pertinere. Sed & idem receptum eſt, ut ſi ſervo citra hæreditatem tantum libertas data ſit, & is alienatus rurſusque à teſtatore redemtus ſit, libertatem conſequatur, *l. verum* 58. *de manumiſſ. teſtament.* ut fatendum ſit favore libertatis hoc admiſſum: alias ſi quis ſervum legatum Titio, alienaverit, (quomodo legatum ad. emptum cenſetur) licet eum rurſus redemerit, legatum non reconvaleſcit *l. cum ſervus* 15. *de adim. legat.*

Alienus quoque ſervus.] Hactenus de ſervo proprio. Sequitur de alieno inſtituto; quæ inſtitutio ut *ad pr. tit.* diximus valet ex perſona domini: Itaque hic quoque ſunt tres caſus, 1. Servi in eodem ſtatu manentis, & facit utique dominum hæredem cujus juſſu adit, quod juſſum neceſſarium eſſe & cur, diximus ad §. *item nobis* 3. *inſt. per quas perſ. adquirit.* 2. Servi manumiſſi, & ipſe fit hæres *h. §. in fin. Ulpian. titul.* 22. *de hared. inſtit.* §. *alienus* 11. 3. Servi alienati: & hic novi domini juſſu adire hæreditatem h. §. reſpondetur, qui adeo etiam efficietur hæres. Ubi objiciunt quidam iniquum hoc videri, & contra præſumptam voluntatẽ teſtatoris, qui utiq; cenſetur voluiſſe eũ fieri hæredem

redem per ſervum, qui tempore teſtamenti facti dominus erat, qui ſi ignorans ſervum ſuum inſtitutum eum alienaverit, iniquum videatur, ut privetur commodo hæreditatis An igitur, licet ſummo jure adquiratur novo domino hæreditas, ſaltem, priori domino dabimus condictionem? *arg. l. pen. de ſtip. ſerv.* Id quidem Hottom pene velle videtur, ſed textus juris ſimpliciter loquuntur *& h. §. & in l. Antiſtius* 62. § 1. *de adq. hær. l.* 2. §. *uit de bon. poſſ. ſeq. tab.* Ubi JCtus ait hæreditatem ſive bonor. poſſeſſionem ambulare cum domino. Et qui inſtituit ſervum, ſimul ipſius quoque perſonam ſpectare intelligitur arg. *l. debitor.* 82. §. *ult. de leg* 2. Ceteroquin ipſum dominum hæredem potius teſtator inſtituiſſet, ex quo ſit, ut etiam ipſe ſervus manumiſſus hæres efficiatur: Creditur enim teſtator amoris erga ſervum gratia & benevolentia eum hæredem inſtituiſſe, ut beneficio quod ex inſtitutione ſervi conſequitur provocatus dominus tanto citius eum remuneretur libertate.

TEXTVS.

3. Servus etiam alienus poſt domini mortem, recte heres inſtituitur: quia & cum hæreditariis ſervis eſt teſtamenti factio: nondum enim adita hæreditas perſonæ vicem ſuſtinet, non hæredis futuri, ſed defuncti: cum etiam ejus, qui in utero eſt ſervus, recte hæres inſtituatur. Servus autem plurium, cum quib. teſtamenti factio eſt, ab extraneo inſtitutus hæres, unicuique dominorum, cujus juſſu adierit, pro portione dominii adquirit hæreditatem.

COMMENTARIVS.

1 *Hæreditas cujus perſonam repræſentet.*
2 *Ad.* l. ſi ſervus 52. h. t.
3 *De ſervo poſtumi.*

SErvus alienus recte inſtituitur, non tantum is, qui dominum habet vere, ſed etiam qui repræſentative, id eſt, ſervus hæreditarius; quoniam hæreditas jacens perſonæ & domini vice fungitur. *leg. libr. homo* 13. §. 2. *Ad L. Aquil. l. ſi ante* 15. *de interrogat. in iur. leg.* 1. §. 1. *ſi is qui teſtament. libr. l. cum hæred.* 9. *Codic. depoſiti leg. hæred.* 6. 1. *de adquirend. rerum domin. l. mortuo* 22. *de fideiuſſ.* & quidem defuncti vicem & locum ut ſuſtineat in *prine. in f. de ſtipul. ſervi. non minus* 3. §. 1. *h. t. & h* §. ubi ut & in *leg. hæreditas* 34. *d. t. de adquir. rerum domini* nominatim additur ſuſtinere locum defuncti, non hæredis futuri. Cui ſententiæ objicitur & textus & ratio. Textus eſt in *l. novatio* 24. *in fin. de novat.* ubi dicitur, hæreditatem interim ſuſtinere perſonam hæredis futuri. Ratio ſumitur ex vulgata regula, quod ubi hæres adiit, conjungatur tempus additionis, cum eo tempore, quo mortuus fuit teſtator, per fictionem juris, ita ut hæreditas numquam vacua, ſed hæres retro à tempore mortis hæres fuiſſe intelligatur, *l. hæres* 54. *de adq. hær. l. ſi ex re* 28. §. *illud.* 4. *de ſtipulat ſerv. l. omnia* 193. *de Reg. Iur.* Secundum quod non poteſt videri hæreditas re-
1 præſentaſſe † perſonam defuncti, aut oporteret alias fingere eum qui mortuus eſt, adhuc vivere cujuſmodi fictio nulla apparet uſquam. Sunt qui arbitrantur, in hac quæſtione inter ſe non convenille priſcis Jurisconſultis. Sed recurrendum eo temere non eſt; & non videtur eſſe difficilis huius rei explicatio; Ut quam breviſſime dicam, aut conſideratur caſus & eventus aditæ hæreditatis, & recte dicitur hæreditas futuri hæredis perſonam repræſentaſſe, cui etiam hac conſideratione recte ſtipulatur ſervus hæreditarius, *dict. leg.* 28 §. 4 *de ſtipulation. ſerv. & leg. ſervus* 35. *eod.* quo reſpectu in *fin. prin. in f. de ſtipulat. ſerv.* dicitur adquiri hæreditati ac per hoc hæredi: & in *l. interdum* 73. §. 1. *de Verb. obl.* hæreditate non adita, ſtipulationem ſervi nullius eſſe momenti, aut conſideratur ipſum illud inſtans, quo ſervus contrahit, aut inſtituitur hæres & quod in rei veritate obtinet, & quod nimirum necdum adita eſt hæreditas: Et hac conſideratione, cum etiamnum in rei veritate incertum ſit, an heres ſit aditurus hæreditatem, ſiquidem actum valere volumus, qui non debet non poteſt eſſe in ſuſpenſo, oportet ut ſtatuamus, quod hereditas repræſentet defunctum, idque eſt quod ait JCtus *in l. in eo* 33. *in fi. de adq. rer. dom.* quoties ſervus hereditarius ſtipulatur, vel per traditionem accipit, ex perſona defuncti vires conſumit. Atque hinc eſt, quod ſervus hereditarius recte ab alio inſtituitur heres, modo teſtamenti factio fuerit cum defuncto, licet cum
2 herede inſtituto non ſit. *l. ſervus* 52. *h. t.* At quomodo ut hoc obiter addamus, poteſt non eſſe teſtamenti factio cum herede † inſtituto? ſiquidem hoc eſt, eſſe cum aliquo teſtamenti factionem, poſſe eum inſtitui heredem. Dicam vel de facto fuiſſe quem inſtitutum heredem, qui jure nō poterat, vel poſſe quem recte inſtitui heredē reſpectu unius

Digitized by Google

ctu unius & ab hoc vel illo, non ab omnibus, quomodo olim ex Lege Voconia fœminæ ab extraneo heredes inſtitui non poterant, ſed iſtud obiter. Ex his autem explicandum eſt, quod ait ICtus *in l. ſi Titio* 15. §. 1. *de legat.* 2. nullum eſſe dominum, & ob id hereditati adquiri. Nullus eſt dominus revera, ut non excludatur, quin hereditas fungatur ejus vice. Et hoc eſt quod Angel. & alii hic ſcribunt, hereditatem qua jacentem repræſentare defunctum, ſed aditam videri retro repræſentaſſe perſonam heredis.

Cum etiam eius qui in utero eſt.] Poſtumus vel 3 ſuus † eſt vel alienus: De poſtumo ſuo hic locus intelligi non poteſt, quia ita non eſſet ſervus alienus, ſed ipſius teſtatoris, non poſſit eſſe ſuus poſtumus, niſi qui naſceretur in teſtatoris poteſtate. Ergo hic de poſtumo alieno agitur. Atquin occurritur, cum alienus poſtumus non poſſit ipſe heres ab alio inſtitui, de quo *in §. poſtum.* 26. *infra de legat.* nec poſſe inſtitui ſervum ejus, cum inſtitutio ſervi ex perſona domini ſumat vires. Duplex reſponſio eſt, 1. Quod dicatur ſervus ejus qui in utero eſt, quatenus in hujus nati poteſtate eſt futurus: Ceteroquin quod non habeat aut capiat vires inſtitutio ſervi ex perſona ejus qui in utero eſt, ſed defuncti, cuius interim repræſentat hereditas perſonam, ut modo diximus, & quod de hereditario ſervo dixerit Juſtin. quodammodo exemplo ſervi, eius qui in utero eſt, confirmare videtur, quæ in terminis explicatio eſt Theoph. qui ait nullam fore inſtitutionem ſervi, ſi heredis, futuri & ſcilicet poſtumi perſonam ſpectaremus. Altera eſt reſponſio, quod inſtitutio ſervi non ſit ita comparata, ut ſemper dominum faciat heredem, qui eſt tempore teſtamenti facti, ſed etiam alium, in quem ſervus eſt poſtea translatus, vel etiam ipſum ſervum factum liberum, ut diximus ad §. *prac.* ut proinde quadantenus etiam ex perſona ipſius ſervi ſubſiſtere videatur inſtitutio, quod quidem reſponſum eſt de legato *in l. debitor* 82. §. *ult. de leg.* 2 fac. opt. *l. etſi* 5. *de ſerv. leg.* ea tantum valere ſervis relicta, quæ & liberis illis recte relinquerentur, & ſervum eius qui capere non poteſt, ſi ante liber factus ſit, admitti ad hereditatem, eſt *in l. ſi ſervus* 82, *de adq. her.* ex quo patet ſervi quoque perſonam ſpectari, ut hinc favorabiliter receptum ſit poſſe ſervum inſtitui etiam ejus, qui utique natus futurus eſt civis Romanus. Alii hanc rationem reddunt, quod hic agatur de commodo ejus qui in utero eſt, & proinde juxta vulgat. regulam juris, is pro nato hactenus habeatur. Recte autem omnino explicatur hic locus, de ſervo jam hereditario inſtituto, minus autem convenit, ut ponamus ſervum vivente domino inſtitutum ita, ut poſt mortem domini heres eſſet, quomodo tamen caſum aliqui ponunt, & ſane inſtitutio hæc quoq; valet.

Servus autem plurimum.] Servus vel eſt unius, vel plurium communis, qui adquirit pro rata portionis dominicæ; de qua re & quomodo ſingulis dominis vel ex re ipſorum vel juſſu adquirat, dicemus *infra in §. ult. de ſtipul. ſerv. & in §. ult. infra per quas perſ. obl. adq.* ubi etiam videbimus, quid juris, ſi aliquis ex dominis ſit incapax, & eo reſpiciunt verba huius §. *cum quibus teſtamenti factio eſt*, ſi unus enim incapax ſit: pars aliqua ei adquiri non poteſt, de quo agemus d. loco.

TEXTVS.

4. Et unum hominem & plures uſque in infinitum, quot quis heredes velit, facere licet.

COMMENTARIVS.

ACcurſius hinc quærit, quid ſi quis inſtituat omnes homines in mundo? Et reſpondet valituram inſtitutionem quidem, per hunc textum, ſed non poſſe confirmari aditione propter nimiã difficultatem vel impoſſibilitatem. Quin Angel. putat poſſe adiri, ut ſemper unus adiens detrahat priori. Sed ineptum eſt exiſtimare hanc fuiſſe mentem Juſtiniani in verbis. *in fin. tum.* quorum iſta non dubia ſententia eſt, non eſſe certum numerum & definitum ſub quo heredes inſtitui poſſint, ſed eſſe hoc permiſſum teſtatoris arbitrio, ut tamen res reperire exitum poſſit, & habeat aliquã determinationem. Et Viglius hic notat, hujuſmodi diſpoſitionem, qua inſtituuntur omnes homines, non videri eſſe ſane hominis, credit tamen, ſi tale quid teſtator diſponat, fiſcum vel etiam rempubl. eſſe admittendam: aut potius inter pauperes hujuſmodi hereditatem eſſe diſtribuendam. Plane ſi ſimpliciter omnes inſtituerit quis, dixerim civiliter fore hoc accipiendum, ut Reſpubl. intelligatur inſtituta. Sed in medium ego hoc relinquo & ſi expreſſe dixerit ſe inſtituere omnes homines mundi, omnino cum Porcio dicam inſtitutionem eſſe nullam, cum id ſpeciali favore admiſſum ſit, ut inſtituantur pauperes *l. id quod pau. C. ne Epiſc. & cler.* Theo. *in infinitum* reddit εἰς ἀπειρον, quomodo ad pr. tit. ſeq. ait gradus ſubſtitutionum fieri εἰς ἀπειρον. ſed utique non infinitum.

TEXTUS

TEXTVS.

5. Hereditas plerumque dividitur in duodecim uncias, quę aſſis appellatione continentur. Habent autem & hę partes propria nomina, ab uncia uſque ad aſſem: ut puta hæc: ſextans, quadrans, triens, quincunx, ſemis, ſeptunx, bes, dodrans dextrans, decunx. Non autem utique ſemper duodecim uncias eſſe oportet: nam tot unciæ aſſem efficiunt, quot teſtator voluerit: & ſi unum tantum quis ex ſemiſſe, verbi gratia heredem ſcripſerit, totus as in ſemiſſe erit. Neque enim idem ex parte teſtatus, & ex parte inteſtatus decedere poteſt: niſi ſit miles, cuius ſola voluntas in teſtando ſpectatur. Et è contrario, poteſt quis in quantaſcunque voluerit, plurimas uncias ſuam hereditatem dividere. Si plures inſtituantur heredes, ita demum in hoc caſu partium diſtributio neceſſaria eſt, ſi nolit teſtator eos heredes eſſe ex partibus æquis. Satis enim conſtat, nulli partibus nominatis, ex æquis partibus eos eſſe heredes. Partibus autem in quorundam perſonis expreſſis, ſi quis alius ſine parte nominatus erit, ſi quidē aliqua pars dixit aſſi, ex ea parte heres ſit. Et ſi plures ſine parte ſcripti ſint, omnes in eandem partem concurrunt. Si vero totus ac completus ſit, ii qui nominatim partes expreſſas habent, in dimidiam partem vocantur, & illę vel illi omnes in alteram dimidiam. Nec intereſt, primus an medius an noviſſimus, ſine parte heres ſcriptus ſit, ea enim pars data intelligitur, quæ vacat. Videamus, ſi pars aliqua vacet, nec tamen quiſquam ſine parte heres ſit inſtitutus, quid iuris ſit: veluti ſi tres ex quartis partibus heredes ſcripti ſunt. Et conſtat vacantem partem ſingulis tacite pro hereditaria parte accedere, & perinde haberi, ac ſi ex tertiis partibus heredes ſcripti eſſent. Et ex diverſo: ſi plures heredes ſcripti in portionibus ſint, tacite decreſcit ſingulis: ut ſi verbi gratia, quatuor ex tertiis partibus ſcripti ſint, perinde habeantur, ac ſi unuſquiſque ex quarta parte heres ſcriptus fuiſſet. Et ſi plures unciæ, quam duodecim diſtributæ ſint is, qui ſine parte inſtitutus eſt, quod dupondio deeſt, habebit. Idemque erit, ſi dupondius expletus ſit. Quæ omnes partes ad aſſem poſtea revocantur quamvis ſint plurium unciarum.

COMMENTARIVS.

1 *De uno herede ſcripto in una parte.*
2 *Ad* l. 3. C. de teſtam. milit.
3 *An poſſit prohiberi ius accreſcendi.*
4 *Ad* l. 8. etſi duo h. t.
5 *De herede ſcripto in re certa & n.* 11.
6 *De heredibus pluribus conformiter ſcriptis.*
7 *De revocatione ad aſſem ſolemnem.*
8 *De progreſſu ad dupondium.*
9 *Ad* l. 23. C. de legatis.
10 *De progreſſu ad tripondium & n.* 12.
11 *Diſformis inſtitutio & eius ſpecies.*
13 *Ad* l. 17. §. ult. h. t.

TOtum hoc ex pluribus §§. uno contextu proponere viſum fuit, quia continetur materia connexa, quam methodice ad certa capita revocabo, additis etiam caſibus, quos Tribonianus omiſit. Ut rem paulo altius repetamus & arceſſamus; inſtituitur (in pagano ſcilicet) aut unus aut plures. Unus ſine controverſia capit totam ℈ hereditatem, &c. 1. Si ſit ſimpliciter ſcriptus veluti, Titius heres eſto. 2. Etſi in certa parte hereditatis ſcriptus ſit, ut docet §. hereditas 7. *verſ. etſi unum.* Loquitur ibi Juſtin, de uno qui in ſemiſſe ſcriptus eſt: ſed procul dubio idem obtinet, etiamſi in uncia ſcriptus ſit. Ratio huius juris eſt, vel quia non neceſſe habet teſtator in XII partes dividere hereditatem, ſed poſt tot uncias facere quot voluerit, & quot voluerit facere, tot efficiunt hereditatem, ut diſerte Juſtinianus ait in *d.* §. *verſ. non autem*: vel quia quidquid etiam voluerit

Digitized by Google

rit teſtator, ex ratione juris pars vacans & quæ ſupereſt, accreſcit parti in qua ſcriptus eſt heres: cujus porro ratio eſt, quod nemo paganus (miles enim excipitur, ut oſtendimus ſupra ad tit. XI. & in d. §. hereditas in fin. repetit Juſtinian.) pro parte teſtatus, pro parte inteſtatus decedere poteſt, & cum diverſi generis heredibus, quod rurſus *in d. §. verſic. neque enim*, tradit Tribonianus poſt JCtum *in l. ius noſtrum 7. de Reg. Iur.*

Hinc autem, & quod teſtator tot partes poſſit facere hereditatis, quot velit, & plures & pauciores, defenditur diviſio *l. 3.* † *C. de teſtam. milit.* ubi miles inſtituit duos, unum ex uncia, alterum ex duabus: & reſcriptum eſt totam hereditatem ad illos duos pertinere, (cum tamen alias miles poſſit pro parte teſtatus decedere) quoniam intelligitur in tot partes hereditatem diviſiſſe. Nec obſtat *l. ſi miles 6. D. eod.* quia ut in re certa inſtitutus habeat totam hereditatem, & detrahatur mentio rei certæ, fit ex ſubtilitate juris & interpretatione, quæ in teſtamento militis non habet locum, cui rurſus non obſtat *l. ſi certarum 37. in princ. d. tit.* quia ipſum miles inſtituerit ibi heredem rerum ruſticarum & urbanarum, & ceterarum rerum, apparet, in totum teſtatum eum decedere voluiſſe. Et conſequitur ea voluntas effectum, ita ut res per perceptionem ſingulis legaſſe videatur: licet hactenus perinde dicatur haberi ac ſi ſine partibus eos ſcripſiſſet, quo ad nudam rationem juris, & ecſilicet ut tamquam heredes, verbi cauſa à creditoribus defuncti convenire poſſent. Sed quid ſi teſtator paganus expreſſe dixerit, ſe velle ut heres ſcriptus tantum † habeat partem ſibi adſcriptam, & nolle ſe ut partes ceteræ ei adcreſcant? Et certi juris eſt, neminem poſſe facere ne Leges habeant inteſtamento ſuo locum *l. nemo § 1. de legat. 1.* adeo nullis machinis efficere poteſt teſtator, ut & ex teſtamento ſibi ſuccedatur & ſimul ab inteſtato. Itaque aut oportet illam prohibitionem teſtatoris, & voluntatem nullam eſſe & valere teſtamentum, aut ſi prohibitionem, qua vetat partem adcreſcere parti, admittimus, teſtamentum corruere oportet. Primus magis convenit rationi juris, nec teſtamentum tam ſolenniter conditum evertatur, quod nec teſtator voluit, idque probatur communius à Dd. teſte: *Claro in § teſtamentum q. 74.* licet ipſe poſteriorem opinionem magis probat, quæ eſt *Bartoli in l. quotiès 9. §. ſi duo h. t.* Eſt & media ſententia, quam Salicetus probat *in l. quotiès 13. C. h. t.* ut hereditas quidem tota ipſo jure pertineat ad heredē ſcriptum, ſed ut partem quam ei adcreſcere prohibuit teſtator, cogatur reſtituere heredibus qui ab inteſtato fuiſſent ſucceſſuri, ut nimirum colligatur fideicommiſſum ex teſtatoris prohibitione, quæ ſententia habet ſane meo judicio rationem, & firmatur argum. *§. ſed & 3. infra quib. mod. teſt. inf.* Et ad hanc ſententiam trahi poteſt & explicari *l. quotiès 9. §. ſi duo h. t.* ubi in non diſſimili † caſu dicitur, duos ex certis rebus inſtitutos æqualiter eſſe heredes niſi patriſfamilias voluntas expreſſiſſime refragetur. Hoc enim poteſt referri ad effectum rei, ut non videantur heredes effecti, qui tamquam ex fideicommiſſo rem reſtituere tenentur: per *d. § 3. quibus mod. teſt. infirm.* Eſt tamen & alia reſponſio ad *d. l. 9. §. ſi duo 13.* quam & *Br. in d. l. 9. §. quotiès h. t. & Salic. in l. 13. C. eod.* tradunt, non hoc velle JCtum, quod reliqua hereditas ſucceſſoribus ab inteſtato relinquatur, ſed quod juxta voluntatem teſtatoris, heredes fiant ex inæqualibus portionibus, juxta proportionem fundorum & rerum certarum, vel partium quas adſcripſit ſingulis teſtator, cum alias id juris ſit, ut quamvis res adſcriptæ pretii & valoris inæqualis ſint, vel in ipſis rebus certis teſtator partes adſcripſerit, tamen æqualiter ſint ſinguli heredes; quippe ex ratione juris omnino detracta rei certæ, & partium etiam mentione *d. l. 9. § 13. cum l. ſeq. h. t.* Sed & amplius iſta inæqualitas non tam ipſo jure quam officio arbitri fam. erc. teſtatoris voluntatem ſubſequentis, inducitur arg. *l. ex facto in pr. h. t.* Diximus, unum heredem ſcriptum & ſolum, conſequi totam hereditatem, ſive ſimpliciter, ſive in certa parte hereditatis ſcriptus fuerit heres. Amplius & 3. idem eſt, † etiamſi ſcriptus ſit heres in re certa & ſingulari, veluti in fundo, in ædibus, ſed ſub qualitate primi caſus, ut perinde habeatur, ac ſi ſimpliciter ac ſine ulla mentione rei, quæ poteſtate iuris detrahitur, ſcriptus fuiſſet. Nam cum heres ſit ſucceſſor univerſi juris, & proinde citra contradictionem fieri non poſſit, ut in ſingulari conſiſtat hereditas, nec tamen, qui tam ſolemniter diſpoſuit, credatur ludere voluiſſe, ſuccurrit jus, & detracta mentione rei ſingularis, facit eum pure heredem, ut ſcriptum eſt *in l. 1. §. 4. l. quotiès 9. § ſi duo 13. cum l. ſeq. h. t.* Hæc de caſu, quo unus heres inſtitutus fuit.

Plurium heredum inſtitutio † vel eſt uniformis, vel difformis. Illam appello, quando omnes heredes eadem forma ſcripti ſunt heredes, ut ſcilicet

Digitized by Google

licet omnes ſine partibus, vel omnes ex partibus certis hæreditatis, vel omnes ex certis & ſingularibus rebus. Utique enim pars, & res ſingularis differunt, qui dicimus partem hereditatis, unciam, ſextantem quadrantem, quæ ſunt nomina juris, &c. Primo caſu conſtat, omnes æqualiter heredes eſſe §. *ſi plures* 8. *in pr. h. t.* Idemque eſt in poſtremo caſu, quin poteſtate juris eſt idem hic caſui cum primo, quia fit detractio rerum ſingularum aut certarum, & perinde habetur, ac ſi rerum nulla mentio fuiſſet facta, ut paulo ante diximus ex *l.* 13. §. *cum l. ſeq. h. tit.* Præterquam quod, ut adjecimus, aliquando ſequimur voluntatem enixam teſtatoris, ut quamvis ipſo jure æqualiter omnes ſint heredes, tamen arbitri officio, alteri plus adjudicetur.

Intermedio caſu, qui omnes ſunt ex partibus ſcripti in primis hæc diſtinctio præmittenda eſt, quod aut conſideramus ſimpliciter hereditatem & partes juxta verba teſtatoris, aut juxta diſpoſitionem juris civilis, ſecundum quam hereditas in XII. partes vel proportionaliter XXIV. aut XXXVI. dividitur. Illa conſideratione nullas certas partes habet hereditas, ſed quod fecit teſtator, adeo & pauciores quam XII. §. *hereditas* 7. *verſ. non autem h. t.* & plures imo plurimas *d.* §. 7. *in fin. l.* 13. §. 1. *h. t.* & ita *in d. l. interdum* 13. §. *ult. h. t.* hereditas in XIV. partes dividitur. Hac autem & poſteriori conſideratione hereditas ut as quidam ſolemnis, conſiderata, habet XII. partes & uncias, ad quas revocari debent & poſſunt, partes, quas dedit & expreſſit teſtator, quantæcunque etiam ſint, plures vel pauciores. Et ita *Iuſtin. in* §. *etſi plures* 10. *h. t.* quæ omnes partes, inquit, ad aſſem poſtea revocantur, & Jurisc. *in d. l.* 13. 6. 1. *eod.* paterfam. inquit, diſtribuere hereditatem in quot voluerit uncias poteſt, ſed ſolennis aſſis diſtributio in duodecim uncias fit. Et ubi igitur ſecundum hanc ra-

7 tionem partes revocandæ † ſunt & reducendæ ad aſſem ſolemnem, diſtinguitur: quod aut partes adſcriptæ heredibus ſingulis, ſunt infra aſſem, nec eum explent, aut ſunt ſupra aſſem, illumque excedunt: ubi enim partes exæquant aſſem, nullus dubitationi eſt locus aut diſputationi. Primo caſu, ubi non totum aſſem exhauſit teſtator, illud obtinet, quod diximus ad membrum præcedens, ubi unus ſolus in quantacunque minima parte etiam, ſcriptus eſt, ut omnes ceteræ partes adjiciantur juris poteſtate quod non patitur, ut pro parte quis teſtetur, pro parte inteſtatus moriatur *l.* 7 *de reg. iur.* Et ſicut hic heredi uni ſoli totum quod ſupereſt, adjicitur: ita illic ubi plures ſcripti ſunt, ex eadem ratione, quod ſupereſt, pro rata portione ſingulis adjicitur: veluti ſi tres inſtituti ſint ſinguli ex quadrante, tres illæ unciæ ſuperſtites ſingulis adjiciuntur, ut ſinguli habeant trientem: quomodo ſcribit Juſtin. *in* §. *videamus* 9. *in princ. h. t.* & ad eundem modum, ſi duos ſcripſerit heredes, ſingulos ex quadrante, quæ ſuperſunt ſex unciæ ſingulis proportionaliter adcreſcunt *l. interdum* 13. §. 2. *h. t.* Poſteriori caſu, ubi partes adſcriptæ excedunt aſſem ſolemnem, oportet eadem ratione, ut ſiquidem revocamus rem ad aſſem ſolemnem, conſiſtentem in XII. unciis, ſingulis pro rata decreſcat, veluti ſi quatuor proponamus inſtitutos, ſingulos in triente & ita omnes in XVI. unciis, ſingulis detrahimus unciam, perinde ac ſi in quadrante eſſent inſtituti *d.* §. *videamus* 9. *verſ. & ex diverſo h. t.* neque vero æqualiter & in viriles partes fit decretio aut accretio, ſed pro portionibus quas inſtitutioni adſcripſit: quæ ſi ſint inæquales, inæqualiter etiam aut adjicitur aut detrahitur. Hinc ſi alter hæredum ex quadrante, alter ex ſemiſſe ſcriptus ſit ex tribus unciis quæ ſuperſunt, duæ huic, una illi adjicitur: *d. l.* 13. §. *ſed ſi* 3. *h. t.* Ex diverſo, ſi unum ſcripſit heredem ex XII. unciis, alterum ex ſex, ex unciis ſex quæ excedunt, illi quatuor, huic duæ detrahuntur, ita ut ille beſſem, hic trientem hereditatis & aſſis conſequatur *d. l.* 13. §. 4. *h. tit.* Atque ita obtinet, ubi reductio fit ad aſſem ſolemnem. Repe-

8 ritur & alia ratio apud JC. ut † progreſſus fiat, verbi gratia, ad dupondium, & ad duplicem aſſem, ubi partes adjectæ ſuperant, XII. uncias, nec tamen faciunt totum dupondium, ſed ſunt infra XXIV. uncias: & ut nimirum ſicut ubi partes ſunt infra aſſem, ſingulis pro rata ad dupondium explendum adjiciatur.

Atque ita ubi quatuor ſunt inſtituti heredes, ſinguli in triente XVI. unciis omnes, ex VIII. unciis, quæ deſunt dupondio, ſingulis duæ adcreſcunt. Ita in ſpecie *d. l.* 23. §. 4. *h. t.* ſi ex duobus alter ex XII. unciis, alter ex VI ſcriptus ſit, ex VI. reliquis unciis, illi quatuor, huic duæ accreſcunt. Quomodo habent idem plane heredes, quod haberent, ſi revocatio fieret ad aſſem ſolemnem, quoniam quæ eſt proportio III. ad XII. & VIII. ad IV. ubi aſſem facimus, eadem eſt proportio IV. ad XXIV. & XVI. ad VIII. ubi tranſitus fit ad dupondium, quoniam in dupondio duæ unciæ tantundem faciunt, quantum in aſſe uncia una. Itaque, ut diximus, ſi duo ſcripti ſint, unus in XII.

unciis alter in VI. unciis ille duas partes habebit totius hæreditatis, hic tertiam. Cui objicitur *l. cum quæſtio 23. C. de legat.* ubi † in hac ipſa quæſtione Juſtin. eam interpretationem ſumit, quaſi qui primo dat XII. uncias, ſecundo VI. tantundem primo detractum voluerit, ita ut æquales uterque habeat partes. Quidam divinatorie diſtinguunt, an de voluntate teſtatoris conſtet nec ne: alii non magis probabiliter intereſſe putant, an teſtator poſteriori ſex uncias an dimidiam hereditatem adſcripſerit. Apparet plane hoc quaſi præſupponere Juſtinianum, quaſi primo totum dederit teſtator: qno poſito fateri ſane neceſſe fuerit, voluiſſe derogare & detrahere priori voluntati. Sed haud ita voluntatem teſtatoris JCti interpretati fuerunt, ſed quod voluerit facere teſtator tranſitum ad dupondium, vel quod in XVIII. partes voluerit diſtribuere hereditatem: quod utrumque longe rectiorem habet rationem: cum & abſurdum ſit, eos quos omnino inæqualiter ſcripſit heredes teſtator, æqualiter tamen ſuccedere. Juſtiniano vel Triboniano potius pro ratione fuit voluntas, ut alibi ita & hic quoque: de qua re videndi ſunt *Interpretes in d. l. 23. Azo in Sum. 6. h.t. n. 10. Donell. 6. comm. 20.*

10 Porro quod juris eſt, ubi teſtator † exceſſit aſſem, ut vel ad aſſem, vel ad dupondium fiat revocatio & progreſſus: idem juris eſt, ubi exceſſit dupondium, & v.c. XXX. uncias diſtribuit, ut tum vel ad dupondium aſſemque revocatio fiat, vel progreſſus, ad treſſem & tertium aſſem, eodem effectu, ut ſcilicet in hoc tres unciæ pro una computentur: de qua re in ſeq. membro amplius dicturi ſumus.

Hæc de inſtitutione quam diximus uniformem Difformis † inſtitutio habet duo membra principalia. Aut enim cum heredibus ſive ſimpliciter ſive ex parte ſcriptis concurrunt heredes ſcripti ex re ſingulari: aut heredes ſimpliciter & ex parte ſcripti invicem concurrunt. Priori caſu eſt reſcriptum *in l. quoties 13. C. h.t.* eos qui ex rebus ſingularibus ſunt ſcripti, eſſe loco legatariorum. Differentiæ ratio interiſtos, & qui ſoli ſunt ſcripti heredes ex re certa & ſingulari, de quibus antea diximus, hæc eſt: quod ubi ſoli ſunt hæredes inſtituti ex re ſingulari, vel unus vel plures uniformiter, cum teſtator noluerit ſine herede & inteſtatus decedere, neceſſitas facit, ut detrahatur mentio rei certæ, qua ſtante inſtitutionem inutilem & nullam eſſe efficeretur, cum impoſſibile ſit heredem eſſe, & tantum rem ſingularem habere.

At vere ubi alii recte heredes ſcripti ſunt, vel ſimpliciter vel ex partibus hereditariis, nulla neceſſitas eſt, ut mentionem rei certæ aliquibus adſcriptam detrahamus, cum per ceteros heredes ſatis ſuſtineatur voluntas defuncti. Stante autem mentione rei certæ, quandoquidem heredes eſſe non poſſunt, relinquitur neceſſario, ut pro legatariis tantum habeantur, qui in re ſingulari fuerunt inſtituti: Et hoc procedit ſine controverſia, ubi inſtituti ſimpliciter vel ex partibus hereditariis adiverunt hereditatem.

At quid ſi illi defecerint, & ſive præmortui ſint, ſive hereditatem repudiaverint? Et ſunt qui teſtamentum corruere putant, & pro heredibus haberi poſſe negant hos, qui ſemel & ab initio teſtamenti facti pro legatariis fuerunt. Sed communis opinio Dd. contra ſe habet, quæ exiſtimat, inſtitutos ex re certa eſſe generis medii & mixti: & quod pro legatariis eos haberi reſcriptum eſt *in d. l. 13. Cod. h.t.* tum demum locum habere, ubi heredes ſcripti ſimpliciter vel ex partibus, adierunt hereditatem, quibus deficientibus, heredes ex re ſingulari ſcriptos, admitti. Tertia eſt ſententia diſtinguentium: quod aut deficiunt heredes ceteri ante mortem teſtatoris, & ipſi mortui aut alias effecti incapaces, aut demum poſt mortem teſtatoris. Illo caſu admitti qui ſcripti fuerunt ex re ſingulari, quoniam cum tempore mortis teſtatoris præcipue de jure teſtamenti quæratur, & hoc tempore nemo alius ſit heres, nec credatur teſtator ſine herede decedere voluiſſe, perinde habeatur, ac ſi ab initio illi ſoli heredes ſcripti fuiſſent: hoc autem caſu non admitti, quod cum tempore mortis ſint pro legatariis, & tempore mortis cedat dies legatorum hæc illorum conditio ex eo quod poſt accidit, amplius immutari non poſſit: quæ probabilior & mihi opinio videtur, vid. agentes de hac re Dd. *in d.l. quoties 13. C. h.t. Bart. & Salic nu. 10. Caſtrenſ. nu. 2. Iaſon. col. 5. in fin. Angel. Arretin. in §. ſed ſi quis infra quib. mod. teſtamenta infirm.* & quæ ad Fabrum ad l. patt. de error. pragm. tractavimus. Hæc de primo membro difformis inſtitutionis.

Alterum iſtius inſtitutionis membrum principale erat, quando quidam heredes ex partibus, quidam ſine partibus ſimpliciter ſcripti ſunt. Et tria membra hic rurſus ſubdiſtinguuntur: Nam quibuſdam adſcriptæ partes, aut ſunt infra aſſem,

aut

aut ſuperant aſſem, aut exæquant aſſem. Primo caſu jus liquidum eſt, ut quod ſupereſt, habeant ille vel illi qui ſine partibus ſcripti ſunt, ut docet *Juſtinian. §. ſi plures 8. verſ. partibus h. tit. poſt JCtum in l. item quod 17. in pr. D. eod.* Secundo caſu, eadem ratione habent ſine partibus ſcripti, quod deeſt dupondio, ad quem teſtator, plures faciendo uncias ultra aſſem tranſitum facere intelligitur voluiſſe, ut eſt *in §. etſi plures in pr. 10. h. t.* idemque in *l. Sabinus 18. D. eod.* Sin autem revocatur res ad aſſem, ſingulis, qui partes habent detrahenda eſt dimidia, quia ſcilicet, ut diximus, duæ unciæ in dupondio, faciunt unam in aſſe, verb. cauſa: ſi duo Titius & Mævius ſinguli ſcripti ſint ex unciis VIII. & Sempronius ſimpliciter ſine parte, ſiquidem dupondium facimus, Sempronius itidem VIII. uncias feret: ſin revocamus rem ad aſſem, ſinguli habebunt trientem & quatuor uncias hereditatis totius. Et ita in ſpecie *l. ex unciis 8. 7. h. tit.* ubi duo, unus, in VI. alter in VIII. unciis, tertius ſine parte ſcriptus eſt: facto dupondio hic X. ſed in aſſe V. uncias habet: ſingulis enim detrahitur dimidia, ita ut qui in dupondio ex partibus ſcripti habent XIV. uncias, in aſſe tantum habeant ſeptem. Nec diſſimilis eſt in tertio caſu ratio: quoniam qui aſſe integro expleto & XII. factis unciis, alium ſine parte ſcribit, iidem præſumitur tranſitum facere voluiſſe ad novum aſſem & ad dupondium, & proinde ſive unus ſive plures ſcripti ſine partibus ſint, in dupondio XII. uncias, in aſſe ſemiſſem, & ita dimidiam hereditatis totius habebunt: & hoc diſerte tradit *Juſtin. in §. ſi plures 8. verſ. ſi vero h. t.* ubi brevi quaſi manu, ait, aſſe toto completo, ſi qui ſine partibus ſcripti ſint, dimidium hereditatis habituros, & tantum ſcilicet, quantum hi qui partes adſcriptas habent, & in quorum perſonis as expletus eſt: itemque *in l. item 17. §. ſed ſi 3. h. tit.* aſſe expleto, ſine parte ſcriptum, in alium aſſem venire, ſcilicet facto dupondio, qui cum habet duos aſſes, quod in eo as unus eſt, in aſſe ſolemni eſt ſemis: & *in d. l. 17. §. 4.* duos ſine partib. ſcriptos in unum aſſem conjungi. Quid igitur ſi expleto dupondio, teſtator ſcripſerit 12. aliquem vel aliquos † ſine parte? Videtur huc referri poſſe, quod eſt *in §. etſi plures 10. verſ. idemq; h. t.*

Idem erit, ait Juſtinian. ſi dupondius expletus ſit: Et tamen proxime ante caſum proponit, non quo expletus as, ſed quo ſuperatus eſt: & ut ille verſ. ad valde illud remotum, quod eſt *in §. ſi plures 8. verſ. ſi vero*, (ubi de expleto aſſe agitur) referatur, tolerari vix poteſt, ut forte non abs re *ſit*, quod Hottomannus expletum *in d. §. 10.* accipit pro exſuperato. Sicut enim qui ſuperato aſſe, ſine parte ſcriptus eſt, habet quod dupondio deeſt: ita qui ſcriptus eſt ſine parte ſuperato dupondio debet habere, quod deeſt tripondio, ad quem tum teſtator tranſitum facere, & in XXXVI. uncias ſuam hereditatem intelligitur dividere voluiſſe. Et tamen eſt eadem ratio ſive expletum ſive ſuperatum dupondium ponamus, quia utroque caſu ad tripondium tranſitum facimus: ut proinde *in d. §. 10.* recte quoque verbum *explati* proprie accipi poſſit, ſicut & *in l. 17. §. 3. & 4. h. t.* Et eſt alias caſus hic, quo dupondio expleto alius ſine parte ſcriptus eſt, deciſus *in d. l. 17. §. ult. h. tit.* venire hunc non in alium aſſem, ſed in trientem. Nimirum negat eum venire in alium aſſem, eo ſenſu, quo in §§. præcedd. dixerat eum qui aſſe expleto ſine parte ſcriptus eſt, in alium aſſem venire, qui ſcilicet habet dimidiam hereditatem ceteroqui tripondio facto, in quo utique ſunt tres aſſes, & hic recte dicetur vocari in alium aſſem. Sed JCti noluerunt multiplicare nomina, & fere in dupondio ſubſtiterunt, ideoque JCtus *in d. l. 17. §. ult.* in propoſito caſu recta reſpondet, eum trientem habiturum, in tota videlicet hereditate, & re ad aſſem revocata. Quæ certiſſima ratio eſt, in qua miror turpiter adeo lapſum *Hottom. in §. etſi plures 10. h. t.* Negat ibi ſe poſſe excogitare rationem, cur qui duobus (v. c.) ſingulis ex aſſe ſcriptis, ſine parte ſcriptus eſt, debeat vocari tantum in trientem: Nam, inquit, ſi aſſe completo, qui ſine parte nominatus eſt, in alterum aſſem vocatur, reque ad unum aſſem revocata, ſemiſſem aufert; quid ni qui dupondio completo ſine parte ſcriptus eſt, eodem modo re ad aſſem revocata auferet ſemiſſem? Nihil hac argumentatione inſubtilius, & inſulſius. Et nimis craſſa & falſa opinio, eum qui dupondio expleto ſcriptus eſt ſine parte, in aſſe ſolemni ſemiſſem, & ita dimidium totius hereditatis, & tantum, quantũ habet, qui expleto aſſe ſine parte ſcriptus eſt, habere debere. Nihil eſt, quod rationi & proportioni magis repugnet & tamen ille tam indoctam opinionem pluribus proponit 18. *obſerv. 2.*, quod totum caput una litura delendum eſt. Et primo expreſſus eſt textus *in d. l. 17. §. ult.* quod hic de quo quærimus vocetur in trientẽ. Et impudens eſt emendatio, ut pro, *trientem* legamus *treſſem*: quin & hac admiſſa lectione, non poteſt juvari ſententia Hottomanni, quia aut intelligimus treſſem conjunctim pro tribus aſſibus, & manifeſto ſtolida eſt ſen-

ſententia vocari eum in treſſem : ita enim totum haberet: aut diſcretim , & pro tertio aſſe vel uno ex tribus & hic nimirum facit in aſſe trientem. Et ſicut dupondius ſignificat duos aſſes , & ſcilicet XXIV. uncias, ita treſſis ſive tripondius ſignificat tres aſſes & XXXVI. uncias, & vel hac de cauſa penitus inepta & vitioſa eſt illa lectio & corruptio Fr. Hotto. *in d. l.* 17. §. *ult. h. t.* Et quo plures portiones hereditatis facit teſtator , eo etiam minus in integra re ad aſſem revocata oportet habere ſingulos heredes: & proinde abſurdiſſimum eſt , ut qui poſt dupondium expletum ſcriptus eſt , ſine parte, tantundem habeat in hereditate , ac is qui ſcriptus eſt ſine parte poſt aſſem expletum, quoniam illic teſtator diviſit hereditatem in partes & uncias XXXVI. hic autem in XXIV. Itaque ſi dixerit, Titius ex XII. unciis heres eſto. Caius heres eſto, facto dupondio. Caius XII. uncias habet. Si dixerit, Titius ex XII. Seius ex XII. unciis heredes ſumpto. Caius heres eſto , facto tripondio , Caius itidem habet XII uncias quidem, ſed quæ in hereditate & aſſe ſolemni, non tantum faciant , quantum caſu priori: etenim rationis eſt apertæ, ut uncia in tripondio minor ſit quam uncia in dupondio, & hæc rurſus minor quam in aſſe, & ut ſup. diximus, in tripondio tres unciæ, in dupondio, duæ unciæ computantur pro una , ubi res ad aſſerem revocatur , itaque neceſſum eſt ut in poſteriori caſu Caius tantum habeat trientem in aſſe, in priori ſemiſſem. At ſecundum Hottom. opinionem, cum in poſteriori ſpecie ſinguli, Titius, Seius & Caius, habeant XII unciar, abſurdiſſime tantum tribuitur Caio, quantum duobus illis, Titio & Seio. Et turpitet labitur *d. lib* 8. *obſ.* 1. *Hottom.* in facienda reductione ad aſſem. Detrahit tantum Titio & Seio quibus ſingulis XII. unciæ adſcriptæ ſunt. & detrahit ſingulis V I. unc. & nihil detrahit Caio. Quod in manifeſto vitio eſt. Nam cum Caius intellectu juris utique partem habeat , ceteroquin ſuccedere non poſſet , oportet illum quoque pati proportionatam detractionem. Et hoc modo nimirum , ut gradatim primo tripondius ad dupondium , inde hic ad aſſem revocetur, & nimirum primo ſingulis detrahatur tertia id eſt IV. unciæ (ita enim fiet dupondius) mox ſingulis dimidia, & ita relinquatur as: in quo ſinguli habebunt trientem : quomodo ut fiat deductio ratio ea facit : quod . ut ſæpe diximus , tres unciæ in tripondio , duæ unciæ in dupondio, faciunt unam unciam in aſſe ; in quo iterum graviter offendit Hott. qui longe alia ratione ad dupondium , alia ad aſſem reducendi utitur , ut omni eum judicio hic caruiſſe appareat. Et porro, ſi Caio ſine patre poſt dupondium expletum ſcripto , ubi teſtator tripondium facere voluit, tribuas dimidium totius hæreditatis , quod vult Hottom. efficeretur neceſſario ut in tripondio habeat XVIII. uncias, quod abſurdiſſimum eſt, & implicat contradictionem cum jam XXIV. uncias expleverit teſtator, quibus ſi addas XII faciunt XXXVI. quarum tertia pars utique ſunt XII. quæ partem tertiam faciunt totius hæreditatis , & nimirum in aſſe trientem *dict. leg.* 17. §. *ultim. h. t.* Denique quæ ratio eſt ubi ſuperato dupondio , aliqui ſine parte ſcripti ſunt, eadem eſt, ubi ſcripti ſunt dupondio expleto, ut ſcilicet illi habeant quod ſupereſt de tripondio, hi alias XII. uncias in tripondio , ſicut quæ eſt ratio, ubi ſuperato aſſe quidam ſine parte ſcripti ſunt, eadem eſt, ubi ſcripti ſunt expleto aſſe : ut illic capiant quod deeſt dupondio , hic alias XII. uncias ſcilicet in dupondio ; neque vero fieri poteſt , ut XII. unciæ in dupondio tantum faciant, quantum XII. unciæ in aſſe. Siquidem as totus eſt in X I I. unciis; dupondius autem in XXIV. unciis: itaque in dupondio X I I. unciæ faciunt dimidium aſſis; Et ad hunc modum rurſus fieri non poteſt, ut XII. unciæ tantum faciunt in tripondio , quantum faciunt in dupondio ; quia XXXVI. unciæ faciunt tripondium , & proinde in tripondio X I I. unciæ faciunt tertiam partem aſſi , quæ eſt triens. Sed putet tot verba perdidiſſe , in confutanda tam inſulſa opinione. Facit tamen , aut autoritas , aut confidentia aut impudentia , & ignorantia quorundam , ut reperiant approbatores. Unum addo ſi teſtator v c. unum inſtituerit in XII. unciis, alterum in V I. ſive retinens has X V I I I. uncias, ſive faciens tranſitum ad dupondium & X X I V. uncias, ſive re ad aſſem revocata XII. uncias, ſemper effectu idem futurum ; primo caſu habebit uncias expreſſas ; altero caſu , prior XVI poſterior VIII. tertio, prior VIII. poſterior IV. uncias habebit : utique alter duas tertias, alter unam tertiam : qua in re lapſus eſt Faber hic. Hactenus totum hunc textum , & ſingulas eius partes explicavimus , additis quibuſdam , quæ connexio materiæ exigebat. Ceteroquin hoc textu in prin. proponitur regula , quod paganus pro parte teſtatus, & inteſtatus decedere non poſſit. Et fit ex accidenti & poſt facto , aliquando ob querelam inofficioſi, ut ex parte reſcindatur teſtamentum *leg. circa* 24. *de inoff. teſt.* Et tamen verum eſt tempore mortis in totum teſtatum fuiſſe.

Alium

Alium caſum ſingularem in pupillo, notavi ad *fin. pr. infra de pupill. ſubſtit.*

Unicum adhuc addendum eſt ad enumerationem partium in pr. §. *hæreditas 7. h.t.* vulgatæ editiones habent *ſeſcunx.* ſextans, &c. Vigl. pro *ſeſcunx.* legit *ſeſcuncia.* Sed ſufficit uncias ipſas poſuiſſe, nō etiam dimidiatas; & omnino illud *ſeſcunx* delendum eſt, quod nec extat in Florent. & Hal. editionibus in *l. ſervum 59. §. ult. h.t.* nec apud Theophilum, qui *imciam* poſuit: quod ipſum verbum rectius omittitur, ſicut in *d. l.* 50. quoniam in pr. §. dicitur hæreditatem dividi in XII. *uncias*: & rurſus cum in d. prin. bis fiat mentio *aſſis*, non eſt neceſſe, ut poſt *deunx* adjiciatur; *As*, quod etiam deeſt in emendationibus. Sed hactenus parum refert; ſive vercum *uncia* præmittamus, ſive etiam *Aſſis* verbum in fine ſubjiciamus; quam lectionem etiam Contius repræſentavit, & Hott. Porro aſſem eſſe nummi genus, hic autem pro ſolido, quod in XII. partes diſtribuatur, ſumi; omnes notant; & vulgatum eſt, & ex iis quæ Budæus de aſſe, Voluſ. Mæſ. & Varro d. L. L. ſcribunt, notiſſimum.

TEXTVS.

6. Hæres & pure & ſub conditione inſtitui poteſt: ex certo tempore, aut ad certum tempus non poteſt, veluti, poſt quinquennium quam moriar, vel, ex Calendis illis, vel, uſque ad Calendas illas heres eſto. Denique diem adjectum haberi pro ſupervacua placet, & perinde eſſe ac ſi pure hæres inſtitutus eſſet. Impoſſibilis conditio inſtitutionibus, & legatis nec non in fideicommiſſis & libertatibus, pro non ſcripta habetur. Si plures conditiones in inſtitutionibus adſcriptæ ſunt, ſiquidem conjunctim, eſt omnibus parendum; ſin ſeparatim: veluti, ſi illud, aut illud factum fuerit: cuilibet conditioni obtemperare ſatis eſt.

COMMENTARIVS.

1 *Liberi an & ſub qua conditione inſtitui poſſint.*
2 *De impoſſibili conditione.*
3 *Conditio impoſſibilis jure.*
4 *De die certo & incerto.*
5 *Ad l. extraneum 9. C. h.t.*

INſtitutio, aut eſt pura, aut aliquo adjecto qualificata; cujuſmodi multa ſunt quæ adjici poſſunt, dies, conditio, modus, cauſa, &c. Hic de die & conditione tantum agitur. Conditio eſt vel poſſibilis vel impoſſibilis. Illa poteſt diſtingui in mixtam & ſimplicem: quæ eſt vel caſualis tantum vel poteſtativa tantum. Et poteſtativæ quidem, implendæ, & iis parendum eſt, caſuales expectandæ ſunt, hoc tit. ex *verſ. ſi plures* cujus verba, *parendum eſt, obtemperare* proprie competunt conditioni poteſtativæ: licet procul dubio idem ſit in caſuali, quæ & ipſa utiliter adjicitur, nec detrahitur; præterquam in filiifam. perſona, qui 1 ſub † conditione caſuali male inſtituitur, quia deficiēte cōditione reperitur præteritus; itaq; recte tum demum inſtituitur ſub conditione cauſali, ſi in contrarium eventum fuerit exhæredatus *l. 4. 5. & 6. & l. jam dubitari 86. h.t.* Ceteroquin teſtamentum nullum eſt: Atque ita olim in filio tantum obtinebat, non in ceteris liberis, quippe, qui nec præteriti teſtamentum faciebant nullum, ut diximus *adpr. tit. prec.* ſed Juſtinianus omnes liberos in poteſtate exæquavit §. *ſed hæc 5. d. tit.* Communius tamen putant Dd. hodie ſi filius ſit inſtitutus ſub conditione cauſali, teſtamentum non eſſe nullum, ſed conditionem poteſtate juris detrahi uſque ad legitimam, quæ nullam moram & gravamen ferre poteſt, ex *l. quoniam 32. Codic. de inoff. teſtam.* eoque communis eſt opinio Dd. teſte *Ias.* qui eandem probat in *l. 4 Cod. de inſtit. & ſubſtit.* Sed falluntur & errant. Eo enim loco & ſi, qui ſunt ſimiles, agitur de caſu, quæ quæritur, de querela inofficioſi, & de caſu adeo filii exhæredati. Et nimirum ita olim jus erat, ut filius etiam optimus exhæredari à patre poſſet, ut nec querelam haberet, modo pater ei legitimam dediſſet, de quo *infr. tit. 18.* Quam legitimam Juſtin. voluit habere filium plenam & ſine ullo onere & mora: ſed poſt *Nov. 115. cap. 3.* conſtituit, ut omnino neceſſum eſſet filio dari legitimam titulo inſtitutionis, de quo *dicemus d. tit. 18* Hoc utique Juſtin. ubique egit, ut conditionem liberorum meliorem faceret: itaque hodieque nullum erit teſtamentum, in quo filius inſtitutus eſt ſub conditione caſuali. Poteſtativa autem conditio recte adſcribitur etiam liberis in poteſtate: ſed utique ſi v. c. in dando conſiſtat, tum demum verum erit quod Dd. volunt, eam detrahi, ſi qualecunq; etiam præjudicium inferat legitimæ, adeo & tunc, ſi talis ſit, quæ ſumptus requirat, nihil enim in fraudem & præjudicium legitimæ fieri poteſt. Hæc de conditione poſſibili. Impoſſibilis

† con-

Digitized by Google

2 conditio † dicitur esse cui natura impedimẽto est, 6. *si impossibilis* 10. *de inutil. stipul.* Sed docendi gratia latius accipi & ita distingui potest, & solet, quod sit impossibilis natura vel jure. Illa rursus subdistingui potest, quod sit vel simpliciter talis, veluti si mare ebiberis, si cœlum digito tetigeris, vel per se quidem possibilis, sed propter conditionem sive circumstantiam v. c. temporis fiat impossibilis natura, veluti monumentum facere, servos dare per se possibile, imo potestativum est, sed si adjectum sit tempus nimis breve, & brevius, quam ut (ubi scilicet servi longe absentes sunt) fieri intra illud possit, fit conditio impossibilis; veluti si monumentum intra triduum feceris, si servos, qui Carthagine sunt, (cum hæres Romæ esset) intra triduum dederis *l. si quis ita 6. de condition. inst. l. si mihi* 12. §. 1 *de legat.* 1. Et hæc quoque conditio utitur eo jure, quo simpliciter impossibilis, ut videlicet ipsa detrahatur & vitietur, & institutio maneat pura, dictis textibus. Et huc etiam referri potest conditio, quam appellant Interpretes impossibilem, propter perplexitatem, quæ facit, ut exitum reperire res non possit, ut in specie *l. si Titius* 16. *de condit. instit.* Sed ea diverso jure utitur, quam ille priores: etenim inutilem institutionem facit, ut est in *d. l.* 16. Alia etiam conditionis ejus ratio est, quam personæ qualitas facit impossibilem, veluti si quis hac lege servum manumiserit, si millies dederit hæredi, quomodo libertas dicitur data inutiliter, & ita vitiatur datio. *leg. si hæres* 4. §. 1 *de statu liber.* & est ista potius difficultas quam impossibilitas. Quid autem si legaverit vel instituerit ita testator, si montem aureum dederis? Angel. in §. *impossibilis in fin. h. t.* distinguit an testator cogitarit de monte aureo naturali, an artificiali. Illo casu detrahi conditionem & valere institutionem, quoniam naturali talis mons nullus est; hoc casu institutionem vel legatum vitiari. Sed contrarium verius puto; nec enim quisquam mortalium tantum auri coacervare possit, ut ex eo liquefacto, (ut ipse loquitur Ang.) conficiatur mons. Viglius putat intelligi posse montem, qui habeat venas auri. Sed illesane inepte dicatur mons aureus; quod si probetur; testatorem de tali monte sensisse, facile concedam, conditionem implendam, aut nullam institutionem fore. Hujusmodi conditiones appellant Interpp. Impossibiles de facto, & illas quoque quæ sunt in *d. l.* 16. *de condit. instit.* & *d. l.* 12. §. 1. *de legat.* 1. & conditionibus natura impossibilibus opponunt. Sed non recte satis; siquidem & ista propter impossibilitatem facti, natura impossibiles sunt, & rursus quæ sunt impossibiles natura, utique de facto sunt impossibiles. Supereſt

3 conditio † impossibilis jure, quæ ita dicitur ex *l. filius* 15. *de condit. instit.* ubi JCtus ait, quæ honeste fieri non possunt, ea intelligi nec facere nos posse. Et de hac quoque communissime Interpp. tradunt, idem juris esse, quod in impossibili conditione natura, ut scil. conditio rejiciatur salva institutione, & hoc indubitatum esse, ait Mynſ. hic, ex hoc loco, quem non dubitat pariter de conditione impossibili jure, quæ turpis dicitur, accipiendum esse. Sed nimis leve istud est argumentum; cum nusquam alibi jure nostro turpis conditio dicatur esse impossibilis; ut proinde recte hic locus accipiatur, de conditione quæ natura est & de facto impossibilis, sicut & de ejusmodi conditione tantum, loquitur §. *si impossibil.* 10. *infra de inutil. stipulat.* Et facit contra hanc opinionem istud argumentum, quæ conditio adjecta, filii institutionem facit nullam, ea sane non detrahitur, quia si detraheretur, valeret institutio; nec dubium est, quod si filius instituatur hoc modo, si ebiberit mare, vel, si digito cœlum tetigerit, non irritari institutionem. Atqui si institutioni filii adjiciatur conditio turpis, institutionem vitiari responsum est, in *dict. leg. filius* 15. *de condit. instit.* Ergo &c. Sed rursus pro communi illa Dd. opinione facit; quod est in *l. conditiones* 9. *de cond. inst.* conditiones remitti, quæ sunt contra mores bonos. Et respondet *Angel. ad d. l.* 15. *de condit. instit.* quod ibi in forma substantiali peccet dispositio, quia constitutum sit, ut filius non nisi sub potestativa conditione institui posset. Sed efficeretur ita, ut hæc quoque institutio filii, si digito cœlũ tetigerit, si nulla, quod puto esse falsum. Existimo hactenus jure eodem esse utramq; conditionem, & quæ jure & quæ facto, vel natura impossibilis est quod utrobique hæres consequitur hæreditatem, sed, ut hæc ipsa potestate juris detrahatur, & habeatur pro non adjecta; illa autem remittatur, juxta *d. l.* 9 *de condit. institut.* quandoquidem revera impleri potest, sed à jure reprobatur, ne impleatur, sicut conditionem quoque jurisjurandi prætorem remittit *l. qua sub* 8. *de condit. institut.* Ut autem valeat filii institutio, remitti non satis est cõditionem, sed pro nulla potestate juris eam habere oportet. Remitti enim, hoc infert, potestate ipsa juris non detrahi conditionem, nec haberi pro non adscripta; & ob id institutionem filii sub tali conditione, quæ pro potestati non habetur,

tur, nullam esse consequitur. Atquin cur conditio impossibilis vitiatur, & non vitiat institutionem, cum tamen vitiet contractus & conventiones? §. *si impossib.* 10. *inf. de inutil. stipulat. l. impossibilis* 7. *de V. O.* Ratio differentiæ vulgo traditur, quod contrahentes sub eiusmodi conditione ludere & jocari videantur: quod non præsumitur facere, qui solus & tam solemniter condit ultimam voluntatem, cui magis adsistunt & favent jura, ut habeat exitum: quod præsertim alias toto testamento corruente, multa recte & bene constituta everterentur.

Hæc de conditione. Sequitur de die, qui vel est † certus † vel incertus. De certo die agit Justin. hoc loco in *hæ.* de quo respondet, hæredem ex certo tempore, aut ad certum tempus institui non posse, sed explicat mox in *f.* §. quomodo hoc intelligat, nimirum non quod institutio sit nulla, sed quod sicut conditio impossibilis, ita & dies certus detrahatur, & sit pro non adjecto, potius quam ut pereat ultima defuncti voluntas. *h.* §. *& l. hæreditas* 34. *D. eod.* Et igitur sive dies adjectus sit tamquam terminus ad quem, vel tamquam terminus à quo: Communis utriusque ratio est, quod sicut extra militem nemo pro parte bonorum, ita nec pro parte temporis testatus & intestatus decedere potest: quam rationem communissime reddunt Interpp. hic, eoque genere argumentandi utitur ipse JCtus in *l. miles ita* 41. *in fin. princ. de milit. testam.* Propria ratio prioris est, quia nemo jure nostro hæredem ad tempus habere potest, & semel hæres perpetuo manet hæres, *l. ei qui* 88. *h.t. l. ait* 7. §. *sed quid* 10. *inf. de minorib.* & admisso alio hærede post tempus, tum circa solutionem æris alieni, tum alia sequutura essent incommoda. Posterius membrum, plusculum videtur habere dubitationis, siquidem non minus, ubi sub conditione facta est institutio, interim ea pendente, nullus est hæres. Verum hæc differentiæ ratio solet reddi, quod conditio quandocunq; exsistens retrotrahitur *l. necessario* 8. *in princip. vers. quod si pendente de pericul. & commod. rei vendit. l. potior.* 11. §. 1 *qui pot. in pign.* at non ita dies, quem cum expresse adjecerit testator, & ante eum voluerit esse hæredem, & non detracto amplius impediretur, illa quam jus requirit coniunctio temporis quo adita est hæreditas, cum tempore quo testator mortuus est. Et porro dies non suspendit juris effectum, sed tantum executionem: adeo cum certum sit, diem exiturum, (quod in conditione secus est,) potius statim admittendus est scriptus hæres, ne dies operetur præter & contra suam naturam, ut etiam disputat *Gomez. 1. l. resol. 2. num.* 8. Facit, quod si institutio ex die certo valeret, interim deferretur hæreditas ex Lege argument. *l. miles* 41. *in princip. de milit. testam.* & post ex testamento; quod ratio juris non patitur. Quid autem si testator ita disponat; Titius hæres esto usque ad Calend: Junias, postea Cajus hæres esto? Ut hic post illum hæres fiat, & ille tum hæres esse desinat, ratio juris non patitur. An igitur dicemus, Caium inutiliter adjectum, & Titium solum hæredem esse? Atquin utriusque & Titii & Caii par ratio est, & ut ordini scripturæ tantus effectus tribuatur, vix potest. An inducimus fidei commissum, ut Titius videatur rogatus restituere hæreditatem Cajo post illud tempus? quæ est sententia Baldi in *l. extraneum num. 2. Codic. h. t.* sicut & si quis instituerit hæredem usque ad tempus & post hæredem esse vetuerit, tantum fideicommissum admittit *Gomez. 1. var. res. 2. num.* 10. ut censeatur rogatus hereditatem restituere proximis ab intestato, veluti sup. diximus, ubi testator prohibuit jus accrescendi. An potius & Titio & Cajo detrahimus tempus, ut uterque in hæreditate concurrat, quæ est sententia *Bart. in l. hereditas* 34. *h. t. Salic. in d. l. extraneum C. h. in* 5. *& probat. Ioh. Fab. hic.*

Hæc de die certo. Dies incertus tripliciter dicitur. 1 An & quando sit extiturus, veluti, cum uxorem duxerit, cũ consul factus erit, & hic dies omnimodo pro conditione est *l. si dies* 21. *in pr. quand. dies leg. cod.* 2. An sit exiturus, veluti cum pubes erit, quia potest ante pubertatem mori, eoque & hic dies pro conditione est, *d. l.* 21. *in pr.* & proinde & hic & ille dies recte adjicitur institutioni, nec detrahetur. 3. Quando sit exiturus, veluti, *cum quis moritur*: certum enim est, moriturum, sed incertum, quando; & hic communius distinguunt Dd. quod aut dies hæc adscripta est in persona tertii: veluti *cum Caius morietur, Titius heres esto*: vel ipsi heredi, Titius, cum morietur, heres esto. Illic dies † quoq; † pro conditione est quia potest præmori Cajus, de quo casu potest accipi *l. extranei* 9. *Cod. h. t.* si retenta particula *Quis* legimus. Extraneũ cũ quis (tertius scilicet) moreretur, heredem instituí posse: Ceterum inducta illa particula, pertinebit ille textus ad posterius membrum, quo quis institutus est cum ipse morietur: Improbabilis enim plane est explicatio Viglii ad hunc locũ; testatorem posse sibi scribere heredem cum ipse (scilicet testator) moritur: ut hic sit sensus non tantum eum qui sano est corpore sed etiam moriturum heredẽ scri-

gitized by Google

bere ſibi poſſe. Et vero aut accipimus & intelligimus ægrotantem tantum, & ſtulta prorſus eſt ratio dubitandi: aut jam animam agentem, & falſum eſt, quod hic poſſit teſtamentum ſibi facere; & in noto jure, verba, *cum morietur*, ipſum punctum moriendi ſignificant, poſito autem hoc caſu, quo heres ita ſcribitur *Titius cum morietur, heres eſto*: quæritur, an Titius pure ſit heres: & detrahitur dies, an vero demum ſit heres, cum morietur. Pro illa ſententia facit, quod cum omnino certum ſit, Titium moriturum, fruſtra expectamus eventum & caſum mortis. Pro hac facit, quod ſimpliciter ſcriptum eſt, diem incertum in teſtamento facere conditionem *l. dies* 75. *de cond. & dem.* & nominatim quod hic dies incertus, *cum heres morietur*, faciat conditionem, probat *l.* 1. §. *d t.* ſed obſtat poſteriori explicationi, quod cum nemo poſſit adire hereditatem ante conditionem exiſtentem, cum nec-dum hereditas delata ſit, non apparet prorſus, quomodo quis ipſo puncto mortis adire poſſit hereditatem. In quo diverſa obligationis ratio, quæ recte concipitur in caſum quo moriturus eſt creditor vel debitor §. *ita autem* 14. *infr. de inutil. ſtip.* quia nihil præterea requiritur, quam ut obligatio purificetur per exiſtentiam conditionis: atquin hic, ut diximus amplius requiritur ut hereditas adeatur, neque heredem facit nuda conditionis exiſtentia, & explicatio Azonis quem refert hic Faber, ut intelligatur, cum erit in lecto mortis ægrotus, repugnet notiſſimo uſui juris. Video Ang. & Fab. hic: & Dd. in *d. l.* 9. *C. h. t.* magis probare, ut dies detrahatur; nec abſurdum ſit, limitare hactenus *d. l. dies* 75. *de cond. & dem. & d. l.* 1. §. 1. *eod. tit.* quæ loquitur de legato, Titius heres cum morietur Caio decem dato: ubi quia poteſt præmori Caius, legatum habere intelligitur conditionem. Sed etiamſi legetur Titio cum morietur, pro conditione erit; quia nihil hic amplius requiritur, niſi ut moriatur Titius, ut tranſmittatur legatum: quæ res etiam utiles facit huiuſmodi conventiones: quod ſecus eſt in inſtitutione heredis. Et in die quoque certo alia legati, alia inſtitutionis ratio eſt: quoniam de hac detrahitur dies certus, ſed non de illo, & omnino ante diem legatum efficaciter non debetur nec peti poteſt *d. l.* 1. *de cond. & dem. d. l.* 21. *Quand. dies leg. ced.* Illa ſingularis ſpecies eſt diei incertæ, Titius heres eſto *cum capere poterit l. in tempus* 62. *h. t.* quod tamen recte explicare & limitare videtur Angel. hic ut procedat quando incapacitas eſt ſolum ex parte inſtituti, non etiam ſimul ex parte teſtantis: ex quo probat non poſſe inſtitui à patre filium ſpurium. Id enim fieret in fraudem legis.

In inſtitutionibus & legatis.] Cõparantur iſta quoad conditionem: nam ut diximus, quo ad diem diſpar ratio eſt, qui non detrahitur de legatis.

Omnibus parendum eſt.] Accuri hoc reſtringit ad conditionem poteſtativam: ſi plures ſint caſuales, licet conjunctim, putat ſufficere, extitiſſe primam: ſed recte reprobatur ab omnibus: hactenus enim diverſitatis ratio dari non poteſt: ſive ſint omnes poteſtativæ: ſive omnes caſuales, ſive alia poteſtativa alia caſualis, quale exemplum proponit Theophil. Nec juvat eum *l. ſi plures* 17. *de condit. inſtitut* quia loquitur de pluribus inſtitutionibus, ut non poſſint non eſſe diſjunctim adjectæ conditiones; poteſt enim teſtator in diverſis partibus teſtamenti ſæpius eundem inſtituere, ut & Vigl. notat. Illud vero huic loco non obſtat, quod negantur actus legitimi recipere conditionem *l. actus* 77. *de Reg. jur.* vel quia lectio loci eius dubia, nec ſatis exploratum eſt, quod nullus actus legitimus conditionem admittat, vel potius quia aditio quidem hereditatis actus legitimus eſt, non vero etiam inſtitutio heredis.

TEXTVS.

In quos umquam teſtator vidit, heredes inſtitui poſſunt; veluti ſi fratris filios peregrinantes, ignorans qui eſſent heredes inſtituerit, ignorantia enim teſtantis, inutilem inſtitutionem non facit.

COMMENTARIVS.

RAtionem dubitandi notant, quod hereditas detur ob bene merita *l. nec adiecit* 9. *pro ſoc.* Sed levis ratio eſt, & liberum habet hic teſtator arbitrium; & in terminis huius §. cognationis ratio movit teſtatorem.

Peregrinantes.] Alii malunt, *peregrinatos*: atque ita manuſcriptos habere ait Hottomannus quod & teſtatur Contius. Addit Hottoman. cum iſta lectione conſentire Theophilum. Sed imponit lectori. Ita enim habet Theoph. ἐν ἀγνοίᾳ ὄντων, quod utique non ſignificat peregre natum, ſed peregre & in natione peregrina agentem & verſantem. Itaque unice miror, quod Contius. & ex eo Pacius, ex Theophilo, citatis etiam his ipſis jam relatis verbis confirmant legendum eſſe, *peregrinatos*, quod ſane ignorantiam Græci ſermonis aut inſignem oſcitantiam

Digitized

tiam ſapit. Plane apparet peregrinantem, diverſum eſſe à peregrino, qui opponitur civi, & heres inſtitui non poteſt.

AD TITVLVM XV.

LIBRI SECVNDI Inſtitutionum.

DE VVLGARI SVBSTITVTIONE.

TEXTVS.

Poteſt autem quis in teſtamento ſuo plures gradus heredum facere: ut puta, ſi ille heres non erit, ille heres eſto: & deinceps in quantum velit teſtator, ſubſtituere poteſt: ut noviſſimo loco in ſubſidium, vel ſervum neceſſarium heredem inſtituere poſſit.

COMMENTARIVS.

EST ex *l. poteſt.* 36. *D. de vulg. & pup. ſubſt.* Interpretes ſubſtitutionē primo dividunt in directam & fideicommiſſariam: Et ſane non uno loco dicitur ſubſtitutus, cui per fideicommiſſum alius quid reſtituere juſſus eſt *l. Titia* 87. §. *Seia* 2. *de leg.* 2. *l. heredes* 57. §. 1. & 2. *ad Treb. l. coheredi* 41. §. *quid ſi* 3. *l. generaliter* 6. *C. de inſtit. & ſubſt. l. ſi legata* 6. *C. de leg. l. ſi ſervus* 50 *de legat.* 2. *l. ei cui* 10. *de mort. cauſ. dom* de fideicommiſſis agitur *inf. h. lib.* Hic autem de directa & heredis ſubſtitutione agitur. Quæ ſolet definiri, ſecundi heredis inſtitutio: (hoc enim verbum in genere ſubſtitutionem quoque comprehendit hoc ipſo *textu inf. l. ex facto* 43. § 1. *h. t.* vel ſimpliciter. inſtitutio ſecunda: ſcilicet, non ordine, ſed gradu, quomodo hic loquitur Juſtin. poſſe teſtatorem plures gradus heredum facere: ubi obſervandum interim, (de quo pluribus *tit. ſeqq* agemus,) pupillarem ſubſtitutionem ſolam in ſe conſideratam (quippe quæ etiam recte ſit exheredato) non eſſe revera ſecundam inſtitutionem, quippe, qua quis non ſibi ſed filio facit heredem. eo effectu, ac ſi ipſe filius teſtamentum feciſſet. Et porro dicitur ſecundi heredis inſtitutio, licet quarto vel ulteriori gradu facta ſit: vel ſicut ſecundæ nuptiæ dicuntur omnes poſt primas: vel ratione ordinis in ſuccedendo, & ſubſtitutus qui admittitur, ratione prioris deficientis ſemper eſt ſecundus. Vulgaris ſubſtitutio dicitur, quia fit vulgari formula, *ſi Caius heres non erit Titius heres eſto*: fit vulgo & paſſim, & quidem cuivis: quod in pupillari ſecus eſt, Ait Juſtinianus.

In teſtamento.] Eſt enim ſubſtitutio, ut diximus, inſtitutio heredis: itaque non recte fit in codicillis. In iis tamen factam ad fideicommiſſum trahi, & rogatos videri heredes ab inteſtato, ut reſtituant hereditatem ſubſtituto per *l. illud enim* 13. §. 1. *de inv. codic. & l. Scævola* 76. *ad SC. Trebell.* nec enim idonea ſatis videtur hic differentiæ ratio inter ſubſtitutionem pupillarem & vulgarem: & facit à contrario ſenſu *l. fin. C. de codicill.*

Noviſſimo loco ſervum.] ut in omnem eventum ſit teſtatus: quia ſervus non poteſt repudiare hereditatem, ſed neceſſarius eſt. Quid autem ſi medio loco ſubſtituat ſervum? Et ſiquidem ſervum tangat ordo, & hic neceſſarius heres eſt, non poteſt utilis eſſe ſequens ſubſtitutio. Sed poteſt ſervus alienari aut manumitti antea: quibus caſibus dominus aut ipſe manumiſſus poſſunt repudiare hereditatem. Sed & licet ſervus in eadem cauſa maneat, poteſt tamen præmori: & caſus *ſi heres non erit*, & voluntatis, ut ita loquar, & impotentiæ caſum comprehendit. Et proinde non protinus per dationē ſubſtituti neceſſitas remiſſa intelligitur: niſi forte expreſſe adſcripſerit, *ſi heres eſſe voluerit*, nam & in ſuo hoc modo, ut nec jure civili ſit neceſſarius heres, tolli neceſſitatem, probat *l. verba* 12. *de condit. inſt.*

TEXTVS.

2. Et plures in unius locum poſſunt ſubſtitui, vel unus in plurium, vel ſinguli in ſingulorum, vel invicem ipſi, qui inſtituti ſunt heredes. Et ſi ex diſparibus partibus heredes ſcriptos invicem ſubſtituerit, & nullam mentionem partium habuerit in ſubſtitutione, eas videtur in ſubſtitutione partes dediſſe, quas in inſtitutione expreſſit: & ita D. Pius reſcripſerit. Sed ſi inſtituto heredi, coherede ſubſtituto dato, alius ei ſubſtitutus fuerit, divi Severus & Antoninus ſine diſtinctione reſcripſerunt, ad utramq; partem ſubſtitutum admitti.

COMMENTARIVS.

AVT ipſi heredes inſtituti ſubſtituūtur, aut alii, qui caſus quatuor in univerſum membra habet,

bet: quod aut ſubſtituuntur ſinguli ſingulis, aut plurib. plures, (qui caſus utpote cuius eadem ratio cum illo, hic omiſſus eſt) aut unus plurib. aut plures uni. Neque dubium eſt, quin ſecundum naturam & rationem ſubſtitutionis omnibus caſibus iſtis oporteat prius defectos eſſe primo gradu inſtitutos, ut ſubſtitutis locus fiat. Et igitur locū huc quoq; habebit, ubi in plurium locum unus ſubſtitutus eſt, veluti, Titius & Caius heredes ſunto. Si heredes non fuerint, Sempronius heres eſto: locus non fiet Sempronio, niſi & Titius & Caius defecerint, alterutro autem tantum deficiente, alter totū habebit, nec locus erit ſubſtituto. Et quid igitur eſt quod Juſtin. ſcribit in *l. pen. Cod. de impub. & al. ſubſt.* dubitatum apud veteres fuiſſe in hac ſpecie, *Titius & Caius liberi mei heredes ſunto, ſi uterq; impubes deceſſerit, Sempronius heres eſto*, an Sempronius demum poſt mortem utriuſque admittatur, an ſtatim uno mortuo in illius locū ſuccedat: cum prius illud procul dubio ante obtinuerit, & non obſcure deciſum ſit in *l. quamvis 4. C. eod. tit.* Non infrequens eſt Trib. dubitationes fingere tales, & impurare veteribus, quæ tamen haud ullæ fuerunt umquam. Porro ex inſtitutis heredibus, (qui alter principalis caſus erat) aut unus tantum coheres eſt ſubſtitutus coheredi: aut coheredes invicem ſubſtituuntur: quā ſpeciem ſubſtitutionis reciprocam vocat JCrus in *l. 4. § 1. h. t.* Dd. breviloquam vocant; ſed eſt ea non nova ſubſtitutionis ſpecies, verum forma & modus ſubſtituendi, quæ & vulgari conſtitutioni cōvenit & pupillari *l. 4. § 1. h. t.* & non immerito improbat Vigl. hanc appellationem, cum & pluribus verbis fieri poſſit, ut & proponitur à Theophil. & breviloquum idem ſignificat quod compendioſū: cum tamen ſubſtitutio quam vocant compendioſam Dd. plurimum differat à reciproca, ut apparet ex *l. precibus 8. C. h. t.* in qua illam compendioſæ ſpeciem quærunt Dd. Et poteſt teſtator eaſdem partes in ſubſtitutione quas in inſtitutione expreſſit, ſervare, aut alias partes facere in ſubſtitutione. Quod ſi nihil in ſubſtitutione de partibus expreſſerit, eaſdem in ſubſtitutione partes voluiſſe ſervare intelligitur, quas dedit in inſtitutione, ut docet *Iuſt. hoc text. §. Et ſi ex l. ſi in 5. & l. ſi plures 24. D. eod. l. 1. C. eod.* Et eſt huic tractationi locus non ubi duo tantū inſtituti ſunt deficiente n. altero, alter qui ſupereſt neceſſario totum habet, ſed ad minimum tres, & hi invicem ſubſtituti: ut in ſpecie quam Ulp. proponit in *d. l. 24. h. t.* ſi unus ex uncia, ſecundus ex octo unciis, tertius ex quadrante inſtitutus, & ipſi invicem fuerint ſubſtituti, deficiente tertio, dividitur quadrans qui vacat, in novem partes, quarum una ad primum, octo pertinent ad ſecundum, qui in hereditate tota octo habet uncias: adeo fit diviſio pro partibus hereditariis, non autem in partes viriles niſi ſubſtitutio non ſub appellatione heredū, ſed propriis nominibus facta ſit, ut notant Dd. *argum. l. nonnunquam 24. ad Trebell. & l. ſi heredes 24 de legat. 1. fac. l. ſi communis 37. de ſtip. ſerv. l. ita liber. 8. de ſtatu lib.* de quo plenius Vigl. hic, qui putat ſatis inde colligi voluntatem teſtatoris: quæ tamen evidens requiritur in *l. ſi plures 24. h. t.* Et ſane vix eſt, ut non neceſſum ſit in ſubſtitutione exprimere nomine appellativa heredum: itaque ne eludantur textus, in dubio dabimus partes hereditarias: & textus citati à Viglio & aliis diverſos caſus tractant. Hæc de mutua ſubſtitutione heredum & reciproca. Ad alteram ſpeciem ubi citra reciprocationem coheredi ſubſtituitur coheres, pertinet, quod eſt in f. hujus in §. *ſed ſi 3. h. t.* Teſtator cum Titium & Caium heredes feciſſet, & Titium ſolum Caio ſubſtituiſſet, *ſi Caius heres non erit, Titius heres eſto*, porro Titio alium ſubſtituit, ſi Titius heres non erit, Sempronius heres eſto: deficiente Titio dubitari poterat, an pars accreſceret coheredi Caio, an pertineret ad Sempronium jure ſubſtitutionis: quod affirmatur: ſed non eſt ille caſus *d. § 3.* in quo ait Juſtinian. Sempronium admitti ad partem utriuſque, Titii & Caii, utroque ſcilicet deficiente. Verum non videbatur ratio dub. quippe deficientis Caii pars procul dubio accreſcit Titio, qua de cauſa totum jure ſubſtitutionis haud dubie capiet Sempronius. Sed nimirum non accreſcit niſi ei qui adivit, & aditione expirat ſuſtitutio vulgaris. Itaque ponendum eſt à neutro factam adītionem, & ubi prior ſubſtitutus coheredi, Titius defecerat ante coheredem, videbatur res redire ad cauſam inteſtati: cuius contrarium reſpondetur in *d. § ſ. h. t. l. ſi Titius 27. l. coheredi 41. in pr. h. t.* ex hoc procul dubio fundamento, quod ſubſtitutus coheredi, qui ſuo coheredi ſubſtitutus erat, videtur utrique ſubſtitutus fuiſſe: itaque conſequens eſt Sempronium hunc utriuſque partem jure non accreſcendi ut putat Faber, ſed jure ſubſtitutionis habere: cum & in *l. ſi Titius 27. h. tit.* in utramque partem ſubſtitutus dicatur, quam opinionem communiter receptam latius confirmat Vigl. hic, & effectum quoq; huius rei docet n. 4. poſt Fabrum; & elegans eſt differentia in *l. ſi ex plurib. 9. de ſuis & legit.* quod jus adcreſcendi ſequitur portionem adquiſitam, etiamſi qui eam agnovit

vit decesserit: sed substitutione ficus institutione defertur hereditas vel pars, nec adeo sine nova adquisitione: facit *l. qui patri 59. de adq. hered.* Ait porro Justin. admitti Sempronium ad utriusque partem *indistincte*, quod explicandum est ex *d. l. 41. in pr.* ubi dicitur, quod jam retulimus, non interesse, an prior substitutus post coheredem suum an ante decedat: potest intelligi & ea distinctio remota, quæ est in *d. l. 4 1. in pr.* an Sempronius substitutus sit Titio, antequam hic substitueretur Cajo coheredi suo, an post: itaq; non videtur Justin. respexisse ad illud, quod Hottom. explicando hoc verbum scribit, sive Titius institutionem solam, sive & institutionem & substitutionem mortuo Cajo sibi competentem repudiarit. Huic tamen sententiæ, quod substitutus admittatur ad utramque partem indistincte, sive prior substitutus ante institutum an post decedat, ut est in *l. coheredi 41. in pr. h. t.* non leviter adversari videtur *l. qui habebat 47. h. t.* ubi ex eo quod prior substitutus prior decessit, respondet Scævola, licet post institutus decedat, secundum substitutum non admitti. Communiter ponunt, in ea specie primum substitutū decessisse jam puberem, itaque finitam substitutionem. Sed præterquam, quod in Flor exemplaribus legitur, filium primo substitutum decessisse impuberem, (quamvis responderi possit cum Ac. dici impuberem non ratione temporis quo substitutio facta erat) substitutio quoque altera non est concepta in casum quo filia impubes decesserit; sed si antequam nuberet: nisi quis nubiles annos intellectos putet. Viglius putat dici posse, quod distinctio illa, an prius decesserit prior substitutus nec ne, fuerit quidem Scævolæ, qui antiquior est, sed improbata post à Papiniano & Impp. Verum ita socordiæ arguuntur compilatores. Existimat tamen posse responderi aliter, & nimirum quod rescriptum Impp. loquatur de utraque parte unius hereditatis, at in *d. l. 47. h. t.* agitur de duabus hereditatibus: nec temere rescripta in singulari casu producenda sunt ad consequentias. Ego etiam putarim diversum esse in substitutione pupillari, quæ contra rationem juris admissa est, ut quis alii faciat heredem: itaque substitutio talis stricte accepta videtur, ut non protinus censeretur substitutus pupillo, qui substitutus est pupilli substituto: quod facilius admissum est in substitutione vulgari: in hoc enim fundatur decisio § 3. *h. t.* quod substitutus Titio, qui substitutus est Cajo coheredi, videatur etiam ipsi Cajo substitutus. Videndū etiam an non rationē quoq; differentiæ faciat, quod in *d. l. qui habebat 47. h. t.* non substitutus est pupillo coheres, ut proponitur in §. 3. *h. t. & in l. 27. & 4. eod.* sed filia exheredata: ut difficilius sit, eos porro qui substituti sunt filiæ exheredatæ, censeri quoque substitutos filio pupillo instituto.

TEXTVS.

Si servum alienum quis patremfamil. arbitratus, heredem scripserit, & si non esset heres, Mævium ei substituerit, isque servus jussu domini adiverit hereditatem, substitutus Mævius in partem admittitur. Illa enim verba, si heres non erit, in eo quidem quem alieno juri subjectum esse scit testator, sic accipiuntur, si neque ipse heres erit, neque alium heredem effecerit: in eo vero quem patremfamil. esse arbitratur, id significant, si hereditatem sibi, vel ei cuius juri postea subiectus esse ceperit, non adquisierit. Idque Tiberius in persona servi suo Parthenii constituit.

COMMENTARIUS.

CONditio substitutionis vulgaris hæc est, si prior heres nō fuerit; quæ si existat, & heres priori loco scriptus deficiat, & vel non possit vel nolit hereditatē adire, admittitur substitutus, sed ea deficiente excluditur. Deficit autem ubi prior heres adiit hereditatē *l. 5. C. h. t.* sive ipse institutus sibi hereditatem adquisierit, sive alteri, ei scil. in cujus potestate est, & cujus jussu adit, ut docet *l. paterfamilias 40. de hered. inst. & hoc §. vers. illa enim* quib. locis explicatur, quid hæc formula & hæc verba substitutionis, si hæres non erit, in persona servi verbi gr. significent: videlicet si hereditatem nec ipse ante mortem testatoris manumissus & ita mutato statu, sibi adquisiverit, nec in eodem statu, manens dominum fecerit heredem: quorum alterutrum si fiat, in solidum excluditur substitutus. Ex diverso in persona eius, qui tempore testamenti liber fuit, eadem verba significant: si nec ipse in eodem statu manens adquisierit hereditatem, nec ante mortem testatoris servus factus, & ita mutato statu dominum fecerit heredem *h. §. ver. in eo vero* quorum rursum alterutrum si fiat, in solidum excluditur substitutus, quę eadem in filiofam. pro-

Digitized by Google

portionaliter obtinẽt. Sed nimirũ hęc procedũt in eo servo quem testator servũ esse putavit, & in cuius persona nõ erravit. Ceteroquin, si liberũ & patrẽf. esse arbitratus est, cũ revera servus esset, eiq; instituto substituit, medium tenetur & respondetur in *h. §. ult.* quod substitutus nec excludatur nec admittatur omnimodo, sed dum domino servi in partem concurrat. Sed an in partem æqualem? Equidé patris appellatione in dubio venit & significatur dimidia, nec satis causæ apparet, cur partes inæquales debeant fieri. Sed tamen in *d. l. paterfam. 40. de hared. inst.* omnino proponuntur inæquales partes, quippe respondetur, esse alterum semissem dividendum inter substitutum & dominum servi: qui adeo feret tres partes, substitutus saltem partẽ quartam: quam sententiam propter textũ expressum in *d. l. 40.* Dd. communiter post gl. sequuntur: & rationem reddit gl. ibid. quod cum institutus revera servus fuerit, plus sit tribuendũ veritati quam opinioni; & servus enim dominum facit heredem in solidum exclusa substituto, neque liquido satis constat, testatorem non fuisse eum instituturum si servum esse sciviſſet. Ut tamen aliquid daretur substituto, hæc suasisse videntur, 1. quia cum institutio servi ex domini persona vires capiat, nõ potest testator videri considerasse personam domini, qui institutum heredem liberum esse putavit 2. quia illa formula, *si heres non erit*, juxta modo traditam explicationem *§. ult. h. t. & l. 40. de hared. inst.* casui huius §. omnino non potest & in solidum applicari, quippe ut Justin. testatur pertinet proprie ad casum, quo testator, servum quem esse scivit, aut liberum esse, sed qui statu mutato post servus factus est: hic autem testator liberum putavit, nec institutus postea mutavit statum, sed servus & fuit & adhuc est. Fateor tamen illam rationem valde inæqualem dividendi, non sapere mihi satis, & longe concinnius sit æqualem divisionem admitti, pro qua etiam ratio bona ex hoc loco sumitur: quod præsertim expresse hoc ita Theoph. hic explicavit, quod τὸ ἥμισυ, capiat substitutus; quæ etiam ratio movit Cujacium ut in *d. l. paterf. 40. de hared. instituend.* putaret errorem natum ex notis, ad scribendum As pro vulg. *alter semis.* itemque *Politum, de subst. vulgari Alcia. 1. dispunct. 2. Don. 6. comm. 24 & Vesemb. & Mynſ. hic*, ut in *d. l. 40.* aut legendum ita, aut hoc subintelligendum credideriut, Sempronium *coheredem* servo substitutum fuisse, qui adeo semisem ceperit jure institutionis, & altérius semissis dimidium, ex rationibus quas paulo ante dedimus. Ubi tamen porro objicitur *l. cum proponas 3. C. de her. inst.* ubi substitutus omnino admittitur. Una est responsio, quod explicatio huius §. *& d. l. 40.* sumatur in dubio, ubi non plane constat quid testator facturus fuisset; si institutum servum esse sciviſſet: sed *d. l. 3.* decisio procedat, ex suppositа mente testatoris. Responsionem aliam proponit Vigl. quam & Wesembec. sequitur, speciálle jus esse in milite, de quo in *d. l. 3.* tractatur: & voluntas militis rejectis subtilitatibus juris sola attendi solet. Plane non obstat *l. si pater 4. C. de hered. instit.* neque enim hic fuit error in persona, sed omnino istum instituere voluit, licet in conditione erraverit.

Tiberius Cæsar.] Alciat. 1. *dispunct.* 2. vult, legi Titus quem probat omnino *Gothof. ad d. l 40. de her. inst.* dicens ita legendum ex Dione & Sueto. quia, ut puto, apud hos fit mentio Parthenii inter conjuratos in Domitianum: sed levis satis hæc ratio est. Certe Vigl. alium nobis eo nomine ex Suida & Sueton. in Tiberio producit Parthenium, à quo servus Tiberii nomen accepisse potuerit. Et scilicet refert Suidas Parthenium quendam, sub Cinna captum fuisse, & usque ad Tiberii tempora vitam produxisse. Longius adhuc abit Theophil. qui hoc tribuit Pio. Sed in his parum aut nihil momenti positum est. Disposuit hoc ita Imp. in universum, ut etiam futuris casibus formam daret, super casu, qui in persona servi eius contigerat; neque enim alius quam Imp. hoc facere potuerit: ut non multũ huc faciat aut hinc probetur, quod Dd. notant, Imp. posse judicare in causa propria.

AD TITVLVM XVI.
LIBRI SECVNDI Institutionum.

DE PVPILLARI SVBSTITVTIONE.

TEXTVS.

1. Liberis suis impuberibus, quos quis habet in potestate, non solum ita ut supra diximus, substituere potest, id est, ut si heredes ei non extiterint, alius sit ei heres: sed eo amplius, ut si heredes ei extiterint, & adhuc impuberes mortui fuerint, sit eis aliquis heres: veluti si quis dicat hoc

modo

modo: Titius filius meus heres mihi esto: & si filius meus heres mihi non erit, sive heres erit, & prius morietur, quam in tutelam suam venerit, id est, antequam pubes factus sit, tunc Seius heres esto: quo casu siquidem, non extiterit heres filius tunc substitutus patri sit heres: si vero extiterit heres filius & ante pubertatem decesserit, Ipsi filio sit heres substitutus: nam institutum est moribus, ut cum ejus ætatis filii sint, in qua ipsi testamentum facere non possunt, parentes eis faciant.

COMMENTARIVS.

1 *Hæc substitutio an vere sit talis.*
2 *Quo tempore oporteat liberos esse in potestate.*
3 *An pupillaris contineat vulgarem.*
4 *An substitutus pupillo, abstinente eo fiat directo heres.*
5 *Substitutus præfertur matri.*

SUbstitutio directa in pupillarem & vulgarem distinguitur per *rubric. Dig. h. t. & hunc & præcal. ti.* sed ut ad *tit. præc.* monuimus dicitur id am-
1 bigue. Et vulgaris quidem vere est secunda † & in casum quo prius non futurus est heres, substitutio vel secunda institutio per quam ipsi disponenti & testatori succeditur; per substitutionem autem pupillarem, cum succedatur pupillo, perinde ac si fecisset testamentum, ea utique ut substitutio vulgaris nequit dici secunda institutio, sed est illa revera institutio prima & pupilli ipsius testamento, quod ubi pupillo exheredato substituitur, est evidentissimum: & cogor itaque mirari, quod Hottom. hic corrupto plane judicio inverso modo vulgarem substitutionem magis institutionem, pupillarem autem magis proprie censet esse substitutionem. Dicitur tamen substitutio tum ratione formulæ in *pr. h. t.* tum ratione connexionis cum testamento paterno cujus est sequela juxta §. *liberis 6. h. t.* ceteroquin ut diximus est institutio prima: cui & illud argumento est, quod substitutio pupillaris etiam diverso tempore & separatim fieri potest *l. 16. h. t* persequamur singula textus verba.

Liberis impuberibus.] Pubertate adveniente finitur. de quo in §. *in masculo 9. inf. h. t.* & rationem dicemus ad fin. hujus text.

In potestate.] Patriæ potestati enim hoc datum est, ut add finem dicemus. Et igitur non licet ita substituere emancipatis, *l. 2. in pr. h. t.* nec licet adeo etiam matri: Cui non obstat *l. si mater 34. h. tit.* est enim ibi revera substitutio vulgaris, verum appellantur tabulæ pupillares, tum ratione objecti, quia filius adhuc est in ætate pupillari, tum & adeo, quia substitutio facta est in eum casum qui est pupillaris substitutionis proprius, quo impubes filius ante pubertatem decesserit: qui scilicet non pure, sed sub die incerto cum erit annorum quatuordecim, heres isti institutus est: quod consilium prudentum fuit, qui etiam rationem invenerunt, ut effectu quasi, emancipato pupillariter substitui possit, juxta *l. cum ex 39. h. t.* Quod autem dicitur de liberis in potestate, id accipiendum est ita, si sint & proximo gradu, quos filius non præcedit, ceteroquin non sunt sui §. *sui 2. in fr. de hered. qual.* suis autem tantum substitui potest: & hoc expressum est in *l. 2. in pr. h. t.* Quibus consequens est, in eventum, quo sui futuri sunt, submoto præcedenti gradu; ex consilio Legis Velleiæ substitui nepotibus & ulterius posse *d. l. 2. in pr.* & hoc notant Dd. ex fin. huius textus, ubi dicitur, ideo posse substitui pupillis, quod propter ætatem non possint testari: & qui recidunt in potestatem patris ex alia causa non possunt testari, quia sunt filiifam. At porro, quo tempore necessum est, ut sint sui & in pote-
2 state † an sufficit, esse tales tempore mortis, an & requiritur ut sint eo tempore, quo testamentum fit? *Gl. & Bart. in l. 2. inf pr. h. t.* & alii communius putant sufficere, si fuerint mortis tempore in potestate. Alii, *Polit. Zas. Vigl.* & quos refert *Angel. hic n. 6.* requirunt, ut etiam tempore testamenti facti sint in potestate: quoniam tribus his temporibus habilitatem requiri vulgatum est *l. si alienum 49. §. 1. de hered inst. §. in extraneus 4. infr. de hered qual* & facit *l. coher. 41. §. 2. h. t.* Mihi gl. & Bart. sententia videtur satis valide confirmari ex *d. l. 2. inf. h. t.* ubi dicitur posse substitui extraneo impuberi, si modo quis eum in nepotem adoptaverit vel adrogaverit filio præcedente, (hic enim casus ibi tractatur occasione ejus quod præcessit, idem enim procul dubio fuerit, si eum adoptaverit in filium.) Quod si enim tempore testamenti jam fuisset arrogatus, (quomodo alias illæ locus explicari posset.) non esset tum extraneus impubes: durius culum enim sit si dicam, eū appellari extraneum intuitu tēporis antecedētis, quod olim extraneus fuit: nec sapit responsio Politis Zasii quā probat Vigl. hic, (quam ante illos

Digitized by Google

jam olim quoſdam probaſſe refert hic *Angel. n. 6.*) ut teſtamenti quidem paterni tempore fuerit adhuc extraneus, ſed tempore ſubſtitutionis arrogatus : licet enim ſubſtituere pupillo ex intervallo & poſtquam quis ſibi teſtamentum condidit : *l. 16, h. t.* quod quidem nimis eſt divinatorium. Et non adeo difficulter ad argumenta & fundamenta alterius partis reſponderi poſſe videtur. Nimirum in *d. l.* 41. §. 2. *h. t.* illud omnino & præciſe à JCto exigitur, ut tempore mortis ſit in poteſtate cui ſubſtitutum eſt, non itidem ut tempore ſubſtitutionis : Ad *d. l.* 49 *de hered. inſt.* reſpondebo aliud eſſe in inſtituto, aliud in herede ſubſtituto, qui datur filio, cujus id potius quam patris teſtamentum eſt; & utique qui filio ſuo poſt etiam facto ſubſtitutus eſt, capax eſt hereditatis quo ad filium. Nec male ex ſententia veterum removet hanc objectionem Angelus: ubi quæritur de capacitate inſtituti, ibi tria omnino tempora attendi: ſed ubi de alia habilitate nunc ſufficere tempus mortis, ſaltem ex quo à principio non fuit ex toto nulla diſpoſitio, quomodo ſane non eſt hoc caſu. Veniebat amplius in mentem poſſe diſtingui, an quæratur de ſubſtitutione facta ut filio, an ut nepoti, quam præcedebat filius rempore ſubſtitutionis: ut illo caſu neceſſe ſit filium eſſe quoque in poteſtate ſubſtitutionis tempore : non autem hoc, quandoquidem nepos quem filius præcedit, quadam conſideratione poteſt dici extraneus, & utique non eſt ſuus. Itaque cum eo caſu quo ſubſtitutio fit nepoti in poteſtate quem antecedit filius, non tam ipſo jure initio valeat, quam in eventum, quo filius ex poteſtate poſt ſublatus eſt; quid ni etiam ſuſtineatur, ſi fiat extraneo tamquam ex filio, ſi ille extraneus poſtea tamquam ex filio natus adoptetur, aut arrogetur, in eventum quo filius præmoritur ante patrem. Et iſta de hoc ſatis.

Veluti ſi quis ita.] Hæc duplex ſubſtitutio dicitur in *l. 1. h. t.* quia explicare utramque formulam & vulgariter & pupillariter ſubſtituendi comprehendit; & ita quidem olim exprimere neceſſum erat ſi quis in utrumque caſum proſpectum ſibi & pupillo vellet, poſtea introductum fuit ab Impp. Marco & Vero *l. 4. inſtr. h. t.* ut in vulgari ſubſtitutione pupillo facta, contineretur etiam pupillaris: de quo nemo dubitat. Quæ ſententia limitatur procedere, ſi ſolis pupillis ſubſtitutum ſit, Quod ſi enim adjecta ſit perſona cui pupillariter ſubſtitui non poteſt, propter inæqualitatem perſonarum præſumitur pater vulgariter tantum ſubſtituere voluiſſe *l. 2. §. 2. leg. Lucius* 43. *h. t. leg. 4. Codic. eod.* Fundatur enim conſtitutio Impp. in præſumta, aut ſubintellecta partis voluntate, quia præſertim propter conjunctionem teſtamentorum & quaſi unitatem, quem ſibi deficiente filio heredem eſſe voluit, eundem etiam cenſetur filio voluiſſe eſſe heredem, quod præſertim ſubſtitutio pupillaris tamquam favorabilis pupillo & utilis accepta eſt, *l. Iulianus* 42. *in princip. de adquirend. hæredit.* Eſtque adeo hæc tacita pupillaris ſubſtitutio, quæ in vulgari expreſſa 3 continetur. Sed an viciſſim † pupillaris expreſſa ſola, tacite continet vulgarem ? Id quidem à Doctor. communiſſime affirmatur. Sed jam olim de eo dubitavit *Curtius in leg. precibus Codic. h. t.* cujus & meminit *Covarr. in cap. Rainut. de teſtament.* §. 5. *num.* 7. & non pauca contra eam communem ſententiam movet *Vigl. hic numer.* 19. aperte autem contradicunt *Polit. de ſubſtitut. pupill. quæſt.* 8. *num.* 39. *Anton. Fab. decad* 32. *de errorib. pragmat. cap.* 9. & 10. Communis autem opinio confirmatur per *dict. leg.* 4. §. 2. *verſ. hoc ita h. t.* ibi, *in utrumque eventum*, & ait enim ibi Juriſconſultus in caſu ibi propoſito, ſi quis puberem & impuberem filios habens, puberem impuberi ſubſtituat, ſi impubes heres extiterit, & intra pubertatem deceſſerit, cenſeri in utrumque eventum puberem ſubſtitutum; idque ex fine ejus textus apertius patet, ubi JCtus ait, rectius facturum patrem, ſi evitandæ quæſtionis cauſa utrumque caſum ſubſtituat; quia cum ibi inæquales ſint perſonæ, poſſit de voluntate & mente patris quæſtio eſſe. Et igitur apparet hinc nihil eſſe abſurdi, ut in pupillari ſubſtitutione vulgaris contineatur: ex quo pleraq, argumenta contrariæ ſententiæ corruunt. Et ſicut ſuadet favor pupilli, ut habeat teſtamentarium hæredem, ita etiam ſuadet teſtatoris favor ut & ipſe quoq; habeat heredē, quod fit per vulgarem ſubſtitutionem. Et commentitium eſt quod de ordine graduum, primi & ſecundi, & ita ſubſtitutionis vulgaris & pupillaris Fab. adſert. Nullus enim hic & ordo, ſed uterq; caſus per ſe ab altero omnino eſt ſeparatus, & altero modo teſtatori, altero, filio pupillo ſcribitur heres. Imo cum pater filium inſtituit heredem, quem etiam ſperat heredem ſibi futurum, & ſua bona accepturum, cum quē filio heredi facto ſubſtituit, & per conſequentiam conſecuturum etiam ſua bona putat; quid ni etiam præſumamus voluiſſe teſtatorem ita ſubſtitutum, deficiente filio ſibi hæredem eſſe, ad quem cum ſuis bonis filii

etiam

etiam poſt quæſita bona voluit pertinere: & quem ſi verba expreſſa ſequimur, magis dixit, quam eum quem tantum ſibi fecit expreſſe hæredem. Quod ſi igitur hunc pupillariter ſubſtitutum fingimus & admittimus, quid ni concedimus hoc quoque, eum qui pupillariter ſubſtitutus eſt, cenſeri vocatum ad patris etiam hæreditatem, deficiẽte pupillo. Idque etiam ſuadet, quod indefinite & indiſtincte ſcriptum eſt in *d.l.4 in prin. h.t.* eum qui ſubſtitutus eſt populo in ALTERUM caſum, in utrumque ſubſtitutum videri; neque verba ſequentia reſtringunt hoc, ſed tantum exemplum proponunt. Neque verum eſt, quod Faber obiicit, ita futurum, ut principale, videl. patris teſtamentum confirmetur per acceſſorium, & in teſtamento filii pater ſibi faciat hæredẽ; nam ponimus filium inſtitutum, cui pater ſubſtituit pupillariter; quæ inſtitutio conſtituit tabulas & teſtamentum patris: Quod ſi enim exhæredato ſubſtitutum ponamus, facile concedent Dd. in ſubſtitutione tum pupillari, non contineri vulgarem, ſiquidem, qui filium ipſum ab hæreditate excluſit, non poteſt credi eum hæredem feciſſe & ſibi voluiſſe eſſe hæredem, quem huic filio ſubſtituit. Denique non adeo valde obſtat, quod in *l. paterfamil. 28. de reb. aut poſſ.* & forte alibi pupillo, qui ſubſtitutum habet, abſtinente, nulla fit mentio vulgaris ſubſtitutionis, cujus vi & poteſtate ſubſtitutus poſſit adire hæreditatem patris. Etenim principalis quæſtio iſtius loci non iſta eſt, ſed hæc, an ſubſtitutus pupilli qui abſtinuerat, teneatur reſpondere creditoribus paternis, & an poſſit ſeparare hæreditates, quæ ipſa exiſtentia poteſtate juris civilis ſunt conjunctæ. Et cum de creditoribus diſtrahentibus, vel diſtrahere volentibus bona paterna ibi tractetur, adeo bona patris non fuerint ſolvendo, credibile plane eſt, quod & ſubſtitutus repudiarit paternam hæreditatem, utcunque vi tacitæ vulgaris ſubſtitutionis delaram. Addo unum argumentum pro communi opinione, quod ea jam olim placuit & defenſa fuit à M. Craſſo contra Q. Mutium, referente *Ciceronẽ pro Cæcinna, in Bruto & 2. de orator.* Coponius quidam inſtituerat poſtumum hæredem, eique ſi ante pubertatem mortuus eſſet ſubſtituit Curium. Cum poſtumus prorſus natus non eſſet, defendit tamen Craſſus, Curium debere eſſe hæredem Coponii ex ſubſtitutione, non autem hæreditatem deferre ad agnatos. De *quo Quintil. 7. inſt. 7.* Hæres erat ſubſtitutus, ſi poſtumus ante tutelæ ſuę annos deceſſiſſet; non eſt natus; propinquus bona ſibi vindicabat; contra quem dixit ſcil. Craſſus & teſte Cicer. pio Cæcinna, obtinuit. Ecce hæc ſententia, ubi ſubſtitutus pupillo etiam cẽſeretur ipſi patri datus hæres, placuit jam olim Craſſo, & probata eſt centumviris; & noſtri recentiores eam, usque adeo abſurdam eſſe nobis perſuadere volunt. Et vero ſimile eſt, quia hoc propter autoritatem Mutii adhuc controverſum erat, D. Marcum id conſtitutione ſua decidere voluiſſe. Verum de iſto plus ſatis.

4 *Siquidem non extiterit † hæres filii.*] Id eſt ſi non effectu extiterit, nec ſe immiſcuerit: Ceteroquin poteſtate juris civilis ſuus omnimodo exiſtit hæres; ſed ſcilicet nuda illa exiſtentia ſi hic attenderetur, faceret, ut filio nullo modo poſſet ſubſtitui vulgariter. Atquin jure noſtro filius etiam ſi abſtineat, quoniam hoc non ex civili, ſed ex prætorio eſt, jure civili pro hærede habetur; & dicitur non eſſe ſine hærede, qui ſuum habet hæredem, licet ſe abſtinentem, per *l. 1. §. qui ſuus 5. ff. quis omiſſ. cauſ. teſtament. l. cum quaſi 30. §. ſed etſi 10. de fide comm. lib.* cujus rei inſignis effectus eſt, quod ſuo ſe abſtinenti cohæredi, ad quem pars pertinet, pro iſta parte tantum dantur utiles actiones, *per l. ultim. de adquir. hæred.* Et an igitur & ſubſtitutus filio, qui eſt in poteſtate, abſtinente illo, non ipſo jure fiet hæres, ſed tantum ex æquitate prætoria utiles actiones habebit? Hoc videtur dici non poſſe, efficeretur enim hinc, eum non venire directo ex ſubſtitutione, nec hæredem eſſe patris teſtatoris vere, contra hunc § & alios textus, quibus abſtinente filio tuo hærede, ſubſtitutum hæredem effici patris dicitur; & ſubſtitutum patri fieri hæredem hic traditur, & quæ referuntur verba ſubſtitutionis, omnino inferunt directam ſubſtitutionem; *Si filius mihi hæres non erit, Caius hæres eſto. h. textu & in leg. 1. in princ. D. eod.* Hæc ratio feciſſe omnino videtur, ut Interpp. vulgo ſtatuerent, per ſubſtitutionem vulgarem tolli ſuitatem, de quo v. omnino *Angel. in §. ſui autem infr. de hæredit. qual. numer. 10. & ſeq.* Et ſane ita ſe habet, ut conditio illa, ſi filius mihi hæres non erit, non videatur admittere illum effectum juris civilis: quo ſcilicet filius omnimodo ſit hæres, nec ullo modo efficere poteſt ne ſit hæres; Neque enim in formula illa *ſi hæres non erit*, continetur tantum caſus, quo filius hæres eſſe non poteſt, ſed etiam quo non vult, & adeo quo abſtinet. Et cum igitur jure civili hoc permiſſum ſit parentibus, ut in caſum quoq; vulgarem liberis ſubſtituant, oportebit ſimul fateri,

Digitized by Google

tali ſubſtitutione pene enervari ſuitatem, & effectus eius quodammodo inhiberi: & hoc utiq; effici, ut quod habuiſſet filius ex prætorio jure, ut nimirum liceret ſibi abſtinere, id jam habeat ex ipſius patris permiſſione, & proinde ex jure civili: idque probatur ex *leg. verba* 12. *de conditionib. inſtit.* hæc verba, *ſi volet hæres eſto*, in neceſſario conditionem facere, ut ſi nolit, hæres non exiſtat; ut poſt conceſſum à prætore ius abſtinendi, pater etiam hanc facultatem dare potuerit. Atquin ſubſtitutione vulgari hoc ipſum comprehenditur, ut inſtitutus poſſit nolle, & velle pro libitu ſuo. Totum plane ius ſuitatis tolli per vulgarem ſubſtitutionem admitti non poteſt; Ita enim manifeſta implicaretur contradictio; quoniam tantum ſuis ſubſtitui poteſt pupillariter: & quomodo contineri poſſit, igitur pupillaris tacita in expreſſa vulgari, ſi per hanc ſuitas omnino cohiberetur & tolleretur. Et vulgaris ſubſtitutio ergo in ſumma hoc facit, ut citra beneficium prætoris etiam jure civili poſſit abſtinere filius, data quaſi hac ſibi poteſtate & conceſſa ab ipſo patre. Theophilus tamen aliter ſentit, & diſerte ſcribit, vulgarem ſubſtitutionem tum demum in filio habere locum, ubi filius ante patrem deceſſit: Ceteroquin ſi filius patri ſupervivat, licet ſe abſtineat ſubſtitutum vulgarem excludi, ſed falſa hæc eſt ſententia; & poſſunt videri, quæ late ſcripſimus ad Fabr. decade 32.

Ipſi filio ſit hæres ſubſtitutus.] Nimirum ex ſubſtitutione pupillari, per quam pater hæredem ipſi filio ſcribit, quod cum intelligatur eſſe teſtamentum pupilli, cui directo ſuccedit ſubſtitutus, fit inde, ut quandocunque intra pubertatem mortuo filio ſubſtitutus non tantum bona patris adipiſcatur, ſed omnia quæ impubes interim adquiſivit ratione quacunque, ut docet §. 4. *infra h.t.* Et proinde hoc quoque conſequens eſt, ut ita excludantur per ſubſtitutum omnes, qui alias ab inteſtato pupillo ſucceſſuri fuiſſent; quippe cū quamdiu ex teſtamento ſuccedi poteſt, ſucceſſio ab inteſtato non habeat locum. Hoc in matre pupilli

§ ſi qua adhuc † ſupereſt, videtur ſapere iniquitatem, quod à legitima quoque ea excluditur, nec querelam habeat excluſa penitus *l. Papiniani* 8. *ſed nec* 5. *de inoffic. teſtamen.* Atquin quod ipſe filius teſtamentum faciens non poſſet, ut matri adimeret legitimam, id per patrem, ut fieri poſſit, non ſatis rationis eſſe videtur, quia filii teſtamentum dicitur ſubſtitutio pupillaris, perinde ac ſi filius jam pubes teſtamentum feciſſet; quo utique matrem à legitima excludere filius non poſſe, & excluſa mater inofficioſi querelam haberet. Hæc ipſa tamen ratio videtur retorqueri poſſe: ſiquidem dicemus ſubſtitutionem pupillarem habere quidem effectum eum, quem ſi feciſſet id filius haberet, quo ad jus ſuccedendi, ſed tamen non eſſe utique à filio, ſed à patre factum. Hinc cum querela inofficioſi ſub hoc prætextu competat, quaſi non ſanæ mentis fuerit teſtator, & vero agatur de teſtamento filii, quod tamen ſibi ipſe non fecit, fit, ut nec querelæ locus eſſe poſſit, cum utique pupillus dici non poſſit, quod non ſuæ mentis fuerit, quippe qui teſtamentum non fecit; & contra teſtamentum mariti querelam uxor non habeat. Et hanc rationem inſinuat JCtus in *d. l.* 8. §. 5. *de inoff. teſtam.* his verbis, *quia pater ei hæc fecit*: & concordat jus Can. *in cap.* 3. *de teſtam. in VI.* Hæc ita in pupillari ſubſtitutione expreſſa recepta & vulgo ſunt. Idem in tacita quæ in vulgari expreſſa continetur, non pauci ex recentioribus probant, & ex his *Vigl. hic Donell. ad l. precibus* 8. *C. h.t. Vaud.* 1. *quæſt.* 44. *Ant. Fab.* 15. *conject.* 19. & olim ita cenſuiſſe Fulgos. refert *Inſ. in dict. leg.* 8. ſiquidem cum hic pupillus ex interpretatione Impp. habeat teſtamentum & hæredem, non poteſt ſive mater ſive quicunque alius ad ſucceſſionem inteſtati admitti, aut uti querela, per rationes paulo ante allatas. Hæc opinio probatur etiam ex *l.* 2. *C. h. t.* in cuius ſpecie apparet, patrem ſubſtituiſſe vulgariter pupillo, & reſpondetur ideo filii, qui impubes mortuus eſt hæreditatem deferri matri, quoniam ob inæqualitatem perſonarum, (de qua ſupra diximus) ſubſtitutio vulgaris continere pupillarem non poteſt. Ergo ſi iſta ratio non obſtaret mater eſſet excluſa. Et tamen tritum eſt vulgo, hoc argumentandi genus à contrario ſenſu, non multum habere momenti, ubi dicitur ex LL. Cod. quæ ad caſus ſingulares & in facto occurrentes fuerunt reſcriptæ & ſanctæ. Et vero contraria opinio communiſſime recepta eſt, quod ubi mater in medio eſt, in vulgari quidem contineatur ſubſtitutio tacita pupillaris (quid enim ſi mater præmoriatur, aut repudiet filii hæreditatem) ſed contra matrem ſuperſtitem & ſuo jure utentem non habeat locum, adeo citra aliud remedium mater ad filii ſucceſſionem ab inteſtato admittatur. Cui opinioni cauſam præbuerunt duo textus in *l. precibus C. h.t. & in l. ult. Cod. de inſt. ſubſtit.* In illa ſatis perſpicue negatur, in vulgari caſu contineri pupillarem quod ideo fieri putant DD. quia pupillus matrem ſuperſtitem habuit:

Sed

Sed diverſæ ſententiæ autores hanc rationem eſſe putant, quod miles fecerit teſtamentum, in quo tantum attenditur voluntas expreſſa, non ex jure & legibus præſumpta, aut intellecta. In hac ſane Juſtin. favore matris etiam reſtringit, nec extendi vult diſpoſitionem patris. Nec ſatis ex eo removetur hæc objectio, quod pater matrem adſcripſit filio cohæredem; quin imo in eo potius fundatur ea deciſio, quod æquum eſt luctuoſam filii hæreditatem matri deferri potius quam extraneo, ne ſimul & filij & pecuniæ habet jacturam, argument. *l. iure C. de iure dot.* Quidquid eius ſit, opinio hæc communis in foro obſervatur, contra quam qui diſputare ibi voluerit, ridiculus habeatur. Et pluribus de his agere huius loci non eſt. Illud addendum, quod diximus, ſubſtitutum capere omnia bona filij quoque videri fallere in impubere arrogato, cui tantum in bonis à ſe profectis, vel ſimilibus ſubſtituere poteſt adrogator *l. ſed ſi* 10. §. *in arrogato C. h. t.* Sunt autem plures caſus. Quid ſi & pater naturalis ei ſubſtitueret, putant Dd. pupillum decedere hic cum duobus teſtamentis, quia etiam duos patres habuerit. Sed non ita eſt: & prior ſubſtitutio per adrogationem ipſo jure corruit, & ſubſtitutus vi cautionis bona ſequitur, ut diximus ad §. *ſed cum ſupr. de adopt.* Quid ſi adrogator tantum ſubſtituerit? Et quod ad bona quæ pupillus habuit vivo patre adrogatore, ea ipſo jure patris ſunt: & itidem proximi cognati ea capiunt vigore cautionis ut diximus eodem loco. Sed quo ad ea quæ pupillus adquiſivit poſt mortem patris adrogatoris, & quæ in cautione contineri non poſſūt, fatendum eſt, cum ad ea ſubſtitutio patris adrogatoris itidem non porrigatur, ea capere proximos agnatos jure ſucceſſionis; & ita ſane pupillum hic pro patre teſtatum, pro patre inteſtatum decedere: quod in caſu tam ſingulari mirum habendum non eſt.

Moribus inſtitutum eſt.] De moribus dictum eſt ad §. *ſine ſcripto infr. de iur. nat.* & ex iis quæ ibi ſcripſimus, apparet ineptos eſſe vulgo Interpp. qui ob id à Lacedæmoniis putant eſſe jus ſubſtituendi pupillariter: decepti ab ipſo Triboniano, qui in d. §. ita loquitur, ac ſi Lacedæmonii tantum jure conſuetudinario uſi fuiſſent; quod falſum eſſe ibi probavimus; & inſuper recte notat Vigl. ſi quid Romani acceperint ex moribus Lacedæmoniorum id à X. viris in XII. tabulas relatum fuiſſe, nec adeo jure noſtro, moribus acceptum referri. Et ni mirum quæque Reſpubl. ſuas & LL. & mores habet, ut ait Juriſconſultus in *leg. omnes 9. de inſt. & iur.* Diſtinguit Vigl. mores à conſuetudine. Haud ſcio an ſatis recte utique enim conſuetudo eſt ius moribus receptum, ut definitur in *dict. §. ſine ſcripto 9. de iur. nat.* quomodo & in *l. de quibus* 32. *in prin. de Legib. moribus & conſuetudine.* Fatebor tamen aliquando, Mores paulo ſtrictius accipi, & pro iure aliquo conſtantiori quod antiquitus receptum, & ſemper conſtanter obſervatum fuit, & vix mutari ſolet; cum etiam aliquando, quod jure naturæ, aut gentium primario, & ipſo quaſi inſtinctu rationis & honeſtatis ſancitum eſt, moribus acceptum referatur, ut in *leg. ſororis* 39. § 1. *iunct. l. ultim. de rit. nupt.* Quo ſane ſenſu ſubſtitutio pupillaris ad mores referri nō poteſt, cū iſtud mere civile eſſe videatur, ut pater poſt mortem ſuam, in tempus uſque pubertatis filio faciat heredem: ſed ut non male Hottoman. ſcribit, cum quidam removere volens à ſucceſſione filii, vel proprio judicio vel prudentum conſilio, ita id feciſſet, alii poſt eum imitari fecerunt, ut ſine aliqua Lege id in mores tranſiret, ut hæc facultas eſſet patris filio heredem facere, quamdiu id ipſe ſibi non poſſet.

TEXTVS.

2. Qua ratione excitati etiam conſtitutionem poſuimus in noſtro Codice, qua proſpectum eſt, ut ſi qui mente captos habeat filios vel nepotes vel pronepotes cuiuſcunque ſexus, vel gradus, liceat eis etſi puberes ſint, ad exemplum pupillaris ſubſtitutionis certas perſonas ſubſtituere: ſin autem reſipuerint, eandem ſubſtitutionem infirmare ſancimus, & hoc ad exemplum pupillaris ſubſtitutionis, quæ poſtquam pupillus adoleverit, infirmatur.

COMMENTARIVS.

HAnc ſubſtitutionem vulgo vocant Dd. exemplarem, quoniam ad exemplū pupillaris dicitur h. §. introducta: neq; de verbis diſputandum eſt, ubi de reconſt. Recentiores rectius vocant quaſi pupillarem, quoniam ad inſtar pupillorum ſubſtituitur: exemplar. autem nihil definitū & determinatum ſignificat, & ipſi tamen veteres, & inprimis Sal. *l. 9. C. h. t.* quaſi pupillarem appell. ut nō ſemel. Extat de hac re conſtitutio Iuſt. ad quā hoc §. ſe ref. *in l. hum. 9. C. h. t.* Olim ut liceret ſubſtituere liberis puberib. v. c. mēte captis, ſpecialiter id impetrādū à principe erat *l. ex facti.* 43. *in fr. h. t.* quod quia ita facile nō poterat impetrari ſæpe. Juſt. permiſit in genere, ut etiā nō adito principe liceret ōnibus,

Loquitur & hic §. & ex qua deſumptus eſt conſtitutio *in d.l.9.C.h.t.* de filio mente capto. Et quidem, alias quod de mente capto diſpoſitum eſt, non protinus quoque pertinere ad furioſum, argumento eſt *l.ſi furioſi 25.Cod. de nupt.* Sed recte monet Viglius hic, amiſſa fere ſeculo Juſtiniani Latinæ linguæ proprietate, verba non eſſe captanda, & facit quod *in d.l.23. h.t.* in terminis etiam eſt mentio furioſi: & hic eadem ratio militat, quæ dicitur legis anima, & Theoph utrumque expreſſit ἐκφρόνησις ἤγουν παραφρονήσις: & ſatis apparet ex *l. ult. §. ſin autem* 8 ibi *vel ad ſubſtitutum, C. de curat. fur.* Juſtinianum *in d.l.9.C.h.t.* etiam furioſum intellexiſſe. Itaque porro cum Juſtin. in hoc ſe fundet, quod mente captus teſtamentum ipſe facere non poſſit, facile concedo in ſententiam Dd. qui eam conſtitutionem etiam ad prodigos, quin & ad ſurdos mutos, quibus caſibus ſcilicet facere teſtamentum non poſſunt, juxt. *l. diſcretis* 10. *C. qui teſtam. fac. poſſ.* arbitrantur eſſe porrigendam.

Si qui mente captos.] Verba *ſi quis* tam maſculos quam fœminas complecti ait JC. *in l. 1. de verb. ſign.* Id habet locum in hac tractatione, hanc enim facultatem ſubſtituendi exemplariter concedit conſtitutio etiam matri in verbis, *qui vel quæ*: & quoniam ergo hic neceſſe non eſt ut liberi ſint in poteſtate, poterit pater & emancipato filio puberi ita ſubſtituere: quamvis id conſtitutio expreſſe non dicat, & in his hæc ſubſtitutio differt à pupillari: Intelligetur autem id matri permiſſum, ſi pater ſuperſtes non ſit, & ipſe filio non ſubſtituerit: ceterõquin potiorem eſſe patris cauſam, ratio ſuadet.

Et ſi puberes ſint.] Hæc principalis differentia inter pupillarem & hanc ſubſtitutionem eſt, ab objecto, ſubſtituitur enim hic puberi. Sed quid ſi impubes ſit furioſus? Et ſiquidem de emancipato filio aut matre ſubſtituere volente quæramus, non poteſt eſſe niſi exemplaris ſubſtitutio. Sed in patre in cujus impubes poteſtate eſt, res nõ eſt, res nõ caret dubitatione. Et *Bart. in d.l. ex facto 43. h.t* putat pupillari tantum ſubſtitutum, utpote ordinario eſſe loco, ut nihil confugere neceſſe ſit ad extraordinariam, quemadmodũ in ſimili ſi impubes ſit quæ furioſus, non eſt locus curæ legitimæ ex L. XII. Tab. ſeriãſos jubet eſſe in cura agnatorum. Itaque ſicut cura in qua jubentur eſſe furioſi, non pertinet ad impuberes, quibus ordinario & alio remedio proviſum eſt, ita nec hæc extraordinaria ſubſtitutio videtur ad impuberes pertinere. Verum eſt diverſitatis ratio. Nam 1. tutela & curæ ſunt diverſæ plane adminiſtrationes, diverſos habentes effectus juxta conditionem perſonarum etiam, puberum & impuberum: ita ut impubes ætas quædam requirat, quæ nequeunt per curam & curatorem expediri quemadmodum præter alia docet *l. cum in 17. §. 1. de appell.* quod ſecus eſt iſtis ſpeciebus ſubſtitutionum. Deinde in terminis furioſi circa adminiſtrationem, in omnem eventum ipſi proſpectũ eſt, & ſcil. poſt pubertatem per L. XII. Tabb. vel magiſtratum: atquin ſi à patre impuberi furioſo, tantum vere pupillares ſubſtitui poſſe dicamus, in caſum quo furor ultra pubertatem durat, nullus eſſet, qui ipſi heredem facere poſſit, admittendum igitur potius eſt, ut pater quaſi pupillariter ſive exemplariter impuberi furioſo ſubſtituere poſſit, & ita ſubſtitutio ejuſmodi ultra pubertatem uſque dum durat furor, porrigatur. Ita nimirum ſi ex his perſonis, quas ſubſtitui omnino vult *l. 9. Cod. h. tit.* pater ſubſtituerit. Quod ſi enim alias perſonas furioſo impuberi ſubſtituerit pater, non poterunt hæ ex exemplari ſubſtitutione ſuccedere, ſiquidẽ hanc expreſſe legem ſubſtitutioni huic dedit Juſt. ut primo ejus qui eſt mente captus liberi, & ſi nulli ſint, fratres ſubſtituantur. Secundum quod, cum impubes liberos habere non poſſit, procedit illa ſententia tum demum, ubi pater impuberi furioſo fratres ejus ſubſtituit: ceterum ſi extraneum ſubſtituerit, intelligemus ex hoc ipſo patrem tantum vere pupillariter voluiſſe ſubſtituere. Quod omnino notandum eſt. At enim cum hic ſit ordo ſuccedendi ab inteſtato, ut primum ad hereditatem liberi defuncti, & his deficientibus fratres vocentur, nulla videtur hujus ſubſtitutionis utilitas, per quã iſtæ perſonæ eodem ordine ſint vocandæ, præterquam quod ſi liberi & fratres non ſuperſint, videntur ſubſtitui poſſe quivis extranei, *arg. d. l. 9. C. h.t.* Alias differentia hæc unica in hac re eſſe videtur, quod ab inteſtato omnes vocantur æqualiter, qui ſunt eodẽ gradu, ſed pater vel mater poſſũt per ſubſtitutionem hanc liberis mente capti dare portiones inæquales, & ejuſdẽ fratribus tanto magis, quimo uno ſubſtituto, poſſunt reliquos excludere, ut ſatis expreſſum eſt *in l. human. 9. C. h.t.*, addito hoc etiam, ut ceteri nec poſſint querela agere contra ejuſmodi teſtamentũ, quæ & verior & communior explicatio eſt, quam etiam ipſa verba exigũt, quod ſcil. ceteri liberi ejus cui ſubſtitutum eſt, excluſi in ſubſtitutione, contra diſpoſitionem illam, non poſſint movere querelã, ſi modo, quod gl. vult, ſint exheredati: ceteroquin teſtamentũ quod parens mente capto fecit, fuerit nullũ ob præteritionẽ. Atque

que ita avus non tantum ſubſtituere filio mente capto, ſed etiam eius liberos poterit exheredare. Quod ſatis ſingulare videtur. Nam in fratribus quidem defuncti abſurdum non eſt, quippe quibus ex bonis defuncti non debetur legitima: Sed in liberis non caret hæc res iniquitate, ut nihil ex bonis patris aliqui eorum habeant. Et matrem quidem per ſubſtitutionem pupillarem excludi à bonis filii per patrem poſſe, ut nec ipſi competat querela, ante diximus: at liberis debentur bona parentum, vel ſaltem aliquid ex illis potiori jure, ut docet *l. in ſuis* 11. *de lib. poſt. l.* 7 *in fin unde liberi.* Neque facit ad rem aut ſolvit nodum, quod hic Viglius ſcribit, cum pater ſubſtituens, legitimam tantum ex bonis ſuis neceſſe habeat relinquere filio furioſo cui ſubſtituit, præſumi eum nepotibus ex filio relicturum tantum de bonis propriis, ut non habeant juſtam cauſam conquerendi. Etenim id quidem de pietate avita præſumere licet, ſed poſſit etiam avus id non facere, ſed uti facultate & libertate per conſtitutionem ſibi conceſſa, & affectu quodam præpoſtero erga unum nepotem, reliquos præterire. Et qui exheredem facit nepotem à bonis paternis, non adeo bene affectus erga ipſum creditur. Et manet perpetuo illa ratio, quod omnino liberis ex bonis parentis portio aliqua debetur: utcunque ſatis alias ſint divites, & maxima illis bona aliunde obvenerint. Ego iniquitatem video, ſed quid ad verba conſtitutionis manifeſta reſpondendum ſit, vix ac ne vix quidem habeo.

Sin reſipuerint.] Tum enim ceſſat ratio ſubſtitutionis, cum ipſe ſibi poſſit facere teſtamentum, quod jus homini ſanæ mentis auferendum non eſt, ut in terminis ſubſtitutionis ex autoritate & conceſſione ſpeciali principis facta loquitur JCtus *in d. l. ex facto* 43. *h. t.* Quod de ſubſtitutione vere pupillari hic additur eam finiri pubertate, de eo agitur in §. *maſculo* 9. *infra h. t.* Eſt hic unus modus finiendæ huius ſubſtitutionis, ſi reſipuerit furioſus aut mente captus. Alius addendus eſt, agnatio ſui hæredis: quod in furioſo rarius (contingere tamen poſſe docet *l. pater* 8. *de his qui ſunt ſui iur.*) in ceteris, prodigo, muto, ſurdo & mente capto frequentius accidit: quod docet *d. l.* 43. *in pr. h. t.* idque defendam, etiamſi alias antea liberos habuerit mente captus. Licet enim *d. l.* 9. *C. h. t.* permittat unum ex pluribus ſubſtituere, id tamen procul dubio ad tum natos pertinet, inter quos eligendi jus habet avus, non ad poſtea natos: quo modo ex non diſſimili ratione nativitate poſthumi omnimodo & olim rumpebantur teſtamenta, etiamſi fœminæ aut nepotes fuiſſent, qui tamen ſi tempore teſtamenti nati fuiſſent, præteriti id non faciebant nullum.

TEXTVS.

3. Igitur in pupillari ſubſtitutione, ſecundum præfatum modum ordinata, duo quodammodo ſunt teſtamenta, alterum patris, alterum filii, tamquam ſi ipſe ſibi filius heredem inſtituiſſet: aut certe unum teſtamentum eſt, duarum cauſarum, id eſt, duarum hereditatum.

COMMENTARIVS.

REgreditur ad tractationem vere pupillaris ſubſtitutionis, quamquam iſtud quoque ſit commune ſubſtitutioni quaſi pupillari, ut ſint duo quodammodo teſtamenta, procul enim dubio pater ſubſtitutus ſibi quoque teſtamentum facere debebit, & ubi non expreſſe aliud diſpoſitum eſt, idem in exemplari, quod in pupillari ſubſtitutione ſtatuemus. Verbo autem *igitur* in pr. h. §. reſpicit Juſt. ad formulam quam propoſuit in princ. tit. qua & ſibi primo filium, & porro filio alium facit heredem, ut oſtendunt verba huius *h. §. ſecundum præfatum modum* ordinata. Loquitur autem paulo pinguius, dum ait in pupillari ſubſtitutione eſſe duo teſtamenta: ait ut accipiat pupillarem ſubſtitutionem, ſimul pro ipſa inſtitutione pupilli, juxta formulam pr h. t. ceteroquin fieri nō poteſt, imo implicat contradictionem ut in pupillari ſubſtitutione qua tali & ſola duo ſint teſtamenta, quia per hanc ſubſtitutionem tantum datur heres pupillo, cuius eſt teſtamentum, ea autem pars, qua filium pater inſtituit heredem, vel in caſum quo heres non erit, alium ſubſtituit, conſtituit teſtamentum patris, quod ſubſtitutio pupillaris recte appellari non poteſt. Subſtitutionis pupillaris pater quidem autor eſt, ſed appellatur recte teſtamentum filii, quoniam ex hac ſucceditur non patri, ſed impuberi filio, cui ut heredem poſſit facere juxta ſupradicta, patri conceſſum eſt. Atque hac de cauſa filii impuberis dicitur teſtamentum *l. Papin.* 8. §. *ſed nec* 5. *de inoff. teſtam. l. patris* 20. *h. t. & in* §. *vel ſingulis* 7. *infra h. t.* impubes filius, cui pater ſubſtitutum dedit, dicitur decedere teſtatus. Itaque recte hoc ſenſu dicuntur eſſe duo teſtamenta, cum & diverſis temporibus fieri poſſint *l. ſi quis* 16. §. 1. *h. t.* & patri in ſcriptis filio per nūcupatio-

pationem *l. ſi ita* 8. §. *ult. de bon. poſſ. ſec. tabb.* eaque diverſitas maxime apparet, ubi ſubſtitutum eſt exheredato. Alio ſenſu recte quoque dicitur eſſe unum teſtamentum, *l. paterfamil.* 28. *de bon. aut. iud.* quia ſufficiunt ad utrumque ut pater & ſibi & filio faciat heredem, ſeptem teſtes *l. patris* 20. *in princ. h. t.* unde etiam ſi pater poſtquam ſibi & filio fecit heredem, ſibi ſoli aliud teſtamentum faciat, ſuperius in totum etiam quo ad ſubſtitutionem pupillarem rūpitur *d. l.* 16. §. 1. eſt enim hactenus & habetur ſubſtitutio pupillaris pro ſequela, acceſſione & patre *l. ſicut* 11. *teſt. quem ap.* teſtamenti paterni, quo corruente perit & ſubſtitutio pupillaris de quo *in* §. *Liberis* 6. *infr. h. tit.* cum præſertim filio non ſimpliciter, ſed ſub conditione, ſi impubes moriatur, heres detur: Et ita *in l.* 2. §. *prius* 4. *h. t.* JCtus ait, licet duæ ſint hereditates, unum tamen eſſe teſtamentum, & quaſi patris tantum: ex quo itidem duo conſectaria infert JCtus 1. Quod eundem filio & ſibi poſſit facere neceſſarium heredem 4. Quod poſtumum ſuum, qui frater eſt futurus impuberis, ſubſtituere filio poſſit, qui tamen reſpectu filii utique alienus eſt poſtumus, & quibus in tabulis patris & pupilli res legata eſt, re conjuncti habentur *l. plane* 14. §. *ſi coniunctim de legat.* 1 Unde etiam eſt, quod in tabulis & filii & patris una Falcidia ſervatur *l. in ratione* 9. §. *quod vulgo* 5. *D. ad L. Falcid.* In ſumma unum teſtamentum cenſetur, ratione cauſæ efficientis, itemq; formalis, quia ſufficit una ſolemnitas, & ratione ſubſiſtentiæ, ut notant Dd. hic.

TEXTVS.

4. Si autem quis ita formidoloſus ſit, ut timeat ne filius ſuus pupillus adhuc, ex eo quod palam ſubſtitutum acceperit, poſt obitum eius periculo inſidiarum ſubiaceat, ſubſtitutionem vulgarem quidem palam facere, & in partibus primis teſtamenti ordinare debet: illam autem ſubſtitutionem, per quam ſi heres extiterit pupillus, & intra pubertatem deceſſerit, ſubſtitutus vocatur, in inferioribus partibus ſcribere ſeparatim debet, eamque partem proprio lino propriaque cera conſignare, & in priore teſtamenti parte cavere, ne inferiores tabulæ vivo filio & adhuc impubere aperiantur. Illud palam eſt, non eo minus ſubſtitutionem impuberis filii valere, quod in eiſdem tabulis ſcripta ſit, quibus ſibi quiſque heredem inſtituiſſet, quamvis pupillo hoc periculoſum ſit.

COMMENTARIVS.

SUbſtituti pupillis, eorum mortem affectare quin & procurare ſolebant, utiq; optare Horat.

——*ut ſcribare ſecundus*
Heres, ut ſi quis caſus puerum egerit Orco
In vacuum venias.

Et Perſ. de huiuſmodi improbis votis,

——*Pupillumve utinam quem proximus heres*
Impello, expungam.

Huic periculo ſolliciti patres occurrere ſatagebāt. In quam rem hoc §. non præceptum dat, ſed conſilium ſuggerit Juſtinianus, quod nullam magnopere deſiderat explicationem, ex ſe ſatis perſpicuum Teſtamentum nimirum poteſt dividi in plures partes, & illæ ſeparatim obſignari, ut altera ſtatim à morte teſtatoris aperiatur, altera ubi teſtator jufſerit, in qua nimirum fecit filio pupillo heredem: de quo ubi demum mortuo pupillo conſtiterit, pupillus evitabit periculū, cuius h. §. mentionem facit Juſtin. & ita *in l. ult. de fidei. lib.* proponitur teſtator ſubſtitutionem feciſſe in noviſſima parte teſtamenti; & *in l. pupillares* 8. *teſtam. quemadm. aper.* monet JCtus, ſi ſeparatim ſignatæ ſunt tabulæ pupillares, eas aperiendas non eſſe niſi cauſa cognita, licet teſtator non expreſſe vetuerit hoc fieri: quia ſcilicet prætor intelligit id non eſſe ex re pupilli. Illud plane non obſtat, quod vulgaris continet pupillarem: & illam tamen palam factam proponit hic Juſtin. Etenim iſtud procedit, ubi aliut expreſſe pupillariter ſubſtitutus non eſt. Hoc autem ſi factum eſt in imis tabulis, vulgariter ſubſtitutus ſuccedere ex pupillari ſubſtitutione non poteſt, quippe quę hoc caſu in vulgari contineri non poteſt, propter expreſſam diſpoſitionem patris. Obiiciunt amplius, quod & vulgaris ſubſtitutio poſſit præbere cauſam inſidiis. Et reſpondent Dd. poſſe quidem, ſed non æqualiter: tum quod pluribus caſibus poſſit admitti vulgaris ſubſtitutus: tum quod vulgaris ſubſtitutio protinus adita hæreditate finiatur, & tum ſpes præcidatur ſubſtituto: pupillaris autem porrigitur longiuſculo tempore uſque ad pubertatem, ut hic longe ſit commodior inſidiarum occaſio. Ita Jaſon hic in addit. ad Porcium.

Inferiores

Inferiores tabulæ.] Olim in tabulis & in cera ſcribebant, juxta quem morem, licet procul dubio tum in alia materia ſcriberetur, loquitur Juſtinianus. v. Alciat. 4. pareg. 6.

Non ideo minus valere.] Conſilium enim hoc tantum eſt, non præceptum: nam & pater per nuncupationem filio heredem facere poteſt *l. ſi ita 8. in fin. de bon. poſſ. ſec. tab.*

In eiſdem tabulis.] Id eſt, in eadem parte tabularum: ceterum regulariter inſtitutio & ſubſtitutio pupillaris, quomodo prædiximus, pro uno teſtamento & pro unis tabulis habentur.

TEXTVS.

5. Non ſolum tamen heredibus impuberibus liberis inſtitutis ita ſubſtituere parentes poſſunt, ut ſi heredes extiterint, & ante pubertatem mortui fuerint, ſit eis heres is, quem ipſi voluerint, ſed etiam exheredatis. Itaque eo caſu ſi quid exheredato pupillo ex hereditatib. legatiſve, aut donationibus propinquorum atque amicorum adquiſitum fuerit, id omne ad ſubſtitutum pertinebit. Quæcunque diximus de ſubſtitutione impuberum liberorum, vel heredum inſtitutorum vel exheredatorum, eadem de poſthumis etiam intelligimus.

COMMENTARIVS.

1 *An poſſit exheredato ſubſtitui exemplariter.*
2 *An exheredatio tollat ſuitatem.*

VT ſi heredes.] Formula eſt, quam in initio tit. propoſuit, qua ſubſtituitur pupillis heredibus inſtitutis.

Sed etiam exheredatis.] Non item præteritis, tunc enim teſtamentum patris eſt nullum, de quo dicemus aliquid ad §. ſeq. Monui non ſemel ſupra ubi ſubſtituitur exheredatis, non poſſe dici revera ſubſtitutionem: hæc enim eſt ſecunda inſtitutio, cujuſmodi nullo reſpectu appellari poteſt, cum exheredato ſubſtituitur. Ubi autem ſubſtituitur inſtituto, aliquis eſt color cur dicatur ſubſtitutio, quamvis, ut diximus, omnis quæ dicitur pupillaris ſubſtitutio, ſit prima inſtitutio, quia ita heres datur pupillo, & ſubſtitutus accipit bona pupilli, quæ obvenerunt ei undecunque, ut hic expreſſe ſcriptum eſt, neque enim ſuis bonis ſubſtituit teſtator, ſed impuberis, ut ait JCtus *in l. ſi* 10. §. *ad ſubſt. tit.* ubi ex eo infert exheredato quoque ſubſtitui poſſe. Et vitioſa lectio peperit hic objectionem ex *l. miles* 41. § *ſi miles* 3. *de milit. teſt.* quaſi ad ſubſtitutum exheredati tantum pervenirent bona patris nam, ut & in Flor. habetur, verbum *exheredato* pertinet ad *d.* §. 3. & inde novus incipit §. *Miles & emancipato filio ſubſtituere poteſt &c.* Eſt autem cõmuniſſima hodie ſententia, teſtamentum in quo juſta non eſt adjecta cauſa ingratitudinis, ipſo jure nullum eſſe *per N.* 115. *cap.* 3. cui conſequenter (& quid de hac opinione ſentiendum ſit, dicemus ad tit. 18.) non poterit exheredari pupillus, niſi qui proximus ſit pubertati, doli capax in quem ea cadere poſſint, de quibus in *d. N.* 115. Sed an etiam 1 poterit † ſubſtitui exheredato exemplariter ſive quaſi pupillariter? Id quidem Dd. negant frequentius, & hanc inter pupillarem & exemplarẽ ſubſtitutionem ſtatuunt differentiam: ex hoc fundamento, quod non ſit humanitatis, quæ huic juri dedit cauſam *l. C. h. tit.* exheredare filium, morbo præſertim tam gravi oppreſſum, ut miſeratione potius dignus ſit, ſed argumentum iſtud mihi infirmius videtur, quam ut patri jus ſuum, quod ex LL. habet, auferre poſſit. Et cum jure, quilibet filius accepta legitima poſſit exheredari, non video quid ni poſſit & hic filius, cui etiam hac gratia omnino legitimam vult dari Juſtinianus *in d. l.* 9.

Et ita quidem ex ratione juris veteris: cum autem hodie poſt *N.* 115. *ca.* 5 legitima ſit relinquenda titulo inſtitutionis, niſi filius ita deliquerit in parentem, ut jure exheredari poſſit: ſane conſequens eſt, ut filio mente capto furioſo exheredato ſubſtitui non poſſit, liquidem legitimam ipſi relinqui vult Juſtinianus Exheredato juxta hũc §. ſubſtitui poteſt, ſed legatis & fideicommiſſis, quod ad ea bona quæ aliunde ipſi obveniunt gravari nõ poteſt. Subſtituendi enim jus pendet à mero jure poteſtatis, & inſuper creditur ſpectare ad utilitatem pupilli *l. Iulianus* 42. *in pr. de adq. her. arg. l.* 6. *in pr. de interrog. in jur.* Legatum autem eſt onus heredis *l. coheredi* 41. §. *quod ſi* 3. *h. t. l.* 1. §. *ſciendum* 6. *de legat.* 3. Atque hanc cauſam eſſe puto, cur ab exheredati ſubſtituto pater legare poſſit *l. ab exh.* 126. *de leg.* 1. quia nec ab ipſo exheredato poteſt, & ipſe pater revera nihil conſert in ſubſtitutum, ſed mero jure patris ſaltem eum heredem facit: nec ulterius ei permiſſum fuit. Plane ſi pater exheredato quid legaverit, etiam eum gravare poterit *d. l.* 41. §. 3. *h. t.* & conſequenter exheredati quoque heredem ſubſtitutum ex ratione juris per *l. ſi fuerit* 5. §. 1. *de legat.* 3. licet

3. licet aliud odio exheredationis placuerit Juſtiniano *in l. cum quidam. C. de legat.* quæ certiſſima ad illum locum reſponſio eſt, quamvis alii rationem ſpecialiter dent, quod pater non poſſit legare in teſtamento ejus, ad quem nulla pars hereditatis ejus, pervenit. Poſſit autem contra hunc §. objici: ſubſtitui pupillariter tantum poteſt ſuis. Exheredati non ſunt ſui. Ergo iis ſubſtitui non poteſt. Minor probatur ex *l. 1. §. cum ſanguineos 10. de ſuis & legit.* ſed omnino neganda eſt aſſumptio, neque enim exheredatio uſquam refertur inter modos tollendæ ſuitatis: & quiſquis in poteſtate eſt primo gradu, eum ſuum eſſe & manere neceſſe eſt, atquin utique exheredatio non tollit patriam poteſtatem, Et cum pater poſſit mutare teſtamentum, efficeretur, quod ex libitu patris & arbitrio filius modo ſuus eſſe deſinat, mox rurſus ſuus efficiatur & in poteſtate: quo nihil eſt abſurdius. Fieri prorſus non poteſt, ut ipſo puncto cum teſtamentum & exheredē ſcribit filium, ſuitas ſublata dicatur, cum & ſæpe clam ſcribantur teſtamenta. Quin nec cum moritur pater exheredatum filium ſuitatem amittere ſolidiſſime hinc probatur, quod ſuitate ſublata in perſona filii, qui proximo gradu ſunt, nepotes in locum ejus ſubintrantes, jura ſuitatis conſequuntur, ut diximus ad §. *poſtumorum ſup. de exhered. lib.* Atquin exheredato filio nepotes ex eo nati jus ſui heredis non conſequuntur, ſed filius etiamnum illis obſtat, ut diſertiſſime probat *l. ſi quis d. in pr. de iniuſt. teſtam.* ubi exheredatus deliberante herede ſcripto deceſſit, nec tamen nepos natus rumpit teſtamentum, quem JCtus negat exheredari debuiſſe, quia eum pater præcedebat. Sed ex adverſo: ſi moriente patre exheredatus eſt ſuus, fiet neceſſario. ut poteſtate juris ſuus heres exiſtat patri, quod abſurdum eſſe, & imo contradictionem implicare videtur, tum etiam iſtud incommodum occurrit, quod, ad *pr. tit.* diximus, ubi ſuus heres adeſt, licet abſtinens, alius heres directo eſſe non poteſt, ſed ſi ad quem alium bona perveniunt, huic tantum utiles dantur actiones *l. ult. de adq. her.* atquin non dubitatur, quin exheredato filio, inſtitutus hæres poſſit adire hereditatem jure civili, & probat *d. l. 6. in pr. de iniuſt. teſt. l. filium 20. in pr. de bon poſſ. cont. tab.* Et cui non defertur hereditas ab inteſtato per legem ut ſuo, imo cui nullo modo defertur, ille nec poteſt dici eſſe ſuus heres: atquin exheredato non defertur hereditas, ut ſolide probamus *infr. §. eum autem 7. de hered. ab int.* quæ cum hoc §. ſunt conjungenda. Dicam, tempore teſtamenti facti, omnino eſſe adhuc filium ſuum, & videlicet inde fieri, ut nepotes ex eo nati ſive naſcituri, non ſint exheredandi aut inſtituendi. Ceterum tempore mortis, ſi conſideramus exheredationem ut validam, filium exheredatum pro ſuo haberi non poſſe, nec exiſtere ipſo jure patri heredem, & hoc fieri ob jus poteſtatis *arg. 11. de lib. & poſtum.* ubi hoc argumento probat JCtus liberos poſſe exheredari, quia eos & occidere licebat. Et igitur pater habet poteſtatem adimendi filio per exheredationem hoc jus, quod civili jure alias filius habuiſſet. Dixi, quatenus exheredatio ut valida conſideratur, ſi enim quo caſu nullum fiat patris teſtamentum, vel irritum, & v. c. per repudiationem heredis ſcripti, ſublata cauſa, quæ pene ſuſtulit ſuitatem, qui exhæredatus fuit, quaſi retro ſuus heres eſſe & fuiſſe patri ab inteſtato intelligitur, ut eleganter tractat JCtus *in l. filium 40. in pr. de bon. poſſ. cont. tabb.* Hæc breviter ad quæſtionem mire intricatam & ſubtilem: cavendum hinc moneo à Gothof. qui indiſtincte ſcribit *ad d. l. 1. §. 10. de ſuis & leg.* exheredatos non eſſe ſuos: quod ita ſimpliciter prolatum falſum eſt.

Eadem etiam de poſthumis.] Poſthumos olim exheredari potuiſſe certum eſt. Ex hypotheſi autem, quod ut paulo, ante diximus, hodie teſtamentum ſit nullum ſi exheredatus ſit filius ſimpliciter ſine cauſa, de quo dicemus ad *tit. 8* poſtumus utique in quem nulla cauſarum *in N. 115 cap. 3.* cadit, non poterit exheredari: & ita nec de ſubſtitutione quæ fiat poſtumo exheredato poterit quæri.

TEXTVS.

6. Liberis autem ſuis teſtamentum nemo facere poteſt, niſi & ſibi faciat: nam pupillare teſtamentum pars & ſequela eſt paterni teſtamenti: adeo ut ſi patris teſtamentum non valeat, nec filii quidem valebit.

COMMENTARIUS.

1 *An ordo ſervandus in inſtitutione & ſubſtitutione.*
2 *Quid jure prætorio, ſi non valeant tabb patris.*
3. *Quid jure novo poſt. N. 115.*
4 *An exiſtentia nuda firmet tabb. pupillares.*

POteſt quidem diverſis temporibus & modis ſubſtitui filio, ut diximus *ad §. 2.* ſed ut tamen omnimodo pater ſibi quoq; ſcribat heredem: cum non conveniat, ipſum decedere velle ab inteſtato, & filio

& filio ſucceſſorem teſtamentarium dare. Et placuit permitti patri teſtamentum facienti, ut ſimul & proſpiceret impuberi. Quo poſito, teſtamentum patris eſſe principale, ex vulgatiſſima regula. Quod acceſſorium ſine principali ſubſtituere non poſſit, ſatis conſequitur, quod hic ſcribit Tribonianus, tractans ſcil. de paganis, miles enim filio ſoli ſubſtituere poteſt *l. 2. §. 1. h. t.*

Niſi & ſibi faciat.] Sed non ordo neceſſarius eſt?
1 Et naturæ hic † ordo eſt, ut principale ſit prius, ſecundum quod & reſponſum eſt *in l. 2. § prius h. t.* patrem non debere convertere ordinem ſcripturæ. Cui tamen videtur refragari §. ſeq. ubi admittitur teſtandi forma, in qua ſubſtitutio præcedit. Ea res fecit, ut quidam *in d. §. prius 4. l. 2. h. t.* pro *comprobata* legerent *improbata*: alii inter caſum exheredati & inſtituti filii diſtinguerent. Rectior reſponſio eſt, quam Ultramontanis tribuit hic Vigil. & Jaſoni, & ipſe ſequitur: ſi conjunctim & ſubſtitutio & inſtitutio facta ſit, non nocere ordinis inverſionem, cum nec in ita conjunctis ordo ullus ſpectetur. Atque hic eſt caſus *d. l. 2. §. ſed ſi quis 5. h. t.* & hanc quoque explicationem probat *Angel. hic.* dicens eam eſſe DD. communiter, quod non attendatur ordo, ubi inſtitutio & ſubſtitutio fiunt eodem contextu.

Nec filij valebit.] Corruente enim principali, non poteſt ſubſtituere acceſſorium. Idemq; ſi patris teſtamentum ab initio fuerit nullum. Et intel-
2 lige ſi aliquo modo juris † civilis teſtamentum fuerit irritatum aut infirmatum, ſecus ſi ſaltem jure prætorio: Etenim petita bonorum poſſeſſione contra tabulas teſtamentum jure prætorio irritatur, de quo dicemus *infra libr. 3. titul. 10.* & tamen ſalvæ manent pupillares tabulæ *l. ex duobus 34. §. ult. cum l. ſeq. h. t.* Quæritur de ratione maxime cum per querelam inofficioſi fiat, ut etiam tabulæ corruant pupillares *l. Papinianus 8. §. ſed nec 5. in fin. de inoff. teſtamento.*

Et quidem querelæ inofficioſi hic color eſt, quod arguatur teſtator non ſanæ mentis: & proinde nihil ab eo diſpoſitum valere poteſt *l. Titia 13. in fin. de inoff. teſtam.* quo non accidit, ubi petitur cont. tabb. poſſeſſio bonorum. Quod attinet ad *d. l. 34 §. ult. h. t.* crediderim prætorem beneficium ſuum concludere quam anguſtiſſimis finibus voluiſſe. & quam minimum poſſet derogare juri civili. Itaque cum ſeparatam conſiderationem, filij & patris teſtamentum reciperet. porrigi noluiſſe effectum & vim bonorum poſſ. cont. tabb. ad ſubſtitutionem pupilli. Huc accedit quod Accurſ notat, prætoria remedia non ſatis valida eſſe, ad reſcindenda ea quæ conſtituta ſunt jure civili: quod ita accipio, ut ſecundum jam dicta, non operentur ultra, quam voluit directo prætor, nec omnino actum totum nullum penitus reddant: cum & prætor heredes ſuos bonorum poſſeſſores non niſi actionibus utilibus tueatur. Accedit & hoc, quod nec jure prætorio omnino nullum eſt teſtamentum, contra quod prætor dat bonorum poſſeſſionem contra tabb. quippe cum ſi hoc ſeptem teſtium ſignis ſit conſignatum, ſecundum illud prætor det bonorum poſſeſſionem heredibus ſcriptis, licet filij præteriti fuerint, ut tamen potiorem faciat conditionem liberorum, quibus prævertentibus, poſſeſſio ſecundum tabb. fit ſine re *l. 2. in princ. de bon. poſſ. ſec. tab.* quid mirum igitur, ſi ſubſtitutio pupillaris in qua nihil peccatum eſt contra edictum prætoris integra & in ſtatu ſuo conſervatur? Propoſitio igitur huius § quod ſi non valeat patris teſtamentum, nec tabb. pupillares valeant, vera eſt, ſi non valeat teſtamentum patris jure civili: & id quidem omnimodo jure vete-
3 ri. Jure novo † aliud obtinere communiter placuit poſt *N. 11 §. cæt. 3.* ubi conſtitutum eſt, ut licet inſtitutio nulla ſit, cetera tamen capita ſalva maneant, de cuius N. ſententia dicemus plene *ad tit. 18.*

Porro fit etiam irritum teſtamentum deſtitutione, ſi non adeatur hæreditas *l. 1. in fin. de inſt. teſt.* Et igitur ſi non adeatur patris hereditas, corruent tabulæ pupillares, quod & nominatim cautum eſt *l. 2. §. 1. & l. ſed ſi 10. §. ſi ex aſſe 4. h. t.* idque ſi exheredato filio ſubſtitutum dederit pater, de quo agitur *in d. §. 4.* extra dubium eſt. Sed quid ſi inſtitutus
4 filius ſe non immiſceat † ſed abſtineat hereditate patris, an corruunt tabulæ pupillares, an valebunt nihilominus: Et communiter placuit, valere eas, idque eſt, quod vulgo jactatur, per exiſtentiam ſui heredis confirmari tabulas pupillares, vel potius paternas, quoniam has prius valere oportet, ut confirmentur tabulæ pupillares, in quam rem caſus eſt *in l. ſi filius 12. h. tit.* & cum utile cenſeatur pupillo, habere heredem ex ſubſtitutione, favorabiliter admiſſum videtur, ut ad confirmationem ſubſtitutionis nude etiam extitiſſe pupillum heredem ſufficeret, cum etiam ſubſtitutio pupillaris tota ſit ex jure civili, & quod jure prætorio filius abſtinet non faciat quo minus jure civili pro herede habeatur, per ea quæ ſupra ad pr. tit. diximus. Facit *l. ex contractu 44. de re iud.* ubi cum pupilla abſtenta eſſet, tamē bona poſt ad ſub-

jam olim quoſdam probaſſe refert hic *Angel. n.6.*) ut teſtamenti quidem paterni tempore fuerit adhuc extraneus, ſed tempore ſubſtitutionis arrogatus : licet enim ſubſtituere pupillo ex intervallo & poſtquam quis ſibi teſtamentum condidit : *l. 16. h. t.* quod quidem nimis eſt divinatorium. Et non adeo difficulter ad argumenta & fundamenta alterius partis reſponderi poſſe videtur. Nimirum in *d. l. 41. §. 2. h. t.* illud omnino & præciſe à JCto exigitur, ut tempore mortis ſit in poteſtate cui ſubſtitutum eſt, non itidem ut tempore ſubſtitutionis : Ad *d. l. 49 de hered. inſt.* reſpondebo aliud eſſe in inſtituto, aliud in herede ſubſtituto, qui datur filio, cujus id potius quam patris teſtamentum eſt; & utique qui filio ſuo poſt etiam facto ſubſtitutus eſt, capax eſt hereditatis quo ad filium. Nec male ex ſententia veterum removet hanc objectionem Angelus: ubi quæritur de capacitate inſtituti, ibi tria omnino tempora attendi: ſed ubi de alia habilitate nunc ſufficere tempus mortis, ſaltem ex quo à principio non fuit ex toto nulla diſpoſitio, quomodo ſane non eſt hoc caſu. Veniebat amplius in mentem poſſe diſtingui, an quæratur de ſubſtitutione facta ut filio, an ut nepoti, quam præcedebat filius rempore ſubſtitutionis: ut illo caſu neceſſe ſit filium eſſe quoque in poteſtate ſubſtitutionis tempore : non autem hoc, quandoquidem nepos quem filius præcedit, quadam conſideratione poteſt dici extraneus, & utique non eſt ſuus. Itaque cum eo caſu quo ſubſtitutio fit nepoti in poteſtate quem antecedit filius, non tam ipſo jure initio valeat, quam in eventum, quo filius ex poteſtate poſt ſublatus eſt; quid ni etiam ſuſtineatur, ſi fiat extraneo tamquam ex filio, ſi ille extraneus poſtea tamquam ex filio natus adoptetur, aut arrogetur, in eventum quo filius præmoritur ante patrem. Et iſta de hoc ſatis.

Veluti ſi quis ita.] Hæc duplex ſubſtitutio dicitur in *l. 1. h. t.* quia explicare utramque formulam & vulgariter & pupillariter ſubſtituendi comprehendit; & ita quidem olim exprimere neceſſum erat ſi quis in utrumque caſum proſpectum ſibi & pupillo vellet, poſtea introductum fuit ab Impp. Marco & Vero *l. 4. infr. h. t.* ut in vulgari ſubſtitutione pupillo facta, contineretur etiam pupillaris: de quo nemo dubitat. Quæ ſententia limitatur procedere, ſi ſolis pupillis ſubſtitutum ſit, Quod ſi enim adjecta ſit perſona cui pupillariter ſubſtitui non poteſt, propter inæqualitatem perſonarum præſumitur pater vulgariter tantum ſubſtituere voluiſſe *l. 2. §. 2. leg. Lucius 45. h. t. leg. 4. Codic. eod.* Fundatur enim conſtitutio Impp. in præſumta, aut ſubintellecta partis voluntate, quia præſertim propter conjunctionem teſtamentorum & quaſi unitatem, quem ſibi deficiente filio heredem eſſe voluit, eundem etiam cenſetur filio voluiſſe eſſe heredem, quod præſertim ſubſtitutio pupillaris tamquam favorabilis pupillo & utilis accepta eſt, *l. Iulianus 42. in princip. de adquirend. hæredit.* Eſtque adeo hæc tacita pupillaris ſubſtitutio, quæ in vulgari expreſſa
3 continetur. Sed an viciſſim † pupillaris expreſſa ſola, tacite continet vulgarem ? Id quidem à Doctor. communiſſime affirmatur. Sed jam olim de eo dubitavit *Curtius in leg. precibus Codic. h. t.* cujus & meminit *Covarr. in cap. Rainut. de teſtament. §. 5. num. 7.* & non pauca contra eam communem ſententiam movet *Vigl. hic numer. 19.* aperte autem contradicunt *Polit. de ſubſtitut. pupill. quæſt. 8. num. 39. Anton. Fab. decad 32. de errorib. pragmat. cap. 9. & 10.* Communis autem opinio confirmatur per *dict. leg. 4. §. 2. verſ. hoc ita h. t.* ibi, *in utrumque eventum*, & ait enim ibi Juriſconſultus in caſu ibi propoſito, ſi quis puberem & impuberem filios habens, puberem impuberi ſubſtituat, ſi impubes heres extiterit, & intra pubertatem deceſſerit, cenſeri in utrumque eventum puberem ſubſtitutum; idque ex fine ejus textus apertius patet, ubi JCtus ait, rectius facturum patrem, ſi evitandæ quæſtionis cauſa utrumque caſum ſubſtituat; quia cum ibi inæquales ſint perſonæ, poſſit de voluntate & mente patris quæſtio eſſe. Et igitur apparet hinc nihil eſſe abſurdi, ut in pupillari ſubſtitutione vulgaris contineatur: ex quo pleraq, argumenta contrariæ ſententiæ corruunt. Et ſicut ſuadet favor pupilli, ut habeat teſtamentarium hæredem, ita etiam ſuadet teſtatoris favor ut & ipſe quoq; habeat heredē, quod fit per vulgarem ſubſtitutionem. Et commentitium eſt quod de ordine graduum, primi & ſecundi, & ita ſubſtitutionis vulgaris & pupillaris Fab. adfert. Nullus enim hic & ordo, ſed uterq; caſus per ſe ab altero omnino eſt ſeparatus, & altero modo teſtatori, altero, filio pupillo ſcribitur heres. Imo cum pater filium inſtituit heredem, quem etiam ſperat heredem ſibi futurum, & ſua bona accepturum, eum quē filio heredi facto ſubſtituit, & per conſequentiam conſecuturum etiam ſua bona putat; quid ni etiam præſumamus voluiſſe teſtatorem ita ſubſtitutum, deficiente filio ſibi hæredem eſſe, ad quem cum ſuis bonis filii etiam

etiam poſt quæſita bona voluit pertinere: & quem ſi verba expreſſa ſequimur, magis dixit, quam eum quem tantum ſibi fecit expreſſe hæredem. Quod ſi igitur hunc pupillariter ſubſtitutum fingimus & admittimus, quid ni concedimus hoc quoque, eum qui pupillariter ſubſtitutus eſt, cenſeri vocatum ad patris etiam hæreditatem, deficiẽte pupillo. Idque etiam ſuadet, quod indefinite & indiſtincte ſcriptum eſt in *d. l. 4 in prin. h. t.* eum qui ſubſtitutus eſt populo in ALTERUM caſum, in utrumque ſubſtitutum videri; neque verba ſequentia reſtringunt hoc, ſed tantum exemplum proponunt. Neque verum eſt, quod Faber obiicit, ita futurum, ut principale, videl. patris teſtamentum confirmetur per acceſſorium, & in teſtamento filii pater ſibi faciat hæredẽ; nam ponimus filium inſtitutum, cui pater ſubſtituit pupillariter; quæ inſtitutio conſtituit tabulas & teſtamentum patris: Quod ſi enim exhæredato ſubſtitutum ponamus, facile concedent Dd. in ſubſtitutione tum pupillari, non contineri vulgarem, ſiquidem, qui filium ipſum ab hæreditate excluſit, non poteſt credi eum hæredem feciſſe & ſibi voluiſſe eſſe hæredem, quem huic filio ſubſtituit. Denique non adeo valde obſtat, quod in *l. paterfamil. 28. de reb. aut poſſ.* & forte alibi pupillo, qui ſubſtitutum habet, abſtinente, nulla fit mentio vulgaris ſubſtitutionis, cujus vi & poteſtate ſubſtitutus poſſit adire hæreditatem patris. Etenim principalis quæſtio iſtius loci non iſta eſt, ſed hæc, an ſubſtitutus pupilli qui abſtinuerat, teneatur reſpondere creditoribus paternis, & an poſſit ſeparare hæreditates, quæ ipſa exiſtentia poteſtate juris civilis ſunt conjunctæ. Et cum de creditoribus diſtrahentibus, vel diſtrahere volentibus bona paterna ibi tractetur, adeo bona patris non fuerint ſolvendo, credibile plane eſt, quod & ſubſtitutus repudiarit paternam hæreditatem, utcunque vi tacitæ vulgaris ſubſtitutionis delatam. Addo unum argumentum pro communi opinione, quod ea jam olim placuit & defenſa fuit à M. Craſſo contra Q. Mutium, referente *Cicerone pro Cæcinna, in Bruto & 2. de orator.* Coponius quidam inſtituerat poſtumum hæredem, eique ſi ante pubertatem mortuus eſſet ſubſtituit Curium. Cum poſtumus prorſus natus non eſſet, defendit tamen Craſſus, Curium debere eſſe hæredem Coponii ex ſubſtitutione, non autem hæreditatem deferre ad agnatos. De *quo Quintil. 7. inſt. 7.* Hæres erat ſubſtitutus, ſi poſtumus ante tutelæ ſuę annos deceſſiſſet; non eſt natus; propinquus bona ſibi vindicabat; contra quem dixit ſcil. Craſſus & teſte Cicer. pio Cæcinna, obtinuit. Ecce hæc ſententia, ubi ſubſtitutus pupillo etiam cẽſeretur ipſi patri datus hæres, placuit jam olim Craſſo, & probata eſt centumviris; & noſtri recentiores eam, usque adeo abſurdam eſſe nobis perſuadere volunt. Et vero ſimile eſt, quia hoc propter autoritatem Mutii adhuc controverſum erat, D. Marcum id conſtitutione ſua decidere voluiſſe. Verum de iſto plus ſatis.

4 *Siquidem non extiterit † hæres filii.*] Id eſt ſi non effectu extiterit, nec ſe immiſcuerit: Ceteroquin poteſtate juris civilis ſuus omnimodo exiſtit hæres; ſed ſcilicet nuda illa exiſtentia ſi hic attenderetur, faceret, ut filio nullo modo poſſet ſubſtitui vulgariter. Atquin jure noſtro filius etiam ſi abſtineat, quoniam hoc non ex civili, ſed ex prætorio eſt, jure civili pro hærede habetur; & dicitur non eſſe ſine hærede, qui ſuum habet hæredem, licet ſe abſtinentem, per *l. 1. §. qui ſunt 5. ff. quis omiſſ. cauſ. teſtament. l. cum quaſi 30. §. ſed etſi 10. de fide comm. lib.* cujus rei inſignis effectus eſt, quod ſuo ſe abſtinenti cohæredi, ad quem pars pertinet, pro iſta parte tantum dantur utiles actiones, *per l. ultim. de adquir. hæred.* Et an igitur & ſubſtitutus filio, qui eſt in poteſtate, abſtinente illo, non ipſo jure fiet hæres, ſed tantum ex æquitate prætoria utiles actiones habebit? Hoc videtur dici non poſſe, efficeretur enim hinc, eum non venire directo ex ſubſtitutione, nec hæredem eſſe patris teſtatoris vere, contra hunc § & alios textus, quibus abſtinente filio tuo hærede, ſubſtitutum hæredem effici patris dicitur; & ſubſtitutum patri fieri hæredem hic traditur, & quæ referuntur verba ſubſtitutionis, omnino inferunt directam ſubſtitutionem; *Si filius mihi hæres non erit, Caius hæres eſto. h. textu & in leg. 1. in princ. D. eod.* Hæc ratio feciſſe omnino videtur, ut Interpp. vulgo ſtatuerent, per ſubſtitutionem vulgarem tolli ſuitatem, de quo v. omnino *Angel. in §. ſui autem infr. de hæredit. qual. numer. 10. & ſeq.* Et ſane ita ſe habet, ut conditio illa, ſi filius mihi hæres non erit, non videatur admittere illum effectum juris civilis: quo ſcilicet filius omnimodo ſit hæres, nec ullo modo efficere poteſt ne ſit hæres; Neque enim in formula illa. *ſi hæres non erit*, continetur tantum caſus, quo filius hæres eſſe non poteſt, ſed etiam quo non vult, & adeo quo abſtinet. Et cum igitur jure civili hoc permiſſum ſit parentibus, ut in caſum quoq; vulgarem liberis ſubſtituant, oportebit ſimul fateri,

tali ſubſtitutione pene enervari ſuitatem, & effectus eius quodammodo inhiberi: & hoc utiq; effici, ut quod habuiſſet filius ex prætorio jure, ut nimirum liceret ſibi abſtinere, id jam habeat ex ipſius patris permiſſione, & proinde ex jure civili: idque probatur ex *leg. verba* 12. *de conditionib. inſtit.* hæc verba, *ſi volet hæres eſto*, in neceſſario conditionem facere, ut ſi nolit, hæres non exiſtat; ut poſt conceſſum à prætore ius abſtinendi, pater etiam hanc facultatem dare potuerit. Atquin ſubſtitutione vulgari hoc ipſum comprehenditur, ut inſtitutus poſſit nolle, & velle pro libitu ſuo. Totum plane ius ſuitatis tolli per vulgarem ſubſtitutionem admitti non poteſt; Ita enim manifeſta implicaretur contradictio; quoniam tantum ſuis ſubſtitui poteſt pupillariter: & quomodo contineri poſſit, igitur pupillaris tacita in expreſſa vulgari, ſi per hanc ſuitas omnino cohiberetur & tolleretur. Et vulgaris ſubſtitutio ergo in ſumma hoc facit, ut citra beneficium prætoris etiam jure civili poſſit abſtinere filius, data quaſi hac ſibi poteſtate & conceſſa ab ipſo patre. Theophilus tamen aliter ſentit, & diſerte ſcribit, vulgarem ſubſtitutionem tum demum in filio habere locum, ubi filius ante patrem deceſſit: Ceteroquin ſi filius patri ſupervivat, licet ſe abſtineat ſubſtitutum vulgarem excludi, ſed falſa hæc eſt ſententia; & poſſunt videri, quæ late ſcripſimus ad Fabr. decade 32.

Ipſi filio ſit hæres ſubſtitutus.] Nimirum ex ſubſtitutione pupillari, per quam pater hæredem ipſi filio ſcribit, quod cum intelligatur eſſe teſtamentum pupilli, cui directo ſuccedit ſubſtitutus, fit inde, ut quandocunque intra pubertatem mortuo filio ſubſtitutus non tantum bona patris adipiſcatur, ſed omnia quæ impubes interim adquiſivit ratione quacunque, ut docet §. 4. *infra h. t.* Et proinde hoc quoque conſequens eſt, ut ita excludantur per ſubſtitutum omnes, qui alias ab inteſtato pupillo ſucceſſuri fuiſſent; quippe cū quamdiu ex teſtamento ſuccedi poteſt, ſucceſſio ab inteſtato non habeat locum. Hoc in matre pupilli

§ ſi qua adhuc † ſupereſt, videtur ſapere iniquitatem, quod à legitima quoque ea excluditur, nec querelam habeat excluſa penitus *l. Papiniani* 8. *ſed nec* 5. *de inoffic. teſtamen.* Atquin quod ipſe filius teſtamentum faciens non poſſet, ut matri adimeret legitimam, id per patrem, ut fieri poſſit, non ſatis rationis eſſe videtur, quia filii teſtamentum dicitur ſubſtitutio pupillaris, perinde ac ſi filius jam pubes teſtamentum feciſſet; quo utique matrem à legitima excludere filius non poſſe, & excluſa mater inofficioſi querelam haberet. Hæc ipſa tamen ratio videtur retorqueri poſſe: ſiquidem dicemus ſubſtitutionem pupillarem habere quidem effectum eum, quem ſi feciſſet id filius haberet, quo ad jus ſuccedendi, ſed tamen non eſſe utique à filio, ſed à patre factum. Hinc cum querela inofficioſi ſub hoc prætextu competat, quaſi non ſanæ mentis fuerit teſtator, & vero agatur de teſtamento filii, quod tamen ſibi ipſe non fecit, fit, ut nec querelæ locus eſſe poſſit, cum utique pupillus dici non poſſit, quod non ſuæ mentis fuerit, quippe qui teſtamentum non fecit; & contra teſtamentum mariti querelam uxor non habeat. Et hanc rationem inſinuat JCtus in *d. l.* 8. §. 5. *de inoff. teſtam.* his verbis, *quia pater ei hoc fecit*: & concordat jus Can. *in cap.* 3. *de teſtam. in VI.* Hæc ita in pupillari ſubſtitutione expreſſa recepta & vulgo ſunt. Idem in tacita quæ in vulgari expreſſa continetur, non pauci ex recentioribus probant, & ex his *Vigl. hic Donell. ad l. precibus* 8. *C. h. t. Vaud.* 1. *quæſt.* 44. *Ant. Fab.* 15. *conject.* 19. & olim ita cenſuiſſe Fulgos. refert *Inſ. in dict. leg.* 8. ſiquidem cum hic pupillus ex interpretatione Impp. habeat teſtamentum & hæredem, non poteſt ſive mater ſive quicunque alius ad ſucceſſionem inteſtati admitti, aut uti querela, per rationes paulo ante allatas. Hæc opinio probatur etiam ex *l.* 2. *C. h. t.* in cuius ſpecie apparet, patrem ſubſtituiſſe vulgariter pupillo, & reſpondetur ideo filii, qui impubes mortuus eſt hæreditatem deferri matri, quoniam obinæqualitatem perſonarum, (de qua ſupra diximus) ſubſtitutio vulgaris continere pupillarem non poteſt. Ergo ſi iſta ratio non obſtaret mater eſſet excluſa. Et tamen tritum eſt vulgo, hoc argumentandi genus à contrario ſenſu, non multum habere momenti, ubi dicitur ex LL. Cod. quæ ad caſus ſingulares & infacto occurrentes fuerunt reſcriptæ & ſancitæ. Et vero contraria opinio communiſſime recepta eſt, quod ubi mater in medio eſt, in vulgari quidem contineatur ſubſtitutio tacita pupillaris (quid enim ſi mater præmoriatur, aut repudiet filii hæreditatem) ſed contra matrem ſuperſtitem & ſuo jure utentem non habeat locum, adeo citra aliud remedium mater ad filii ſucceſſionem ab inteſtato admittatur. Cui opinioni cauſam præbuerunt duo textus in *l. precibus C. h. t. & in l. ult. Cod. de inſt. ſubſtit.* In illa ſatis perſpicue negatur, in vulgari caſu contineri pupillarem quod ideo fieri putant Dd. quia pupillus matrem ſuperſtitem habuit:

Sed

Sed diverſæ ſententiæ autores hanc rationem eſſe putant, quod miles fecerit teſtamentum, in quo tantum attenditur voluntas expreſſa, non ex jure & legibus præſumpta, aut intellecta. In hac ſane Juſtin. favore matris etiam reſtringit, nec extendi vult diſpoſitionem patris. Nec ſatis ex eo removetur hæc objectio, quod pater matrem adſcripſit filio cohæredem; quin imo in eo potius fundatur ea deciſio, quod æquum eſt luctuoſam filii hæreditatem matri deferri potius quam extraneo, ne ſimul & filij & pecuniæ habet jacturam, argument. *l. iure C. de iure dot.* Quidquid eius ſit, opinio hæc communis in foro obſervatur, contra quam qui diſputare ibi voluerit, ridiculus habeatur. Et pluribus de his agere huius loci non eſt. Illud addendum, quod diximus, ſubſtitutum capere omnia bona filij quoque videri fallere in impubere arrogato, cui tantum in bonis à ſe profectis, vel ſimilibus ſubſtituere poteſt adrogator *l. ſed ſi* 10. §. *in arrogato C. h. t.* Sunt autem plures caſus. Quid ſi & pater naturalis ei ſubſtitueret, putant Dd. pupillum decedere hic cum duobus teſtamentis', quia etiam duos patres habuerit. Sed non ita eſt: & prior ſubſtitutio per adrogationem ipſo jure corruit, & ſubſtitutus vi cautionis bona ſequitur, ut diximus ad §. *ſed cum ſupr. de adopt.* Quid ſi adrogator tantum ſubſtituerit? Et quod ad bona quæ pupillus habuit vivo patre adrogatore, ea ipſo jure patris ſunt: & itidem proximi cognati ea capiunt vigore cautionis ut diximus eodem loco. Sed quo ad ea quæ pupillus adquiſivit poſt mortem patris adrogatoris, & quæ in cautione contineri non poſſūt, fatendum eſt, cum ad ea ſubſtitutio patris adrogatoris itidem non porrigatur, ea capere proximos agnatos jure ſucceſſionis; & ita ſane pupillum hic pro patre teſtatum, pro patre inteſtatum decedere: quod in caſu tam ſingulari mirum habendum non eſt.

Moribus inſtitutum eſt.] De moribus dictum eſt ad §. *ſine ſcripto infr. de iur. nat.* & ex iis quæ ibi ſcripſimus, apparet ineptos eſſe vulgo Interpp. qui ob id à Lacedæmoniis putant eſſe jus ſubſtituendi pupillariter: decepti ab ipſo Triboniano, qui in d. §. ita loquitur, ac ſi Lacedæmonii tantum jure conſuetudinario uſi fuiſſent; quod falſum eſſe ibi probavimus; & inſuper recte notat Vigl ſi quid Romani acceperint ex moribus Lacedæmoniorum id à X. viris in XII. tabulas relatum fuiſſe, nec adeo jure noſtro, moribus acceptum referri. Et nimirum quæque Reſpubl. ſuas & LL. & mores habet, ut ait Juriſconſultis in *leg. omnes 9. de inſt. & iur.* Diſtinguit Vigl. mores à conſuetudine. Haud ſcio an ſatis recte utique enim conſuetudo eſt ius moribus receptum, ut definitur in *dict. §. ſine ſcripto 9. de iur. nat.* quomodo & in *l. de quibus 32. in prin. de Legib. moribus & conſuetudine.* Fatebor tamen aliquando, Mores paulo ſtrictius accipi, & pro iure aliquo conſtantiori quod antiquitus receptum, & ſemper conſtanter obſervatum fuit, & vix mutari ſolet; cum etiam aliquando, quod jure naturæ, aut gentium primario, & ipſo quaſi inſtinctu rationis & honeſtatis ſancitum eſt, moribus acceptum referatur, ut in *leg. ſororis* 39. § 1. *iunct. l. ultim. de rit. nupt.* Quo ſane ſenſu ſubſtitutio pupillaris ad mores referri nō poteſt, cū iſtud mere civile eſſe videatur, ut pater poſt mortem ſuam, in tempus uſque pubertatis filio faciat heredem: ſed ut non male Hottoman. ſcribit, cum quidam removere volens à ſucceſſione filii, vel proprio judicio vel prudentum conſilio, ita id feciſſet, alii poſt eum imitari fecerunt, ut ſine aliqua Lege id in mores tranſiret, ut hæc facultas eſſet patris filio heredem facere, quamdiu id ipſe ſibi non poſſet.

TEXTVS.

2. Qua ratione excitati etiam conſtitutionem poſuimus in noſtro Codice, qua proſpectum eſt, ut ſi qui mente captos habeat filios vel nepotes vel pronepotes cuiuſcunque ſexus, vel gradus, liceat eis etſi puberes ſint, ad exemplum pupillaris ſubſtitutionis certas perſonas ſubſtituere: ſin autem reſipuerint, eandem ſubſtitutionem infirmare ſancimus, & hoc ad exemplum pupillaris ſubſtitutionis, quæ poſtquam pupillus adoleverit, infirmatur.

COMMENTARIVS.

HAnc ſubſtitutionem vulgo vocant Dd. exemplarem, quoniam ad exemplū pupillaris dicitur h. §. introducta: neq; de verbis diſputandum eſt, ubi de re conſt. Recentiores rectius vocant quaſi pupillarem, quoniam ad inſtar pupillorum ſubſtituitur: exemplar. autem nihil definitū & determinatum ſignificat, & ipſi tamen veteres, & inprimis Sal. *l. 9. C. h. t.* quaſi pupillarem appell. ut nō ſemel. Extat de hac re conſtitutio Iuſt. ad quā hoc §. ſe ref. *in l. hum. 9. C. h. t.* Olim ut liceret ſubſtituere liberis puberib. v. c. mēte captis, ſpecialiter id impetrādū à principe erat *l. ex facti. 41. in pr. h. t.* quod quia ita facile nō poterat impetrari ſæpe. Juſt. permiſit in genere, ut etiā nō adito principe liceret ōnibus,

Digitized by Google

Loquitur & hic §. & ex qua desumptus est constitutio *in d.l.9.C.h.t.* de filio mente capto. Et quidem, alias quod de mente capto dispositum est, non protinus quoque pertinere ad furiosum, argumento est *l. si furiosi 15. Cod. de nupt.* Sed recte monet Viglius hic, amissa fere seculo Justiniani Latinæ linguæ proprietate, verba non esse captanda, & facit quod *in d.l. 23. h.t.* in terminis etiam est mentio furiosi: & hic eadem ratio militat, quæ dicitur legis anima. & Theoph utrumque expressit ἐκ τοῦ ἀναπόφευκτος: & satis apparet ex *l. ult. §. sin autem* 8 ibi *vel ad substitutum, C. de curat. fur.* Justinianum *in d.l.9.C.h.t.* etiam furiosum intellexisse. Itaque porro cum Justin. in hoc se fundet, quod mente captus testamentum ipse facere non possit, facile concedo in sententiam Dd. qui eam constitutionem etiam ad prodigos, quin & ad surdos mutos, quibus casibus scilicet facere testamentum non possunt, juxt. *l. discretis* 10. *C. qui testam. fac. poss.* arbitrantur esse porrigendam.

Si qui mente captos.] Verba *si quis* tam masculos quam fœminas complecti ait JC. *in l. 1. de verb. sign.* Id habet locum in hac tractatione, hanc enim facultatem substituendi exemplariter concedit constitutio etiam matri in verbis, *qui vel quæ*: & quoniam ergo hic necesse non est ut liberi sint in potestate, poterit pater & emancipato filio puberi ita substituere: quamvis id constitutio expresse non dicat, & in his hæc substitutio differt à pupillari: Intelligetur autem id matri permissum, si pater superstes non sit, & ipse filio non substituerit: ceterùquin potiorem esse patris causam, ratio suader.

Et si puberes sint.] Hæc principalis differentia inter pupillarem & hanc substitutionem est, ab objecto, substituitur enim hic puberi. Sed quid si impubes sit furiosus? Et liquidem de emancipato filio aut matre substituere volente quæramus, non potest esse nisi exemplaris substitutio. Sed in patre in cujus impubes potestate est, res nõ est, res nõ caret dubitatione. Et *Bart. in d.l. ex facta 43. h.t* putat pupillari tantum substitutum, utpote ordinario esse locũ, ut nihil confugere necesse sit ad extraordinariam, quemadmodũ in simili si impubes sit quæ furiosus, non est locus curæ legitimæ ex L. XII. Tab. furiosos jubet esse in cura agnatorum. Itaque sicut cura in qua jubentur esse furiosi, non pertinet ad impuberes, quibus ordinario & alio remedio provisum est, ita nec hæc extraordinaria substitutio videtur ad impuberes pertinere. Verum est diversitatis ratio. Nam 1. tutela & curæ sunt diversæ plane administrationes, diversos habentes effectus juxta conditionem personarum etiam, puberum & impuberum: ita ut impubes ætas quædam requirat, quæ nequeunt per curam & curatorem expediri quemadmodum præter alia docet *l. cum in 17. §. 1. de appell.* quod secus est istis speciebus substitutionum. Deinde in terminis furiosi circa administrationem, in omnem eventum ipsi prospectũ est, & scil. post pubertatem per L. XII. Tabb. vel magistratum: atquin si à patre impuberi furioso, tantum vere pupillares substitui posse dicamus, in casum quo furor ultra pubertatem durat, nullus esset, qui ipsi heredem facere possit, admittendum igitur potius est, ut pater quasi pupillariter sive exemplariter impuberi furioso substituere possit, & ita substitutio ejusmodi ultra pubertatem usque dum durat furor, porrigatur. Ita nimirum si ex his personis, quas substitui omnino vult *l. 9. Cod. h. tit.* pater substituerit. Quod si enim alias personas furioso impuberi substituerit pater, non poterunt hæ ex exemplari substitutione succedere, siquidẽ hanc expresse legem substitutioni huic dedit Just. ut primo eius qui est mente captus liberi, & si nulli sint, fratres substituantur. Secundum quod, cum impubes liberos habere non possit, procedit illa sententia tum demum, ubi pater impuberi furioso fratres eius substituit: ceterum si extraneum substituerit, intelligemus ex hoc ipso patrem tantum vere pupillariter voluisse substituere. Quod omnino notandum est. At enim cum hic sit ordo succedendi ab intestato, ut primum ad hereditatem liberi defuncti, & his deficientibus fratres vocentur, nulla videtur huius substitutionis utilitas, per quã istæ personæ eodem ordine sint vocandæ, præterquam quod si liberi & fratres non supersint, videntur substitui posse quivis extranei, *arg. d. l. 9. C. h.t.* Alias differentia hæc unica in hac re esse videtur, quod ab intestato omnes vocantur æqualiter, qui sunt eodẽ gradu, sed pater vel mater possũt per substitutionem hanc liberis mente capti dare portiones inæquales, & eiusdẽ fratribus tanto magis, qui imo uno substituto, possunt reliquos excludere, ut satis expressum est *in l. human. 9. C. h.t.*, addito hoc etiam, ut ceteri nec possint querela agere contra ejusmodi testamentũ, quæ & verior & communior explicatio est, quam etiam ipsa verba exigũt, quod scil. ceteri liberi eius cui substitutum est, exclusi in substitutione, contra dispositionem illam, non possint movere querelã, si modo, quod gl. vult, sint exheredati: ceteroquin testamentũ quod parens mente capto fecit, fuerit nullũ ob præteritionẽ. Atque

que ita avus non tantum ſubſtituere filio mente capto, ſed etiam eius liberos poterit exheredare. Quod ſatis ſingulare videtur. Nam in fratribus quidem defuncti abſurdum non eſt, quippe quibus ex bonis defuncti non debetur legitima: Sed in liberis non caret hæc res iniquitate, ut nihil ex bonis patris aliqui eorum habeant. Et matrem quidem per ſubſtitutionem pupillarem excludi à bonis filii per patrem poſſe, ut nec ipſi competat querela, ante diximus: at liberis debentur bona parentum, vel ſaltem aliquid ex illis potiori jure, ut docet *l. in ſuis* 11. *ad lib. poſt. l.* 7 *in fin unde liberi.* Neque facit ad rem aut ſolvit nodum, quod hic Viglius ſcribit, cum pater ſubſtituens, legitimam tantum ex bonis ſuis neceſſe habeat relinquere filio furioſo cui ſubſtituit, præſumi eum nepotibus ex filio relicturum tantum de bonis propriis, ut non habeant juſtam cauſam conquerendi. Etenim id quidem de pietate avita præſumere licet, ſed poſſit etiam avus id non facere, ſed uti facultate & libertate per conſtitutionem ſibi conceſſa, & affectu quodam præpoſtero erga unum nepotem, reliquos præterire. Et qui exheredem facit nepotem à bonis paternis, non adeo bene affectus erga ipſum creditur. Et manet perpetuo illa ratio, quod omnino liberis ex bonis parentis portio aliqua debetur: utcunque ſatis alias ſint divites, & maxima illis bona aliunde obvenerint. Ego iniquitatem video, ſed quid ad verba conſtitutionis manifeſta reſpondendum ſit, vix ac ne vix quidem habeo.

Sin reſipuerint.] Tum enim ceſſat ratio ſubſtitutionis, cum ipſe ſibi poſſit facere teſtamentum, quod jus homini ſanæ mentis auferendum non eſt, ut in terminis ſubſtitutionis ex autoritate & conceſſione ſpeciali principis facta loquitur JCtus *in d. l. ex facto* 43. *h. t.* Quod de ſubſtitutione vere pupillari hic additur eam finiri pubertate, de eo agitur in §. *maſculo* 9. *infra h. t.* Eſt hic unus modus finiendæ huius ſubſtitutionis, ſi reſipuerit furioſus aut mente captus. Alius addendus eſt, agnatio ſui hæredis: quod in furioſo rarius (contingere tamen poſſe docet *l. pater* 8. *de his qui ſunt ſui iur.*) in ceteris, prodigo, muto, ſurdo & mente capto frequentius accidit: quod docet *d. l.* 43. *in pr. h. t.* idque defendam, etiamſi alias antea liberos habuerit mente captus. Licet enim *d. l.* 9. *C. h. t.* permittat unum ex pluribus ſubſtituere, id tamen procul dubio ad tum natos pertinet, inter quos eligendi jus habet avus, non ad poſtea natos: quo modo ex non diſſimili ratione nativitate poſthumi omnimodo & olim rumpebantur teſtamenta, etiamſi fœminæ aut nepotes fuiſſent, qui tamen ſi tempore teſtamenti nati fuiſſent, præteriti id non faciebant nullum.

TEXTVS.

3. Igitur in pupillari ſubſtitutione, ſecundum præfatum modum ordinata, duo quodammodo ſunt teſtamenta, alterum patris, alterum filii, tamquam ſi ipſe ſibi filius heredem inſtituiſſet: aut certe unum teſtamentum eſt, duarum cauſarum, id eſt, duarum hereditatum.

COMMENTARIVS.

REgreditur ad tractationem vere pupillaris ſubſtitutionis, quamquam iſtud quoque ſit commune ſubſtitutioni quaſi pupillari, ut ſint duo quodammodo teſtamenta, procul enim dubio pater ſubſtitutus ſibi quoque teſtamentum facere debebit, & ubi non expreſſe aliud diſpoſitum eſt, idem in exemplari, quod in pupillari ſubſtitutione ſtatuemus. Verbo autem *igitur* in pr. h. §. reſpicit Juſt. ad formulam quam propoſuit in princ. tit. qua & ſibi primo filium, & porro filio alium facit heredem, ut oſtendunt verba huius *h. §. ſecundum præfatum modum* ordinata. Loquitur autem paulo inguius, dum ait in pupillari ſubſtitutione eſſe duo teſtamenta: ait ut accipiat pupillarem ſubſtitutionem, ſimul pro ipſa inſtitutione pupilli, juxta formulam pr h. t. ceteroquin fieri nō poteſt, imo implicat contradictionem ut in pupillari ſubſtitutione qua tali & ſola duo ſint teſtamenta, quia per hanc ſubſtitutionem tantum datur heres pupillo, cuius eſt teſtamentum, ea autem pars, qua filium pater inſtituit heredem, vel in caſum quo heres non erit, alium ſubſtituit, conſtituit teſtamentum patris, quod ſubſtitutio pupillaris recte appellari non poteſt. Subſtitutionis pupillaris pater quidem autor eſt, ſed appellatur recte teſtamentum filii, quoniam ex hac ſuccediture non patri, ſed impuberi filio, cui ut heredem poſſit facere juxta ſupradicta, patri conceſſum eſt. Atque hac de cauſa filii impuberis dicitur teſtamentum *l. Papin.* 8. §. *ſed nec* 5. *de inoff. teſtam. l. patris* 20. *h. t. & in* §. *vel ſingulis* 7. *infra h. t.* impubes filius, cui pater ſubſtitutum dedit, dicitur decedere teſtatus. Itaque recte hoc ſenſu dicuntur eſſe duo teſtamenta, cum & diverſis temporibus fieri poſſint *l. ſi quis* 16. §. 1. *h. t.* & patri in ſcriptis filio per nūcu-

pationem *l. ſi ita* 8. §. *ult. de bon. poſſ. ſec. tabb.* eaque diverſitas maxime apparet, ubi ſubſtitutum eſt exheredato. Alio ſenſu recte quoque dicitur eſſe unum teſtamentum, *l. pater familias* 28. *de bon. aut. iud.* quia ſufficiunt ad utrumque ut pater & ſibi & filio faciat heredem, ſeptem teſtes *l. patris* 20. *in princ. h. t.* unde etiam ſi pater poſtquam ſibi & filio fecit heredem, ſibi ſoli aliud teſtamentum faciat, ſuperius in totum etiam quo ad ſubſtitutionem pupillarem rūpitur *d. l.* 16. §. 1. eſt enim hactenus & habetur ſubſtitutio pupillaris pro ſequela, acceſſione & patre *l. ſicut* 11. *teſt. quem ap.* teſtamenti paterni, quo corruente perit & ſubſtitutio pupillaris de quo *in* §. *Liberis* 6. *infr. h. tit.* cum præſertim filio non ſimpliciter, ſed ſub conditione, ſi impubes moriatur, heres detur: Et ita *in l.* 2. §. *prius* 4. *h. t.* JCtus ait, licet duæ ſint hereditates, unum tamen eſſe teſtamentum, & quaſi patris tantum: ex quo itidem duo conſectaria infert JCtus 1. Quod eundem filio & ſibi poſſit facere neceſſarium heredem 4. Quod poſtumum ſuum, qui frater eſt futurus impuberis, ſubſtituere filio poſſit, qui tamen reſpectu filii utique alienus eſt poſtumus, & quibus in tabulis patris & pupilli res legata eſt, re conjuncti habentur *l. plane* 34. §. *ſi conjunctim de legat.* 1 Unde etiam eſt, quod in tabulis & filii & patris una Falcidia ſervatur *l. in ratione* 9. §. *quod vulgo* 5. *D. ad L. Falcid.* In ſumma unum teſtamentum cenſetur, ratione cauſæ efficientis, itemq; formalis, quia ſufficit una ſolemnitas, & ratione ſubſiſtentiæ, ut notant Dd. hic.

TEXTVS.

4. Si autem quis ita formidoloſus ſit, ut timeat ne filius ſuus pupillus adhuc, ex eo quod palam ſubſtitutum acceperit, poſt obitum eius periculo inſidiarum ſubiaceat, ſubſtitutionem vulgarem quidem palam facere, & in partibus primis teſtamenti ordinare debet: illam autem ſubſtitutionem, per quam ſi heres extiterit pupillus, & intra pubertatem deceſſerit, ſubſtitutus vocatur, in inferioribus partibus ſcribere ſeparatim debet, eamque partem proprio lino propriaque cera conſignare, & in priore teſtamenti parte cavere, ne inferiores tabulæ vivo filio & adhuc impubere aperiantur. Illud palam eſt, non eo minus ſubſtitutionem impuberis filii valere, quod in eiſdem tabulis ſcripta ſit, quibus ſibi quiſque heredem inſtituiſſet, quamvis pupillo hoc periculoſum ſit.

COMMENTARIVS.

SUbſtituti pupillis, eorum mortem affectare quin & procurare ſolebant, utiq; optare Horat.

——*ut ſcribare ſecundus*
Heres, ut ſi quis cæſus puerum egerit Orco
In vacuum veniat.

Et Perſ. de huiuſmodi improbis votis,

——*Pupillumve utinam quem proximus heres*
Impello, expungam.

Huic periculo ſolliciti patres occurrere ſatagebāt. In quam rem hoc §. non præceptum dat, ſed conſilium ſuggerit Juſtinianus, quod nullam magnopere deſiderat explicationem, ex ſe ſatis perſpicuum Teſtamentum nimirum poteſt dividi in plures partes, & illæ ſeparatim obſignari, ut altera ſtatim à morte teſtatoris aperiatur, altera ubi teſtator jufferit, in qua nimirum fecit filio pupillo heredem: de quo ubi demum mortuo pupillo conſtiterit, pupillus evitabit periculū, cuius h. §. mentionem facit Juſtin. & ita *in l. ult. de fidei. lib.* proponitur teſtator ſubſtitutionem feciſſe in noviſſima parte teſtamenti; & *in l. pupillares* 8. *teſtam. quemadm. aper.* monet JCtus, ſi ſeparatim ſignatæ ſunt tabulæ pupillares, eas aperiendas non eſſe niſi cauſa cognita, licet teſtator non expreſſe vetuerit hoc fieri: quia ſcilicet prætor intelligit id non eſſe ex re pupilli. Illud plane non obſtat, quod vulgaris continet pupillarem: & illam tamen palam factam proponit hic Juſtin. Etenim iſtud procedit, ubi alius expreſſe pupillariter ſubſtitutus non eſt. Hoc autem ſi factum eſt in imis tabulis, vulgariter ſubſtitutus ſuccedere ex pupillari ſubſtitutione non poteſt, quippe que hoc caſu in vulgari contineri non poteſt, propter expreſſam diſpoſitionem patris. Obiiciunt amplius, quod & vulgaris ſubſtitutio poſſit præbere cauſam inſidiis. Et reſpondent Dd. poſſe quidem, ſed non æqualiter: tum quod pluribus caſibus poſſit admitti vulgaris ſubſtitutus: tum quod vulgaris ſubſtitutio protinus adita hæreditate finiatur, & tum ſpes præcidatur ſubſtituto: pupillaris autem porrigitur longiuſculo tempore uſque ad pubertatem, ut hic longe ſit commodior inſidiarum occaſio. Ita Jaſon hic in addit. ad Porcium.

Inferiores

Digitized by

Inferiores tabulæ.] Olim in tabulis & in cera ſcribebant, juxta quem morem, licet procul dubio tum in alia materia ſcriberetur, loquitur Juſtinianus. v. Alciat. 4 parerg. 6.

Non ideo minus valere.] Conſilium enim hoc tantum eſt, non præceptum: nam & pater per nuncupationem filio heredem facere poteſt *l. ſi ita 8. in fin. de bon. poſſ. ſec. tab.*

In eiſdem tabulis.] Id eſt, in eadem parte tabularum: ceterum regulariter inſtitutio & ſubſtitutio pupillaris, quomodo prædiximus, pro uno teſtamento & pro unis tabulis habentur.

TEXTVS.

5. Non ſolum tamen heredibus impuberibus liberis inſtitutis ita ſubſtituere parentes poſſunt, ut ſi heredes extiterint, & ante pubertatem mortui fuerint, ſit eis heres is, quem ipſi voluerint, ſed etiam exheredatis. Itaque eo caſu ſi quid exheredato pupillo ex hereditatib. legatiſve, aut donationibus propinquorum atque amicorum adquiſitum fuerit, id omne ad ſubſtitutum pertinebit. Quæcunque diximus de ſubſtitutione impuberum liberorum, vel heredum inſtitutorum vel exheredatorum, eadem de poſthumis etiam intelligimus.

COMMENTARIVS.

1 *An poſſit exheredato ſubſtitui exemplariter.*
2 *An exheredatio tollat ſuitatem.*

VT *ſi heredes.*] Formula eſt, quam in initio tit. propoſuit, qua ſubſtituitur pupillis heredibus inſtitutis.

Sed etiam exheredatis.] Non item præteritis, tunc enim teſtamentum patris eſt nullum, de quo dicemus aliquid ad §. ſeq. Monui non ſemel ſupra ubi ſubſtituitur exheredatis, non poſſe dici revera ſubſtitutionem: hæc enim eſt ſecunda inſtitutio, cujuſmodi nullo reſpectu appellari poteſt, cum exheredato ſubſtituitur. Ubi autem ſubſtituitur inſtituto, aliquis eſt color cur dicatur ſubſtitutio, quamvis, ut diximus, omnis quæ dicitur pupillaris ſubſtitutio, ſit prima inſtitutio, quia *ita* heres datur pupillo, & ſubſtitutus accipit bona pupilli, quæ obvenerunt ei undecunque, ut hic expreſſe ſcriptum eſt, neque enim ſuis bonis ſubſtituit teſtator, ſed impuberis, ut ait JCtus *in l. ſi* 10. §. *ad ſubſt. tit.* ubi ex eo infert exheredato quoque ſubſtitui poſſe. Et vitioſa lectio peperit hic objectionem ex *l. miles* 41. §. *ſi miles* 3. *de milit. teſt.* quaſi ad ſubſtitutum exheredati tantum pervenirent bona patris nam, ut & in Flor. habetur, verbum *exheredato* pertinet ad *d.* §. 3. & inde novus incipit §. *Miles & emancipato filio ſubſtituere poteſt &c.* Eſt autem cõmuniſſima hodie ſententia, teſtamentum in quo juſta non eſt adjecta cauſa ingratitudinis, ipſo jure nullum eſſe *per N.* 115. *cap.* 3. cui conſequenter (& quid de hac opinione ſentiendum ſit, dicemus ad tit. 18.) non poterit exheredari pupillus, niſi qui proximus ſit pubertati, doli capax in quem ea cadere poſſint, de quibus in *d. N.* 115. Sed an etiam

1 poterit † ſubſtitui exheredato exemplariter ſive quaſi pupillariter? Id quidem Dd. negant frequentius, & hanc inter pupillarem & exemplarẽ ſubſtitutionem ſtatuunt differentiam: ex hoc fundamento, quod non ſit humanitatis, quæ huic juri dedit cauſam *l. C. h. tit.* exheredare filium, morbo præſertim tam gravi oppreſſum, ut miſeratione potius dignus ſit, ſed argumentum iſtud mihi infirmius videtur, quam ut patri jus ſuum, quod ex LL. habet, auferre poſſit. Et cum jure, quilibet filius accepta legitima poſſit exheredari, non video quid ni poſſit & hic filius, cui etiam hac gratia omnino legitimam vult dari Juſtinianus *in d. l.* 9.

Et ita quidem ex ratione juris veteris: cum autem hodie poſt *N.* 115. *ca.* 5 legitima ſit relinquenda titulo inſtitutionis, niſi filius ita deliquerit in parentem, ut jure exheredari poſſit: ſane conſequens eſt, ut filio mente capto furioſo exheredato ſubſtitui non poſſit, ſiquidem legitimam ipſi relinqui vult Juſtinianus. Exheredato juxta hûc §. ſubſtitui poteſt, ſed legatis & fideicommiſſis, quod ad ea bona quæ aliunde ipſi obveniunt gravari nõ poteſt. Subſtituendi enim jus pendet à mero jure teſtatis, & inſuper creditur ſpectare ad utilitatem pupilli *l. Iulianus* 42. *in pr. de adq. her. arg. l.* 6. *in pr. de interrog. in jur.* Legatum autem eſt onus heredis *l. coheredi* 41. §. *quod ſi* 3. *h. t. l.* 1. §. *ſciendum* 6. *de legat.* 3. Atque hanc cauſam eſſe puto, cur ab exheredati ſubſtituto pater legare poſſit *l. ab exh.* 126. *de leg.* 1. quia nec ab ipſo exheredatõ poteſt, & ipſe pater revera nihil conſert in ſubſtitutum, ſed mero jure patris ſaltem eum heredem facit: nec ulterius ei permiſſum fuit. Plane ſi pater exheredato quid legaverit, etiam eum gravare poterit *d. l.* 41. §. 3. *h. t.* & conſequenter exheredati quoque heredem ſubſtitutum ex ratione juris per *l. ſi fuerit* 5. §. 1. *de legat.* 3. licet

Digitized by Google

3. licet aliud odio exheredationis placuerit Juſtiniano *in l. cum quidam. C. de legat.* quæ certiſſima ad illum locum reſponſio eſt, quamvis alii rationem ſpecialiter dent, quod pater non poſſit legare in teſtamento ejus, ad quem nulla pars hereditatis ejus, pervenit. Poſſit autem contra hunc §. objici: ſubſtituti pupillariter tantum poteſt ſuis. Exheredati non ſunt ſui. Ergo iis ſubſtituti non poteſt. Minor probatur ex *l. 1. §. cum ſanguineos 10. de ſuis & legit.* ſed omnino neganda eſt aſſumptio, neque enim exheredatio uſquam refertur inter modos tollendæ ſuitatis: & quiſquis in poteſtate eſt primo gradu, eum ſuum eſſe & manere neceſſe eſt, atquin utique exheredatio non tollit patriam poteſtatem, Et cum pater poſſit mutare teſtamentum, efficeretur, quod ex libitu patris & arbitrio filius modo ſuus eſſe deſinat, mox rurſus ſuus efficiatur & in poteſtate: quo nihil eſt abſurdius. Fieri prorſus non poteſt, ut ipſo puncto cum teſtamentum & exheredē ſcribit filium, ſuitas ſublata dicatur, cum & ſæpe clam ſcribantur teſtamenta. Quin nec cum moritur pater exheredatum filium ſuitatem amittere ſolidiſſime hinc probatur, quod ſuitate ſublata in perſona filii, qui proximo gradu ſunt, nepotes in locum ejus ſubintrantes, jura ſuitatis conſequuntur, ut diximus ad §. *poſtumorum ſup. de exhered. lib.* Atquin exheredato filio nepotes ex eo nati jus ſui heredis non conſequuntur, ſed filius etiamnum illis obſtat, ut diſertiſſime probat *l. ſi quis d. in pr. de iniuſt. teſtam.* ubi exheredatus deliberante herede ſcripto deceſſit, nec tamen nepos natus rumpit teſtamentum, quem JCtus negat exheredari debuiſſe, quia eum pater præcedebat. Sed ex adverſo: ſi moriente patre exheredatus eſt ſuus, fiet neceſſario, ut poteſtate juris ſuus heres exiſtat patri, quod abſurdum eſſe, & imo contradictionem implicare videtur, tum etiam iſtud incommodum occurrit, quod, ad *pr. tit.* diximus, ubi ſuus heres adeſt, licet abſtinens, alius heres directo eſſe non poteſt, ſed ſi ad quem alium bona perveniunt, huic tantum utiles dantur actiones *l. ult. de adq. her.* atquin non dubitatur, quin exheredato filio, inſtitutus hæres poſſit adire hereditatem jure civili, & probat *d. l. 6. in pr. de iniuſt. teſt. l. filium 20. in pr. de bon poſſ. cont. tab.* Et cui non defertur hereditas ab inteſtato per legem ut ſuo, imo cui nullo modo defertur, ille nec poteſt dici eſſe ſuus heres: atquin exheredato non defertur hereditas, ut ſolide probamus *infr. §. cum autem 7. de hered. ab int.* quæ cum hoc §. ſunt conjungenda. Dicam, tempore teſtamenti facti, omnino eſſe adhuc filium ſuum, & videlicet inde fieri, ut nepotes ex eo nati ſive naſcituri, non ſint exheredandi aut inſtituendi. Ceterum tempore mortis, ſi conſideramus exheredationem ut validam, filium exheredatum pro ſuo haberi non poſſe, nec exiſtere ipſo jure patri heredem, & hoc fieri ob jus poteſtatis *arg. 11. de lib. & poſtum.* ubi hoc argumento probat JCtus liberos poſſe exheredari, quia eos & occidere licebat. Et igitur pater habet poteſtatem adimendi filio per exheredationem hoc jus, quod civili jure alias filius habuiſſet. Dixi, quatenus exheredatio ut valida conſideratur, ſi enim quo caſu nullum fiat patris teſtamentum, vel irritum, & v. c. per repudiationem heredis ſcripti, ſublata cauſa, quæ pene ſuſtulit ſuitatem, qui exheredatus fuit, quaſi retro ſuus heres eſſe & fuiſſe patri ab inteſtato intelligitur, ut eleganter tractat JCtus *in l. filium 40. in pr. de bon. poſſ. cont. tabb.* Hæc breviter ad quæſtionem mire intricatam & ſubtilem: cavendum hinc moneo à Gothof. qui indiſtincte ſcribit *ad d. l. 1. §. 10. de ſuis & leg.* exheredatos non eſſe ſuos: quod ita ſimpliciter prolatum falſum eſt.

Eadem etiam de poſthumis.] Poſthumos olim exheredari potuiſſe certum eſt. Ex hypotheſi autem, quod ut paulo ante diximus, hodie teſtamentum ſit nullum ſi exheredatus ſit filius ſimpliciter ſine cauſa, de quo dicemus ad *tit. 8* poſtumus utique in quem nulla cauſarum *in N. 115 cap. 3.* cadit, non poterit exheredari: & ita nec de ſubſtitutione quæ fiat poſtumo exheredato poterit quæri.

TEXTVS.

6. Liberis autem ſuis teſtamentum nemo facere poteſt, niſi & ſibi faciat: nam pupillare teſtamentum pars & ſequela eſt paterni teſtamenti: adeo ut ſi patris teſtamentum non valeat, nec filii quidem valebit.

COMMENTARIUS.

1 *An ordo ſervandus in inſtitutione & ſubſtitutione.*
2 *Quid jure prætorio, ſi non valeant tabb patris.*
3. *Quid jure novo poſt. N. 115.*
4 *An exiſtentia nuda firmet tabb. pupillares.*

POteſt quidem diverſis temporibus & modis ſubſtitui filio, ut diximus *ad* §. 2. ſed ut tamen omnimodo pater ſibi quoq; ſcribat heredem: cum non conveniat, ipſum decedere velle ab inteſtato, & filio

& filio ſucceſſorem teſtamentarium dare. Et placuit permitti patri teſtamentum facienti, ut ſimul & proſpiceret impuberi. Quo poſito, teſtamentum patris eſſe principale, ex vulgatiſſima regula. Quod acceſſorium ſine principali ſubſtituere non poſſit, ſatis conſequitur, quod hic ſcribit Tribonianus, tractans ſcil. de paganis, miles enim filio ſoli ſubſtituere poteſt *l.* 2. §. 1. *h. t.*

Niſi & ſibi faciat.] Sed non ordo neceſſarius eſt? 1 Et naturæ hic † ordo eſt, ut principale ſit prius, ſecundum quod & reſponſum eſt *in l.* 2. § *prius h. t.* patrem non debere convertere ordinem ſcripturæ. Cui tamen videtur refragari §. ſeq. ubi admittitur teſtandi forma, in qua ſubſtitutio præcedit. Ea res fecit, ut quidam *in d.* §. *prius* 4. *l.* 2. *h. t.* pro *comprobata* legerent *improbata*: alii inter caſum exheredati & inſtituti filii diſtinguerent. Rectior reſponſio eſt, quam Ultramontanis tribuit hic Vigil. & Jaſoni, & ipſe ſequitur: ſi conjunctim & ſubſtitutio & inſtitutio facta ſit, non nocere ordinis inverſionem, cum nec in ita conjunctis ordo nullus ſpectetur. Atque hic eſt caſus *d. l.* 2. §. *ſed ſi quis* 5. *h. t.* & hanc quoque explicationem probat *Angel. hic.* dicens eam eſſe DD. communiter, quod non attendatur ordo, ubi inſtitutio & ſubſtitutio fiunt eodem contextu.

Nec filij valebit.] Corruente enim principali, non poteſt ſubſtituere acceſſorium. Idemq; ſi patris teſtamentum ab initio fuerit nullum. Et intel- 2 lige ſi aliquo modo juris † civilis teſtamentum fuerit irritatum aut infirmatum, ſecus ſi ſaltem jure prætorio: Etenim petita bonorum poſſeſſione contra tabulas teſtamentum jure prætorio irritatur, de quo dicemus *infra libr.* 3. *titul.* 10. & tamen ſalvæ manent pupillares tabulæ *l. ex duobus* 34. §. *ult. cum l. ſeq. h. t.* Quæritur de ratione maxime cum per querelam inofficioſi fiat, ut etiam tabulæ corruant pupillares *l. Papinianus* 8 §. *ſed nec* 5. *in fin. de inoff. teſtamento.*

Et quidem querelæ inofficioſi hic color eſt, quod arguatur teſtator non ſanæ mentis: & proinde nihil ab eo diſpoſitum valere poteſt *l. Titia* 13. *in fin. de inoff. teſtam.* quo non accidit, ubi petitur cont. tabb. poſſeſſio bonorum. Quod attinet ad *d. l.* 34 §. *ult. h. t.* crediderim prætorem beneficium ſuum concludere quam anguſtiſſimis finibus voluiſſe. & quam minimum poſſet derogare juri civili. Itaque cum ſeparatam conſiderationem, filij & patris teſtamentum reciperet porrigi noluiſſe effectum & vim bonorum poſſ. cont. tabb. ad ſubſtitutionem pupilli. Huc accedit quod Accurſ notat, prætoria remedia non ſatis valida eſſe, ad reſcindenda ea quæ conſtituta ſunt jure civili: quod ita accipio, ut ſecundum jam dicta, non operentur ultra, quam voluit directo prætor, nec omnino actum totum nullum penitus reddant: cum & prætor heredes ſuos bonorum poſſeſſores non niſi actionibus utilibus tueatur. Accedit & hoc, quod nec jure prætorio omnino nullum eſt teſtamentum, contra quod prætor dat bonorum poſſeſſionem contra tabb. quippe cum ſi hoc ſeptem teſtium ſignis ſit conſignatum, ſecundum illud prætor det bonorum poſſeſſionem heredibus ſcriptis, licet filij præteriti fuerint, ut tamen potiorem faciat conditionem liberorum, quibus præſentibus, poſſeſſio ſecundum tabb. fit ſine re *l.* 2. *in princ. de bon. poſſ. ſec. tab.* quid mirum igitur, ſi ſubſtitutio pupillaris in qua nihil peccatum eſt contra edictum prætoris integra & in ſtatu ſuo conſervatur? Propoſitio igitur huius § quod ſi non valeat patris teſtamentum, nec tabb. pupillares valeant, vera eſt, ſi non valeat teſtamentum patris jure civili: & id quidem omnimodo jure vete- 3 ri. Jure novo † aliud obtinere communiter placuit poſt *N.* 115. *cap.* 3. ubi conſtitutum eſt, ut licet inſtitutio nulla ſit, cetera tamen capita ſalva maneant, de cuius N. ſententia dicemus plene *ad tit.* 18.

Porro fit etiam irritum teſtamentum deſtitutione, ſi non adeatur hæreditas *l.* 1. *in fin. de inſt. teſt.* Et igitur ſi non adeatur patris hereditas, corruent tabulæ pupillares, quod & nominatim cautum eſt *l.* 2. §. 1. & *l. ſed ſi* 10. §. *ſi ex aſſe* 4. *h. t.* idque ſi exheredato filio ſubſtitutum dederit pater, de quo agitur *in d.* §. 4. extra dubium eſt. Sed quid ſi inſtitutus 4 filius ſe non immiſceat † ſed abſtineat hereditate patris, an corruunt tabulæ pupillares, an valebunt nihilominus: Et communiter placuit, valere eas, idque eſt, quod vulgo jactatur, per exiſtentiam ſui heredis confirmari tabulas pupillares, vel potius paternas, quoniam has prius valere oportet, ut confirmentur tabulæ pupillares, in quam rem caſus eſt *in l. ſi filius* 12. *h. tit.* & cum utile cenſeatur pupillo, habere heredem ex ſubſtitutione, favorabiliter admiſſum videtur, ut ad confirmationem ſubſtitutionis nude etiam extitiſſe pupillum heredem ſufficeret, cum etiam ſubſtitutio pupillaris tota ſit ex jure civili, & quod jure prætorio filius abſtinet non faciat quo minus jure civili pro herede habeatur, per ea quæ ſupra ad pr. tit. diximus. Facit *l. ex contractu* 44. *de re ind.* ubi cum pupilla abſtenta eſſet, tamē bona poſt ad ſubſtitu-

ſtitutum perveniſſe dicuntur. Item *l. paterfam.* 28. *de bon. aut. ind.* ubi cum itidem pupillus abſtinuiſſet, quæritur an eo poſt ante pubertatem defuncto, creditoribus paternis in ſubſtitutum danda actio ſit, cui quæſtioni non eſſet locus, ſi abſtinente pupillo ſubſtitutio corrueret. Probat eandem ſententiam *l. filius* 41. *de adquiren. heredit.* At contra, diximus ſupra ad pr. tit. quod vulgariter ſubſtitutus ſuo heredi, abſtinente ſuo poſſit adire hereditatem paternam, & heres fieri, neque hoc impediri per exiſtentiam ſui heredis, quod nimirum ſuitatis effectus hactenus per ſubſtitutionem vulgarem videatur impeditus aut ſublatus. Atquin in ſubſtitutione pupillari continetur vulgaris, aut quid ſi pater expreſſe vulgariter & pupillariter ſubſtituerit? Si igitur hic admittis, ex vulgari ſubſtitutione poſſe adiri hereditatem patris, nec pupillum haberi hactenus pro herede qui abſtinuit, quomodo admittimus eum haberi pro herede, ut confirmentur tabulæ paternæ ad effectum ſuſtinendæ pupillaris ſubſtitutionis. Ita abſtinente pupillo deſtituuntur tabulæ paternæ, ut ſubſtituto vulgari fiat locus, & per huius additionem confirmentur; & nihilominus abſtinente pupillo confirmantur tabb. paternæ, ut ſubſtitutio pupillaris firmetur: quod ſane videtur eſſe abſurdum, quod præſertim conditiones utriuſque ſubſtitutionis ſi heres non erit, &, ſi heres erit, quæ ſunt oppoſitæ, non videntur admittere diverſam interpretationem; ut in illa ſignificetur cum effectu heres, qui ſe immiſcuit; hic nuda exiſtentia hæres etiam qui abſtinuit. An dicimus, abſtinente pupillo, per additionem paternæ hereditatis ex vulgari ſubſtitutione confirmari tabulas: At quid ſi extraneus repudiet, aut ſuus pupillo fratri ſubſtitutus abſtineat? Et hic quoque pupillarem ſubſtitutionem confirmari arguunt, & probant ſupradicta. Ratio aliqua differentiæ, & decidendi ſumi ex eo poſſe videtur, quod diximus ad §. 2. *h. t.* eſſe hic duo quodammodo teſtamenta, & utique duas diverſis hæreditates. de quarum additione & adquiſitione diverſis temporibus tractatur, ut proinde conditiones hæ diſiunctim ſint conſiderandæ nec neceſſum ſit, utriuſque eundem eſſe effectum & interpretationem ut præſertim pupilli favore ad ſuſtinendam ſubſtitutionem hereditas pro adita habeatur, ſi ſolummodo pupillus nude extiterit heres. Quod aliis accuratius excutiendum relinquo. Sed occurrit & alius ſcrupulus ex *l. apud* 11. §. 1. *ad SCtum Trebell.* ubi inſtituto pupillo, ut tabulæ pupillares valeant, requiritur, ut adeatur hæreditas, & cohæres pupillo datus idemque ſubſtitutus, à quo eodem ſecundis tabulis eſt fideicommiſſum relictum huic fini adire hæreditatem compellitur, ut tabulæ pupillares valeant, & ex iis poſt fideicommiſſum peti poſſit. Cuiacius 26 *obſ.* 1. emendato textu contrariam ſententiam efficit, filium pupillum non inſtitutū, ſed exhæredatum fuiſſe, quod etiam effectu ſentit *A. Fab. de error. pragmat. dec.* 31. *err.* 8. *in fin.* diſerte contra ipſius textus verba. Alij putant non eſſe neceſſitatis quod proponitur in *dict. leg.* 11. §. 1. ut ſcilicet cogatur ſubſtitutus idemque inſtitutus adire, ſed pertinere ad majorem cautionem. Sed ſane coactionis illud remedium eſt extraordinarium, & prætor eo non ſolet uti, niſi id neceſſitas poſcat. An ſpeciale eſt in *dict. l.* 11. §. 1. quod idem fuit & ſubſtitutus & inſtitutus, qui repudiavit hæreditatem ut non debeat in favorem ejus ſuſtineri ſubſtitutio pupillaris, qui quantum in ſe fuit deſtituit teſtamentum paternum. An exiſtentia ſui hæredis tantum confirmat tabulas pupillares favore ipſius pupilli, non quo ad alia relicta ſecundis tabulis. Agitur autem ibi de fideicommiſſo. Haud ſcio an non probabilior ſit in hac difficultate opinio Bart. & aliorum, qui diſtinguunt an pupillus ſolus, vel etiam cum aliis fratribus, itidem ſuis inſtitutus hæres, ut tum exiſtentia ſui hæredis tabb. pupillares confirmet; an vero habeat adjunctum cohæredem extraneum; cuiuſmodi adiectione vulnerati ſuitatem ſcribit & *Chriſtoph. Porcius ad tit. 1. de Attil. tut.* & eſt communiſſima opinio quippe quod pater adiictendo cohæredem, ſimul quoque vires teſtamenti ab hoc pendere voluerit; nec puncto paternæ mortis poſſit per exiſtentiam nudam ſui cohæredis teſtamentum in ſolidum confirmari, ubi eo tempore adeſt alius hæres, qui adire poteſt. Sed nolo diffundi pluribus in hoc commentario ad Inſtitutiones; res tamen præmittenda non fuit, & v. late de hoc an dati coheredis, infirmet ſuitatem, *Ang. in* §. *ſui autem infr. de hared. qual. nu.* 10. *& ſeqq.*

TEXTVS.

Vel ſingulis autē liberis, vel ei, qui noviſſimus eorum, impubes morietur, ſubſtitui poteſt ſingulis quidem, ſi neminem eorum inteſtatū decedere voluerit: noviſſimo, ſi ius legitimarum hæreditatum integrum inter eas cuſtodiri velit.

Com-

COMMENTARIUS.

EST ex *l. vel ſingularis* 37. *Digeſt. h.t.* pupillus, qui ſubſtitutum à patre accepit, dicitur decedere teſtatus: Itaque ſi pater plures impuberes filios invicem ſubſtituit, omnes teſtati decedent; ſin uni tantum, hic tantum teſtatus decedet, ceteri inteſtati neceſſario, ut quibus nec pater teſtamentum fecerit, nec ipſi ſibi facere poſſint. Plures autem ſi ſint fratres impuberes, iis defunctis, qui ſubſtitutum non habent, reliqui ſuperſtites tamquam proximi agnati ex L. 12. tabb. ſuccedent.

Quod ſi fieri velit pater, (ſi enim ſingulorum bona ad alios pervenire velit, ſingulis ſubſtituere debet) non ſingulis, ſed ei qui noviſſimum moriturus eſt, ſubſtituere debet: ita enim futurum eſt, ut cum prædefunctorum fratrum impuberum hereditates, ad poſtremum ex L. 12. tabb. pervenerint, huic ſubſtitutus, in eius mortui hæreditate omnium ſimul fratrum bona inveniat. Quod tamen hodie ſecus erit, poſtquam ex *N.* 118. *cap.* 2. cum fratribus defuncti etiam mater concurrit, & imo fratribus conſanguineis tantum, quoque præfertur, itaque ſubſtitutus de quo dicimus, tantum partes bonorum in hæreditate ultimi defuncti conſequetur.

Apparet autem ex hoc loco manifeſte, patrem, qui ultimo morienti ſubſtituit, non intelligi liberos invicem, nec ultimum primo ſubſtituiſſe: Ceteroquin non eſſet jus legitimæ ſucceſſionis inter liberos, ut ait Juſtin. ſed ex ſubſtitutione omnes hæredem & ſinguli haberent, & omnes decederent teſtati.

Cui obiicitur *l. Titia* 87. §. *Seia* 2. *de legat.* 2. ubi cum teſtator duobus fundum legaſſet, & rogaſſet, ut qui ultimus moreretur, reſtitueret fundum aliis, colligit Juriſconſultus ex illis verbis *qui ultimus moreretur* fideicommiſſum, & ut appellat, ſubſtitutionem, inter illos duos ut qui prior decedit rogatus videatur ſecundo partem reſtituere. Sed & facilis & ſimplex reſponſio eſt; introduci hoc fideicommiſſum ex præſumpta voluntate teſtatoris, qui totum fundum ad alios expreſſe ſubſtitutos pervenire voluit, quod non efficeretur, niſi ſi primo defunctum alteri rogatum reſtituere partem ſuam præſumamus. Atquin in noſtro caſu ſatis aliàs proſpectum eſt ex Lege 12. tabb per quam fit, ut primi morientis hæreditas ad ſuperſtites, & tandem omnium ad poſtremum devolvatur: ut nihil proinde neceſſum ſit inducere ad hunc effectum, ſubſtitutionem, ut ſubſtitutus poſtremo morienti, omnium bona in eius hæreditate reperiat.

At quia, ut diximus poſt *N.* 118. *c.* 2. hodie id amplius locum non habet, ſed mater ex filii bonis, cum fratribus concurrens auferat partem, an hodie dicemus & fingemus fratres invicem ſubſtitutos videri ad effectum excludendi matrem? Haud temere dixerim, cum ſatis ſit, utique in hæreditate poſtremum defuncti partes aliorum repertas eſſe, & quiſque jura ſcire intelligitur. Alii putant ſumendam differentiæ rationem ex alienationis prohibitione, quæ in *d. l.* 87. §. 2. fuit adjecta; Alii (quod tamen re ipſa cum eo quod diximus convenit) ex eo, quod teſtator totum fundum juſſit reſtitui per ultimum morientem; quod ſi fieri debet neceſſum eſt, ut totus etiam fundus ante omnia ad eum perveniat; atquin in noſtro § non proponitur teſtator ultimum ſubſtituiſſe in univerſa hæreditate.

TEXTUS.

Subſtituitur autem impuberi, aut nominatim, veluti Titius hæres eſto, aut generaliter, ut, quiſquis mihi heres erit. Quibus verbis vocantur ex ſubſtitutione, impubere mortuo filio, illi, qui & ſcripti ſunt hæredes & extiterunt, & pro qua parte hæredes facti ſunt.

COMMENTARIUS.

NOtant Dd. triplicem effectum ſubſtitutionis generalis, quæ fit his verbis, *Quisquis mihi heres erit, is filio impubere defuncto heres eſto* 1. Ut ad eos tantum pertineat, quos pater expreſſe ad hæreditatem vocavit & immediate, non ad eos qui per alios hæredes efficiuntur, eoque ſervo inſtituto, ex huiuſmodi ſubſtitutione dominium non vocari, ut poſt Accurſium hoc loco ceteri Interpp. notant, quod ſcil procedit, ut dominus ipſe pro ſe ex hac clauſula & formula non vocetur, quod ſi enim evenientе ſubſtitutionis pupillaris caſu, ſervus inſtitutus, qui juſſu domini hæreditatem adiit, adhuc ſit in eiuſdem poteſtate, utiq; pariter mediante ſervo hereditatem quoq; impuberis ex hac ſubſtitutione dominus conſequetur, veluti hoc declaratur in *l. cum filio* 3. *h.t. iunct. l. qui liberis* 8 §. 1. *eod.* Atq; hinc & multo minus hæredis hæres, qui non ex judicio teſtatoris venit, admitteretur ad ſubſtitutionem *d. l.* 8. §. 1. Secundum effectum huius rei ſtatuunt, quod hi tantum vocentur, qui hæreditatem adierunt,

non qui tantum ſcripti, eam repudiarunt, idque efficiunt verba, Quisquis mihi hæres erit: quibus niſi ſpectaſſet teſtator & intellexiſſet hæredem cum effectu, nihil ea operarentur, cum antea jam eos ſcripſerit hæredes. facit textus in *d. l. 8. h. t. in fin. prine. & §. 1.* Quibus locis requiritur, ut hæres fuerit, & extiterit; quod de repudiante dici non poteſt.

Tertius eſt ut in ſubſtitutione & hæreditate pupilli eaſdem ſinguli habeant partes, quas inſtitutione acceperunt æqualiter enim eos, inſtituendo & ſubſtituendo dilexiſſe intelligitur teſtator. & appellatio ipſa hæredum hoc efficit, ut diximus ad *§. etſi 2. inſt. prased.* cujus § regula hic quoque procedit, ut eas partes dediſſe intelligatur teſtator in ſubſtitutione, quas adſcripſit in inſtitutione: textus eſt in *d. l. qui liberis 8. in f. h. t.*

TEXTVS.

Maſculo igitur uſque ad quatuordecim annos ſubſtitui poteſt: fœminæ uſque ad duodecim annos: & ſi exceſſerint tempus hoc, ſubſtitutio evaneſcit. Extraneo vero vel filio puberi hæredi inſtituto, ita ſubſtituere nemo poteſt, ut ſi hæres extiterit, & intra aliquod tempus deceſſerit, alius ei ſit hæres: ſed hoc ſolum permiſſum eſt, ut eum per fideicommiſſum teſtator obliget, alii hæreditatem eius, vel totam, vel pro parte reſtituere: quod ius quale ſit, ſuo loco trademus.

COMMENTARIUS.

SUbſtitutio pupillaris finitur pubertate: quoniam exinde quiſque teſtamentum facere poteſt; itaque ceſſat ratio, de qua in *ſ. fr. ſup. h. t.* Finitur pubertate, ſi ſimpliciter facta ſit: Ceteroquin pro arbitrio poteſt pater tempus ſubſtitutionis infra pubertatem definire *l. ſi ita 21. l. ex facto 43. §. 1. h. t* egredi autē pubertatem nō poteſt. Tractant autem Dd. ſi cum ſubſtitueret impuberi egreſſus ſit, & verbi cauſa dixerit, *ſi filius meus infra XX. annum deceſſerit, Caius hæres eſto*, an ſaltem poſt pubertatem valeat ſubſtitutio pari fideicommiſſi, ut obliquatis verbis filius rogatus cenſeatur hæreditatem patris reſtituere. Longum ſit omnia recenſere. Ego rationi juris magis convenire puto negantem ſententiam, ut omnino ſubſtitutio directa poſt pubertatem ſit nulla, quæ eſt eadem communior, ut atteſtantur *Zaſius tract. de ſubſtit. de compend. ſubſtit. capit. 5. verſ. circa primum Iaſon. in l. precibus 8. Codic. h. t.* Cum enim ſit unus tractus verborum & una oratio non convenit, ut aliquando & ante pubertatem valeat directe, mox jure fideicommiſſi: & illic contineat omnia bona; hic tantum bona propria patris nam ſpecialiter hoc conceſſum eſt, ut uſque ad pubertatem pater hæredem poſſit facere filio, ad quem bona etiam poſt quæſita filio pertineant, ſed in fideicommiſſum non niſi bona quæ patris fuerunt, venire poſſunt. Qui autem aliter ſentiunt, hi ante pubertatem defuncto filio jure directo ſuccedi, poſt autem rogatum filium de reſtituendo cenſent. Et huc facit textus in *l. verbis 7 h. t.* ſubſtitutionem fruſtra fieri verbis civilibus poſt pubertatem; atquin non fieret fruſtra ſi jure fideicommiſſi valeret: idemque confirmatur ex hoc loco, ubi cum initio dixiſſet Juſtinian. evaneſcere ſubſtitutionem pubertate mox ſubiicit, poſſe puberem filium tantum rogari, ut reſtituat hæreditatem alteri; & ipſum verbum *evaneſcere* emphaſin habet. Deniq; facit, quod ſubſtitutio talis ultra pubertatem, ex militis privilegio poſt pubertatem valet jure fideicommiſſi, ut expreſſum eſt in *l. precibus 8. Cod. h. t.* & commenta divinationeſque ſunt, quæ ad eum locum alii reponunt; ut conſequenter aliud ſit in pagano. Neque contradicit *l. Scævola 76. ad Trebell.* quia ex eo quod in codicillis facta eſt ſubſtitutio, ex natura illorum præſumimus voluntatem teſtatoris. Sed non licet hic evagari. De ſubſtitutione fideicommiſſaria agitur mox inf ſuo loco.

Si hoc tempus exceſſerint.] An intelligimus, patrem ſubſtituendo hoc tempus exceſſiſſe? Verum quidem eſt, ſi hoc factum ſit, nihilominus pubertatem finire ſubſtitutionem, ut modo diximus; Sed verius eſt intelligi pupillos quibus à patre ſubſtitutum eſt, qui ſi facti ſunt puberes, ſubſtitutio finitur. Non videtur autem carere vitio, quod Iuſtin. requirit ut exceſſerint pupilli XIV. vel XII. annū: quandoquidem fundamentum totum pupillaris ſubſtitutionis in eo conſiſtit, quod pupillus ſibi ipſe hæredem non poteſt facere Et igitur ex quo incipit quis poſſe teſtamentum facere, etiam debet finem capere hæc ſubſtitutio Atquin ut teſtamentum quis facere poſſit, non requiritur, ut exceſſerit XIV. annum, ſed ſufficit ſaltem attigiſſe, poſtremū diem anni decimiquarti. Hæc de cauſa reſpondet Viglius, quoniam iſtud raro cōtingat ut extremo quaſi illius ætatis puncto & pueri ſibi teſtamētū faciant & mox decedant, ideo noſtrū Imp. ſecutum,

um, & quod frequentius accidit, & quod utilius eſt pupillo, ut hæredem ex teſtamento habeat. Itaque ex opinione Viglii ſi contigerit, ut teſtamentum pupillus fecerit ultimo die anni, evaneſcet ſubſtitutio; ſed ſi non fecerit, ſubſtitutus admittendus erit. Quod mihi non placet, ut ex incerto iſto eventu ius æſtimetur. Et longe mihi verius & ſimplicius videtur, ut dicamus, non eſſe captanda verba Juſtin. hic. *ſi exceſſerint*, ſed intelligenda & explicanda ſecundum quod alibi ex profeſſo traditur de ætate qua quis teſtari poſſit *l. qua ætate 5. de teſtam.* & parum abeſt, ut non exceſſiſſe intelligatur, qui ultimum diem anni attigit, qui quidem in *d. l. 5.* dicitur expleviſſe. Et igitur ſi poſtremo illo anni die deceſſerit pupillus, quo teſtamentū facere potuit, ſubſtitutus non admittetur.

AD TITVLVM XVII.
LIBRI SECVNDI Inſtitutionum.

QVIBVS MODIS TESTAMENTA infirmantur.

TEXTVS.

1. Teſtamentum iure factum uſque eo valet, donec rumpatur irritumve fiat.

COMMENTARIVS.

HActenus de teſtamenti cōſtitutione, ſequitur eius diſſolutio. Plenius JCtus in *l. 1. de iniuſt. teſtam.* teſtamentum ait, vel ab initio eſſe nullum, vel validum ab initio, poſtea infirmari. Sed de mēbro illo hic non agit Juſtinianus, cum ſatis ex præmiſſis & tit. præced. intelligi poſſit, quale teſtamētum initio ſit nullum: in quo ſcilic ea non ſunt obſervata, quæ in ſuperioribus, præſertim tit. XIII. propoſita fuerunt. Et ut paucis agam, nullum redditur teſtamentum ab initio, vel à cauſa efficiente, ſi perſona non habeat jus diſponendi: vel à cauſa formali ob defectum ſolemnitatum: vel communium, ut ſi quis non adhibuerit ſeptem teſtes, vel hi non ſubſcripſerint, aut teſtes non fuerint habiles: vel propriarum in teſtamento patris, ſi liberos præterierit &c quod teſtamentum nullum eſſe docet Juſtinian in *pr. ſup. de exhered. lib.* etiam ſi filius vivo patre præmoriatur. Si tamen filius abſtineat, poſſe bonorum poſſ. ſecundum tabb. heredes ſcriptos conſequi ex æquitate prætoris, probatur ex *l. filio 17. de iniuſt. teſt.* quod tamen plerique tum demum admittunt, ubi ut in *d. l. 17.* ſcripti fuerunt heredes, qui alias ab inteſtato veniſſent, alii etiam, quod voluntas defuncti defendi dicitur, ad legata & libertates tantum reſtringunt, de quibus non eſt hic plenius dicendi locus: & pertinet magis ad §. *non tamen inf. h.t.*

Rumpatur irritumve fiat.] De his ſpeciebus plenius in ſeqq. dicetur.

TEXTVS.

2. Rumpitur autem teſtamentum cum in eodem ſtatu manente teſtatore ipſius teſtamenti ius vitiatur. Si quis n. poſt factum teſtamentum adoptaverit ſibi filium per Imperatorem, eum qui eſt ſui juris, aut per prætorem ſecundum conſtitutionem noſtram, eum qui in poteſtate parentis fuerit, teſtamentum eius erumpitur, quaſi agnatione ſui heredis.

COMMENTARIVS.

TEſtamentum initio validum vel infirmatur per ſententiam judicis, inſtituta querela inofficioſi, de qua tit. ſeq. vel poteſtate juris citra aliquod factū hominis eo tendens infirmatur: cuius infirmationis duæ ſunt ſpecies, Ruptio & irratio ſive in irritū deductio: quæ rurſus ſuas ſpecies habent, ita ut in hac materia frequentius iſta verba, rupti & irriti, uſurpantur, ut tamē aliquando confuſim his nominibus utamur, ut docet ipſe Juſt. in §. *hoc autem 5. inf. h.t.* Ruptio uti hic uſurpatur, habet duas ſpecies, agnationem heredis poſt teſtamentum, in quo præteritus eſt, cum inſtitui aut exheredari debuiſſet: & voluntatis mutationem. Agnatio rurſus vel eſt naturalis vel civilis. Illa eſt, cum poſt teſtamentum poſthumus naſcitur, §. 1. *ſup. de exhered. lib.* ubi dixit hac de re, & ea gratia huius ſpeciei adgnationis nullam hic mentionem facere videtur. Civilis agnatio contingit quatuor caſibus & modis. 1. ſi nepotes tempore teſtamenti jam nati quos tum pater præcedebat, poſt patre præmortuo, ſuperſtite adhuc avo, in patris locum ſuccedant, nam & hi rumpunt teſtamentum, de quo itidem actum in § *poſtumorum 2. ſup. de exhered. lib. 2.* ſi poſt teſtamentum liberi naturales ex concubina ſuſce-

Digitized by

pti legitimantur, ſive per matrimonium ſubſequens, ſive per reſcriptum Principis: cum enim hoc modo jura legitimorum liberorum conſequãtur § *ult. ſup. de nupt.* §. 2. *verſ. nec non eos inſr. de hered. ab. int. N.* 89. c. 8. & 9. §. 1. neceſſario teſtamentum in quo præteritos ſe reperiunt, rumpunt, 3. ſi quis poſt teſtamentum adoptat ſibi liberos *l. verum* 8 *in pr. de inius. teſtam.* per principem (ut loquitur hic Juſt.) id eſt, in ſpecie adroget (eſt enim adoptio nomen generis) ex his qui ſunt ſui juris: (horum enim tantum eſt adrogatio) aut per prætorem (quę in ſpecie adoptio dicitur) aliquem qui eſt in poteſtate alterius, (hi enim in adoptionem in ſpecie dictam à parentibus dantur) ſecundum conſtitutionem Juſtiniani: qua ſcil. depoſuit *l. pen. C. de adopt.* §. *ſed hodie ſup. eod.* ut ſi quis extraneum adoptet, jura patris naturalis maneant integra: & conſequenter ita adoptatus & talis, non rumpet teſtamentum. Ita iſti autem rumpunt, ſi omnino præteriti ſint: quod ſi ſaltem ut extranei ſint inſtituti, non rumpunt, mutata ſaltem inſtitutionis qualitate, ut docet *l. filio* 23. §. 1. *de lib. & poſt. l. ſi quis* 18. *de inius. teſta.* extraneus enim recte inſtituitur: non autem niſi inepte exheredatur: itaque ſi quis ita nulliter exheredatum poſt arroget, teſtamentum rumpitur *l. non put.* 8 §. *ſed in* 8. *de bon. poſſ. cont. tabb.* quod in emãcipato exheredato & rurſus arrogato ſecus eſt, *d. l.* 8. §. 7. ex ratione *l. filio* 23. *in pr. de inius. teſtam.* Denique 4. ſpecialiter hoc olim contingebat circa emancipationem filii: quia hic ex veteri Lege Romuli per tertiam demum mancipationem & manumiſſionem de poteſtate patris liberabatur. Ex quo fiebat, ut quia ſemel vel bis mancipatus, interea teſtamento facto, poſt manumiſſus, in poteſtatem patris revertebatur, rumperet teſtamentum in quo ſe prætéritum reperiebat; quod non accidebat in filiabus & nepotibus, qui una mancipatione exibant ex poteſtate, ut ſcribit *Vlp. in d. l. verum* 8. §. 1. *de inius. teſt.* & idem *eſt. l.* 11. *de his qui in pot. ſunt.* Hi ſunt modi ruptionis: improbabiliter autem Weſ. rumpi putat dici teſtamentum, quod quaſi ipſe teſtator rumpit: ita enim tantum ad mutationem voluntaris fere ruptio reſtringenda eſſet: adoptio enim filii à teſtamento remota eſt, & ad rumpendum directo non tendit.

In eodem ſtatu manente teſtatore.] Nihil enim ipſe patitur, nec eius ſtatus mutatur: quod accidit in altera ſpecie irritationis, cum capite minuitur teſtator cuius reſpectu oppoſitive id dicitur. Quid igitur eſt, quod Theoph. legit negative, μὴ μειώσαντος τὸ τεσταμέντος ἐπὶ τῆς ἀυτὸς καταστάσεως. Aut Theophilum verbo ſtatus abuti valde oportet: aut expũgenda eſt apud eum negatio: certum enim eſt, adoptionem nihil afficere ſtatum teſtatoris: & proinde omnino recta lectio eſt affirmativa.

TEXTVS.

3. Poſteriore quoque teſtamento, quod jure perfectum eſt, ſuperius rumpitur. Nec intereſt extiterit aliquis heres ex eo an non: hoc enim ſolum ſpectatur, in aliquo caſu exiſtere potuerit. Ideoque ſi quis aut noluerit heres eſſe, aut vivo teſtatore, aut poſt mortem eius antequam adiret hereditatem, deceſſerit, aut conditione ſub qua heres inſtitutus eſt, defectus ſit; in his caſibus paterfamilias inteſtatus moritur: nam & prius teſtamentum non valet, ruptum à poſteriori: & poſterius æque nullas habet vires, cum ex eo nemo extiterit heres. Sed & ſi quis teſtamento priore jure perfecto, poſterius æque jure fecerit; etiamſi ex certis reb. in eo heredem inſtituerit, ſuperius tamen teſtamentum ſublatum eſſe Divi Severus & Antoninus Auguſti reſcripſerunt: cuius conſtitutionis verba & hic inſeri iuſſimus: cum aliud quoque præterea in ea conſtitutione expreſſum ſit. Impp. Severus & Anton. Auguſti Cocceio Campano. Teſtamentum ſecundo loco factum, licet in eo certarum rerum heres ſcriptus ſit, valere perinde iure, ac ſi rerum mentio facta non eſſet: ſed & teneri heredem ſcriptum, ut rebus ſibi datis contentus, aut ſuppleta quarta ex L. Falcidia hereditatem reſtituat his qui in priore teſtamento ſcripti fuerant, propter inſerta fideicommiſſi verba, quib. ut valeret prius teſtamentum expreſſum eſt, dubitari non oportet. Et ruptum quidem teſtamentum hoc modo efficitur.

COMMENTARIVS.

1 *Mutationis prima ſpecies.*
2 *Altera eius ſpecies.*

ALtera ſpecies ruptionis eſt mutatio voluntatis: quæ fit dupliciter: Juſt. enim hic quoq; ſic-

ut

Digitized by Google

ut in priori ſpecie non plene rem explicare, ſed exemplis tantum declarare eam utcunque voluiſſe videtur. Una ſpecies eſt, ſi teſtator inducat, deleat, rumpat, concidat tabulas quas fecit *l. ſi unus & l. pen. C. de teſt. l. ult. de milit. teſt. l. 2. de his quæ in teſt. del.* Si ſcil. totum rumpat, vel tale quid faciat, ut de ejus voluntate conjicere liceat, eum totum mutare voluiſſe: veluti ſi ſigilla turbet aut præcidat: ceteroquin quo ad deletionem & inductionem magis eſt, ut ea non operetur ultra quam deletum eſt, cetera ſuſtineantur, *l. 2. de his quæ in teſt. del.* adeo ut licet omnium heredum nomina deleverit, tamen ex benignitate (ſummo enim jure ſecus eſſet) legata defendantur, juxta *l. pen. d. t.* Quid ſi plurib. exemplis teſtamentum quis fecerit juxta §. *pen. ſup. de teſt. ord.* Et uno exemplo cancellato, non cenſeri eum inteſtatum decedere voluiſſe docet *l. ult. d. t.* niſi heredes ab inteſtato contrarium probent: creditur enim ideo id feciſſe, quod putaret reliqua exemplа ſufficere ad probandam
2 ſuam voluntatem. Altera ſpecies † mutationis eſt, ſi quis aliud teſtamentum fecerit. Quiſquis enim teſtamentum facit, cenſetur ex natura huius diſpoſitionis id facere de univerſis bonis: itaque ſicut non poteſt in duos transferri eiuſdem rei dominium: ita duo teſtamenta diverſa ſimul conſiſtere non poſſunt: & notiſſima eſt regula juris, quod nemo cum duobus teſtamentis decedere poſſit, quam nec vitiari in teſtamẽto pupilli quod pater fecit, & in terminis pupilli adrogati oſtendimus contra Dd. ad §. *Item non aliter ſup. de adopt.* Hinc eſt, ut nihil neceſſum ſit in teſtamento poſteriore prioris mentionem facere, & id revocare: ſed ipſa factio novi teſtamenti rumpit prius & inutile id facit: idque eſt quod ait Juſtin. in *l. ſancimus 27. C. de teſtam.* per poſterius teſtamentum, *ipſo jure* prius tolli. Et proinde recte notat Angel. non eſſe neceſſariam clauſulam quam Notarij teſtamentis apponere ſolent, quod teſtator caſſet & annullet diſpoſitiones omnes priores: ſcil. quo ad teſtamẽta prius condita, quæ ipſo jure per poſterius rumpuntur: utique enim ſi generalis ſit clauſula, codicilli ante facti per eam irritabuntur, qui alias cum teſtamento conſiſterent: quod & Mynſ. hic recte annotavit, ſed non æque iſtud, quod utilis ſit & neceſſaria clauſula, ſi quis priori teſtamento derogaverit futuris diſpoſitionibus: nemo enim hanc legem ſibi dicere poteſt à qua diſcere non poſſit: adeo ut nec juramentum impediat, quo minus aliter diſponere poſſit: & ſi per modum conventionis cum alio quid actum ſit, conſtat id totum jure eſſe irritum & nullum: & omnino hic locum habet quod eſt in *l. 4. de adim. leg.* voluntatem hominis eſſe ambulatoriam uſque ad ſupremum vitæ exitum. Qua in re alia eſt ratio ſententiæ prioris & poſterioris, ne quo hic tractant Dd. nam quiſque pro libitu voluntatem ſuam de bonis mutare poteſt, judex qui ſemel dixit ſententiam officio ſuo functus eſt, nec adeo amplius de eadem re pronuntiandi jus habet. Hinc, quoniam ipſo jure facto poſteriore teſtamento ſtatim, vivo adhuc teſtatore prius teſtamentum rumpitur, efficiatur, quod eſt in hoc §. *verſ. nec intereſt.* ut teſtamentum prius maneat nullum, etiamſi poſterius non ſortiatur effectum, veluti ſi ex eo teſtamento non adeatur hereditas: quod enim ex accidenti eſt, & poſt mortem teſtatoris contingit, non poteſt reſtituere teſtamentum jam ſemel ruptum. Et hoc exempli cauſa ſcriptum hic accipio, non ut alii ejuſdem generis caſus excludantur. Fingamus, in priori teſtamento inſtitutum vel exheredatum poſtumum: in ſecundo præteritum, (hoc enim teſtamentum initio validum eſt) ſi nato poſtumo rumpatur poſterius teſtamentum, non ob id reſtituetur prius. Eſt igitur hæc una quaſi ampliatio ad regulam hujus §. quod teſtamentum prius rumpatur, vel potius ruptum maneat, licet ſecundum teſtamentum non ſortitum ſit effectum. Alia ſpecies ampliationis eſt hoc text. *verſ. ſed & ſi quis. ex l. ſi. quis 29. ad SC. Treb.* rumpi prius teſtamentum per ſecundum, licet in hoc heres ex rebus certis, vel etiam ex una re ſingulari ſcriptus fuerit. Ratio ſolida eſt, quia ita recte ſcribitur heres, non ut adjectio illa maneat, ſed quatenus poteſtate juris detracta rei mentione perinde habetur, ac ſi ſimpliciter ſcriptus à teſtatore heres fuiſſet. *l. 1. §. 4. l. 9. §. ſi duo 13. & l. 10. de her. inſt.* Et ita juxta hanc ſententiam ab Imperatoribus reſcriptum fuiſſe Juſtinianus hoc loco teſtatur, teſtamentum poſterius perinde valere, atque ſi rerum mentio facta non eſſet. Atq; ita omnimodo totum & pleno perpetuoque jure habebit, qui ex re aut rebus certis ſcriptus eſt heres: ceteroquin non minus hunc quam alium heredem gravare fideicommiſſo poteſt teſtator, eumq; rogare ut alteri cuicunq; reſtituat hereditatem, quod fit vel expreſſis vel inflexis verbis, ex quibus teſtatoris voluntatem de reſtituenda hereditate colligimus: cum & non raro ſine verbis tale quid, directo ſignificantibus, ex conjecturis, quæ dominantur in hac re, fideicommiſſa introducamus. Ita hic quoq; ſi teſtator poſteriori teſtamento dixerit, ſe velle valere prius teſtamen-

tum,

Digitized by Google

tum , hanc ejus voluntatem ita interpretati sunt Impp. hic relati , quasi heredem posteriori testamento scriptum rogasset,ut hereditatem ei qui in testamento priori scriptus erat restitueret. Ita enim omnino hic locus accipiendus est: ceteroquin si ponamus expresse id testatorem jussisse, nulla fuerit dubitandi ratio: nec necessarium fuisset rescriptum Impp. Facit quod in milite ita obtinet, ut si jusserit valere prius testamentum, utrumque valeat jure directo , quia miles cum duobus testamentis decedere potest *l. quaerebatur 19. de milit. test.* Quod si autem miles nihil dixerit, voluntatis erit quaestio , an miles hoc animo posterius fecerit testamentum , ut prius valere nollet. Et bona ratione ex istis verbis fideicommissum colligitur: quia prius testamentum cum ruptum sit nō potest valere jure testamenti; & cum nihilominus valere jusserit testator , benignam interpretationem sumimus , quod illud valere voluerit eo saltem modo quo valere potest , non autem aliter valere potest, quam ut codicilli, quippe qui una cum testamento possunt consistere.

Posteriore testamento.] Codicillis enim testamentum rumpi non potest.

Quod jure perfectum est.] Quod plenius tractatur in §. *ex eo 7. infr. h.t.* ubi dicemus.

Si quis aut noluerit.] Explicat quomodo dicatur deficere heres;qui sci.vel non vult esse heres, repudiatque vel non potest , vel quod praemortuus est , vel quod defecit conditio sub qua fuit institutus Unde apparet, licet in secundo testamento institutio habeat conditionem , tamen prius rumpi,quamvis in eo pura institutio fuerit : quod obtinet in diversis testamentis : nam si in uno pura sit institutio, alia sub conditione prior sola sufficit *l. si te. 27. §. 1. de hered. inst.* Et rursum obtinet illud in diversis testamentis , quin utrumque & posterius aeque solemne est , & pendet à sola testatoris voluntate: secus in contractibus, & quod pure emi, post frustra emo sub conditione, jam ex priori contractu mihi quaesita actione *l. si id 7. in pr. de rescind. vendit.*

Aut suppleta quarta.] De hac quarta, quam deducit heres gravatus fideicommisso universali: agitur *inf. de fideicom. her. tit. 23.*

TEXTVS.

4. Alio autem modo testamenta jure facta infirmãtur: veluti cum is qui testamentum fecit,capite diminutus sit; quod quidem modis accidat,primo libro retulimus. Hoc autem casu irrita fieri testamenta dicuntur, cum alioquin & quae rumpuntur , irrita fiant: & ea quae statim ab initio non jure fiunt,irrita sint. Sed & ea quae jure facta sunt, & postea per capitis diminutionem irrita fiunt, possumus nihilominus rupta dicere. Sed quia sane commodius erat , singulas causas singulis appellationibus distingui: ideo non jure quaedam facta dicuntur , quaedam jure facta rumpi vel irrita fieri.

COMMENTARIVS.

Alio modo.] Diximus duas species esse infirmationis testamentorum , Ruptionem & irritationem. De ruptione diximus, sequitur de irritatione:cujus rursus duae sunt species. 1. Destitutio testamenti,cum heres non adit hereditatem : ita enim fit testamentum irritum *l. 1. inf. de iniust. test. Vlp. tit. 23. §. 3. Quib. mod. test. rump.* & in hoc verbo utitur JCtus in *l. filium 20. in pr. de bon. poss. cont. tab.* Et dicitur ita in specie destitui testamentum §. *cum autem 7 inf. de hered. ab int. l. ult. in f. de condit. inst.* & nullas habet vires. *text. prec.* qui modus rarior hodie est, postquam *test. nov.* 1. in terminis ibi propositis aliis quoque fecit adeundi potestatem. 2. Capitis diminutio testatoris *l. 6. §. irritum 5. de iniust. test* : & haec triplex juxta *tit. de ca. dim. sup. l. 1.* Et his enim modis mutatur status testatoris: quod secus adeo est,ut nimirum non irritum fiat testamentum recte conditum accidat , ut notavimus *sup. ad t. Quib. non est perm. fac. test.* Et 1. maxime capitis diminutio haut dubie irritum reddit testamentum , siquidem servus cum testamento decedere non potest. Neque est contrarium,quod si civis Romanus qui fecit testamentum, ab hostibus capiatur, testamentum eius sustinetur,qui tamen fit servus hostium §. *si ab hostib. 5. sup Quib. mod. test. pat. pot. solv.* Etenim sustinetur testamentū non quia servi facti aut qua capti, sed qua numquā capti, sive redierit,sive mortuus apud hostes fuerit, per duplicē fictionē, postliminii & Legis Cornelie, juxta tractata ad *d. §. 3. & ad §. ult. sup. h. l.* 2. Deinde idē habet locum in media capitis diminutione, veluti si quis sit deportatus; quodā qui civis Romanus non est, heredem habere jure civili non potest, id tamen ab eo qui jus habet , deportatus quis fit: jus id non habet praeses, *l. 6 de interdict. & rel.* nisi Princeps approbaverit: & ad praesidem solum pertinet *l. 6. §.*

l. 6. §. eius qui 7. de iniuſt. teſt. nam proconſul, præfectus urbi jus deportandi habēt, nec hic opus erit Principis approbatione. Denique irritum ſit teſtamentum ſi minimam capitis diminutionem patiatur teſtator: veluti ſi filiusfam. efficiatur per arrogationem *arg. §. infr. de adq. per adrog. l. pen. §. 2. de bon. poſſ. ſec. tabb.* & filiusfam non habet ius teſtandi. Deinde ſi filiusfam. qui de caſtrenſi peculio teſtamētum fecit, fuerit emancipatus, juxta ea quæ & de hac & priori quoque ſpecie diximus ad §. *pen. ſup. de mil. teſt.*

Hic autem caſus.] Paulo ſuperius hoc attigimus. Necnovum eſt jure noſtro, ut idem verbum & generalius & ſpecialius: rurſus in proprio ſuo ſignificatu, aliquando abuſive uſurpetur, quod hic exēplis irriti & rupti oſtenditur: quæ non tantum inter ſe commutentur, & alterum pro altero accipiatur, ſed etiam verbū irriti de teſtamento initio nullo prædicetur: Et enim hoc non ſit abſurde, ut autem teſtamentum quod initio nullum eſt, ruptum dicatur, rationi non convenit: neque id Juſtin. dicit, neque puto eius extare exemplum. Diſtinctio autem rupti & irriti, ut hoc titul uſurpantur, firmatur etiam ex *l. 1. & l. 12. in pr. de iniuſt. teſtam.*

TEXTVS.

§. Non tamen per omnia inutilia ſunt ea teſtamenta, quæ ab initio iure facta per capitis diminutionem irrita ſunt facta. Nam ſi ſeptem teſtium ſignis ſignata ſunt, poteſt ſcriptus heres ſecundū tabulas teſtamenti poſſeſſionē bonorum agnoſcere: ſi modo defunctus & civis Romanus, & ſuæ poteſtatis tēpore mortis fuerit. Nam ſi ideo irritum factum ſit teſtamentū, quia civitatem vel etiam libertatem teſtator amiſit, aut quoniam in adoptionem ſe dedit, & mortis tempore in adoptivi patris poteſtate ſit, nō poteſt heres ſcriptus ſecundum tabulas poſſeſſionem bonorū petere.

COMMENTARIVS.

1 *Vitia huius textus.*
2 *An teſtamentum in quo praeteritus eſt filius, caſu aliquo valere poſſit.*
3 *Ad l. 17. de injuſt. teſt.*
4 *De teſtamento rupto per agnationem.*
5 *De ruptione per mutationem.*
6 *De irritatione per arrogationem.*
7 *De irritatione per capitis diminutionem.*

DUplex vitium huius §. notari poteſt, 1. quod tantum † meminit teſtamenti irriti facti per capitis diminutionem, quaſi hoc tantum vitio ſublato poſſit validari & reconvaleſcere: cum tamē idem quoque eveniat in terminis teſtamēti rupti. 2. quod ita loquitur Tribon. quaſi tantū iure prætorio convalidentur hæc teſtamenta; cum tamen etiam jure civili ea valere oſtendi poſſit. Quod, ut vel ex Angelo hic apparet, alii quoque olim obſervarunt. Et igitur quæſtio generalius formanda eſt, an ſi cauſa & vitium propter quod teſtamētum nullum aut infirmatum fuit, ſublata ſint vivo teſtatore, teſtamentum vires recipiat, & valere incipiat, aut rurſus priſtinas vires recuperet. Liber enim & quæſtionem de teſtamēto quod initio fuit nullum, hic complecti, an aliquas vires habere poſſit. Teſtamentum ab initio nullum vocatur injuſtum *arg. rubr. de iniuſt. teſtam.* in quo vel deficiunt formalia teſtamenti, vel perſona inhabilis fuit: Et hoc caſu conſtat licet habilitas ſuperveniat poſt teſtamentum, tamen id penitus & jure civili & prætorio manere nullum, veluti ſi impubes aut furioſus fecerint teſtamentum §. 1. *ſup. Quib. non eſt perm. fac. teſtam.* Idemque eſt ſi v. c. pauciores teſtes interfuerint aut ſignaverint &c. De 2 ea tantum † ſpecie prolixe tractatur à Dd. ſi filius in poteſtate præteritus vivo patre deceſſerit, aut etiam abſtinuerit ab hereditate, aut vivus factū patris eum prætereuntis approbaverit, an teſtamētum habeat aliquas vires. Et de primo membro quo præteritus vivo patre deceſſit, expreſſe reſpondet Juſtinian. *in pr. de exhered. l. ſup.* teſtamentum manere nullum. De altero membro quo ultro abſtinet filius, nec utitur jure ſuo, ſcrupulum movet *l. filio 17. de iniuſt. teſtam.* ubi dicitur, licet ſubtilitas juris refragetur, tāmen voluntatem defuncti defendi ex æquo & bono. Quæ verba indicio ſunt, teſtamentum quidem nihilominus eſſe nullum jure civili, ſed prætorio jure dari bonorum poſſeſſionem ſecundum tabb. Idque confirmat & *l poſtumus 12. in f pr. de iniuſt. teſtam.* Neque mirum, cum etiam eiuſmodi teſtamentum, nec ſuperſtite filio omnino ſit nullum jure prætorio Id probatur 1. ex Ulpian. *tit. 28. de poſſ. dand. §. etiam* 5 hoc tantum conſiderare prætorem in danda bon. poſſeſſione ſecundum tabb. an teſtamentum ſit conſignatum ſeptem teſtium ſignis, licet quæ ſolemnitates juris civilis deficiant Atquin ſecundum quod teſtamentum dat prætor bonorum

poſſeſſionem, id iure prætorio haud poteſt eſſe nullum: ſicut rurſus nec illud contra quod dat bonorum poſſeſſionem, quippe quæ tendit ad evertendum teſtamentum: atquin prætor contra tabulas bonorum poſſeſſionem etiam dat liberis ſuis præteritis *l. ſi duobus* 12. §. 1. *de bon. poſſ. cont. tabb.* §. 1. *in prin. infr. de bonorum poſſeſſ.* porro præter textum modo citatum ex *Vlpian. tit.* 28. quod ſecundum teſtamentum in quo filius eſt præteritus, poſſeſſionem prætor det, probat itidem *d. l. poſtremus* 12. *in f. pr. de inuſt. teſt.* & aperte *l. aquiſſimum* 2. *de bonor. poſſeſſ. ſecund. tabb.* Et facit amplius pro iſta ſententia, quod prætor non magnam videtur rationem habere ſuitatis cum & jus abſtinendi concedat ſuis: & emancipatos non minus velit inſtitui aut exheredari quam ſuos §. *emancipatos* 3. *ſup. de exhered. liber.* & tamen utique valet jure prætorio teſtamentum ſi liberi emancipati ſunt præteriti. Videtur autem hoc iſti opinioni obſtare argumentum: Quod quo jure ſuccediturab inteſtato, eo non poteſt videri valere teſtamentum. Atquin ubi præteriti liberi ſunt, qui in poteſtate ſunt, ſuccediturjure prætorio ab inteſtato *l.* 1. §. *ultim. unde liber.* Ergo. Dicam abſurdum quoque videri, ut jure eodem detur poſſeſſio ſecundum & contra tabulas. Atquin ubi liberi præteriti ſunt, hic pollicetur prætor bonorum poſſeſſionem contra tabulas, & nihilominus ſcriptis heredibus, ſecundum tabulas *d. l.* 2. *in pr. de bonor. poſſeſſ. ſec. tabb.* Sed nimirum ſicut hoc facit in diverſis perſonis, ita non facit eodem gradu: potior enim & prior conditio eſt liberorum in petenda bonorum poſſeſſione contra tabulas: quam ſi hi omittant, nihil abſurdi ſe facturum putavit prætor, ſi tum ſcriptis heredibus daret bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas. Ita quoque diverſa ratione & conſideratione dat bonorum poſſeſſionem ſecundum & contra tabulas: & nihilominus tamē ab inteſtato quoque ſuos præteritos ex| Edicto. Unde liberi, admittit *d. l.* 1. §. *ultim. unde lib. l. ultim. de li. & poſthum.* quoniam ſolet prætor etiam ſubſequi jus civile, quo liberi ſui præteriti jus dicendi nullum habent.

Iſtud adhuc quærendum & extricandum hic 3 ſuper eſt, an quod dicitur † in *l. filio* 17. *de inuſt. teſt.* ſi filius præteritus abſtineat, ſimpliciter procedat: ſive proximi alias ab inteſtato ab teſtatore ſcripti fuerint: ſive etiam extranei quivis. Et teſtatur *Clar. in* §. *teſtamentum. quæſt.* 43. poſterius eſſe magis communiter receptum: Quæ ſententia ſi recte explicetur vera eſt. Probant quæ hactenus diximus, & inprimis *l.* 2. *de bonor. poſſeſſ. ſecund. tab.* prætorem ſimpliciter dare eam bonorum poſſeſſionem ſecundum teſtamentum, quibuſvis heredibus ſcriptis. Sed in modo & effectu ingens differentia eſt, inter extraneos & qui alias ab inteſtato fuiſſent ſucceſſuri. Ad quod ſciendum eſt, bonorum poſſeſſionem aliam dici cum re, aliam ſine re, quæ effectu deſtituitur. Prætor nimirum qui ſimpliciter heredibus ſcriptis bonorum poſſeſſionem pollicetur, petentibus eam negare non poteſt. Sed fit non raro ut ea ſit ſine re, ubi aliquis potiori jure bona ſibi aſſerit & ea conſequitur cum effectu. Ita in concurſu filii præteriti & ſcripti heredis, ſi hic prævertat petere, bonorum poſſeſſionem ſine re habebit ubi filius præteritus jure ſuo utitur, quod ex ipſo jure prætorio potentius eſt. Itaque quod de ordine dicitur in *l.* 2. *de bon. poſſ. ſec. tabb.* ad effectum pertinet: quamvis & forte prætor, ne res ſit ſine effectu, dilaturus ſit interim dare bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas. Eodem modo licet non ſuperſit filius, aut etiam extranei heredes in tabulis ſcripti petere à prætore poſſeſſionem bonorum, ſed eam ego puto futuram ſine re, ſi proximi agnati jure ſuo utantur, & jure civili vindicent hereditatem ab inteſtato, cum utique verum ſit, teſtamentum eſſe nullum: puto etiam ipſum prætorem, proximos ex Edictis, Unde legitimi, vel Unde cognati admiſſuros. Atque ita eveniet, & quidem præter mentem, ut opinor Dd. ut reſponſum *d. l.* 17. fere autem locum habeat effectus, ubi proximi ab inteſtato heredes ſcripti fuerunt: de quibus etiam loquitur *d. l.* 17. & in terminis *l.* 12 *in f. pr. eod. tit.* ubi pene reſtringitur ad caſum, quo bonorum poſſeſſio data fuit ei, qui rem ab inteſtato auferre potuiſſet. Et unico caſu & raro extraneus bonorum poſſeſſionem cum re habebit, ſi proximi ab inteſtato omittant hereditatem. Tertius caſus erat, quo filius ab intio aſſenſerat præteritioni. Et certi juris eſt, nihilominus nullum eſſe teſtamentum: & falſum eſt, quod plerique Dd. putant, favore tantum filii hic eſſe conſtitutum, ut teſtamentum ſit nullum. Quod ſi mortuo patre in eadem ſententia perſeveret filius, jam idem eſt caſus, quo filius abſtinet.

Quid autem ſi fratres alii inſtituti, forte quia legata data ſunt multa, velint ab inteſtato ſuccedere, quia fratre uno præterito teſtamentum ſit nullum. Puto eos non audiri. & hoc velle Juriſconſultum in *d. l.* 17. ut defendatur voluntas, perinde ac ſi frater præteritus non eſſet in

rerum

rerum natura. Idemque erit si fratres ex æqualibus partibus fuerunt instituti. Aut dabit secundum eas partes prætor possessionem, aut utique arbiter fam. erc. eas partes servabit, *l. 2. Cod. de inoffic. donat.*

Hæc forte subtiliora videbantur, quam pro captu tyronum: & sunt tamen ita comparata, ut à non omnino tardis intelligi possint, & ad explicationem huius materiæ necessaria sint: & forte ab aliis non ita accurate explicata. Hæc de testamento quod ab initio jure civili nullum.

Sequitur magis ad nostrum textum de testamentis initio validis, post ruptis & irritis factis, an sublato vitio, & cessante infirmationis causa in integrum restituantur, & an jure prætorio tantum, an etiam jure civili. Et prima quæstio de

4 † rupto est, sive per agnationem sui hæredis, sive per mutationem rumpatur testamentum. Et quæritur an restituatur in integrum, si vivo patre rursus decesserit postumus. Respondetur in *d. l. postumus 12. in pr. de inoff. test.* licet scrupulositas juris refragetur, tamen heredem scriptum posse petere, scilicet ex æquitate, bonorum possessionem secundum tabulas, & rem obtinere, ut scilicet quomodo explicavimus, bonorum possessio sit cum re & effectu, nec per proximos ab intestato bona avocari possint, & perinde sit ac si posthumus natus non fuisset. Itaque plus juris hic habet scriptus heres, quam in priori casu, ubi testamentum injustum initio fuit & nullum. Additur autem in *d. l. 12. in pr.* ita ab Impp. rescriptum quoque esse, ut hoc testamentum subsistineatur: quippe cum interno vitio laboraverit, non sufficiebat prætorium jus, ut bonorum possessionem cum re defenderet heredi scripto contra proximos ab intestato: nisi accessissent constitutiones Impp. quæ tamen non tam novum jus civile hic fecerunt, quam jus prætorium confirmarunt. Itaque recte dicimus hoc & priori casu testamentum tantum sustineri jure prætorio. Plane si posthumus post defunctum patrem decedat, nullo modo potest convalescere testamentum. quia jam ab intestato postumus heres factus est, ad quem casum pertinent *l. 2. C. de posth. her. inst. & l. ult. C. eod.*

5 Jam de altera specie † ruptionis: Quæritur si testator posterius testamentum quo prius ruptum erat, inciderit, an prius in integrum restituatur. Responsum de hoc extat in *pen. §. 2. vers. plane de bon. poss. sec. tabb.* si hoc animo incidisset tabulas posteriores, ut priores valerent videri, rediisse voluntatem recenti judicio. Et hic animus omnino probandus est, imo oportet ut palam istud declaraverit testator: ceteroquin credimus, eum intestatum decedere voluisse, & eum posterioris quoque voluntatis pœnituisse. Objicitur 1. quod in *l. Sancimus 27. C. de testam.* prius testamentum per posterius ipso jure rumpi dicitur 2. quod ita effici videatur, nuda voluntate constitui testamentum citra solennia juris: quam objectionem movet JCto in *d. l. pen. §. 2.* Respondetur ad 1. hoc tantum respectu dici testamentum prius rumpi ipso jure, quod rumpitur sola factione novi testamenti, licet testator nihil quidquam de mutando priore testamento adjecerit: tum etiam, quatenus posterius testamentum ut adhuc in esse & existens consideratur. Plane ubi nihil accessit aliud, veluti incisio, deletio &c. licet aliud testamentum factum sit, attamen prius testamentum, ut Dd. loqui amant essentiam formalem & materialem retinet: eoque nihil absurdi est, si vires accipit rursus, posteriori testamento cancellato. hac mente & voluntate, ut prior voluntas valida esset. Et hinc cum ipso JC. ad alterum respondetur, non constitui novum testamentum per illam declarationem, sed heredem scriptum agere ex primo testamento: cui si exceptio opponatur mutatæ voluntatis per posterius testamentum, ipse eam elidat per replicationem voluntatis reversæ. Ita enim jus est, ut quisquis aliquid petit contra voluntatem defuncti, quæ scil. mutata colligitur, repellatur exceptione doli, *l. 3. §. ult. de adem. leg.* Mutat autem voluntatem, qui aliud facit testamentum: Itaq; si ex priori testamento petit, exceptione doli repellitur: quam exceptionem elidet replicatione doli, si probet hac mente incidisse testatorem posteriores tabulas, ut primæ valerent. At quomodo agere poterit heres ex priori testamento, quod ipso jure ruptum est? Omnino nulla actio videtur. Equidem puto, durante posteriori testamento eum nulliter acturum ex primo; sed acturum rescisso posteriori, cum declaratione voluntatis quam diximus. Et videtur, hoc casu testamentum etiam jure civili valere: quamvis in *d. l. pen.* de bonorum possessione sec. tabb agatur. Hæc etiam de testamenti rupti restitutione.

Supereſt, An testamentum per capitis diminutionem irritum factum, testatore in pristinum statum restituto, & quo jure convalescat. Casus unus

6 est, si qui † testamentum fecit, se adrogandum dedit, & post rursus emancipatus fuit. De hoc

Digitized by Google

duo sunt textus, alter in *leg. conficiuntur* 8. §. *si post.* 3. *de iur. codic.* alter in *d. l. penult.* §. 2. *de bon. possess. sec. tabb.* In *d. l.* 8. simpliciter dicitur testamentū valere; qui locus necessario, (ceteroquin inexplicabilis esset pugna) explicandus & supplendus est ex *dict. leg. penultim.* si aliqua declaratio voluntatis producatur, quod eodem testamento mori voluerit. Capitis 7 diminutio media † sive maxima unum habet tractatum si princeps damnatum in integrum restituerit. De hoc est textus in *leg. si quis* 6. §. *penultim. de iniust. testament.* ubi dicitur testamentum confirmari, ad instar testamenti eius, qui ab hostibus captus, aut reversus est, aut ibi decessit: Quæ comparatio si in his terminis procedit, in quibus ibidem proponitur, necessario efficiet, quod testamentum hoc etiam jure civili validum sit. Possit tamen accipi comparatio quo ad validitatem ipsam, non quo ad modum & gradum: nam & reversus ab hostibus, retro semper in civitate creditur fuisse, adeo testamentum retro etiam semper validum fuisse, quod nemo dixerit, de eo, qui ob delictum damnatus, & post indulgentia principis fuit restitutus. Valebit autem proculdubio hoc testamentum, citra novam voluntatis declarationem. Nam qui se adrogandum dedit, quia aliud testamentum fecit, his à priori voluntate satis ipse videtur discessisse *arg. leg. penultim.* §. 2. *de bon. possess. secundabb.* At nihil est in damnato ex quo id colligi possit? quoniam delictum & pœna per sententiam irrogata, quæ causam dedit irritationi, nihil habent, quo afficiant dispositionem ipsam damnati, sed ab ea plane sunt remota.

Si septem testium signis.] Diximus enim. hoc solum spectari à prætore, in danda bon. poss. secundum tabulas.

In adoptionem se dedit.] Intelligit adrogationem, in quam quisque seipsum dat, utpote sui juris. In adoptionem in specie dictam pater liberos.

In adoptivi patris potestate.] Supple, aut mortis tempore adhuc servus, aut adhuc deportatus sit. Nam bos quoque casus in statim antecedentibus posuit: & est eadem ubiq; ratio. Omnino autem necesse est, ut tempore mortis sit civis Rom. & sui juris: Ceteroquin nec prætor dabit bon. possessionem *h. §. & l. 1. §. exigit* 8. *de bon. poss. sec. tabb.*

TEXTVS.

6. Ex eo autem solo, non potest infirmari testamentum, quod postea id testator noluerit valere: Usq; adeo ut si quis post factum prius testamentum posterius facere ceperit, & aut mortalitate præventus, aut quia eum eius rei pœnituit, id non perfecerit, divi Pertinacis oratione cautum sit, ne alias tabulæ priores iure factæ irritæ fiant, nisi sequentes pure perfectę & ordinatę fuerint: nam imperfectum testamentum sine dubio nullum est.

COMMENTARIVS.

1 *Imperfectio testamenti duplex.*
2 *An nuda voluntas tollatur prius testamentum.*
3 *De testamento posteriori imperfecto in quo scripti venientes ab intestato.*
4 *Ad l. si duobus 12 §. 1. de bon. poss. cont. tabb.*

DEbet hic §. omnino connecti cum §. 2. & 3. *sup. h. t.* ubi agitur de ruptione testamenti per mutationem voluntatis, quæ fit, ut ibi diximus, vel per cancellationem testamenti, vel per aliud testamentum, & quidem Justinian ait in *d.* §. 2. per testamentum jure perfectum & validum *l. 2. l. si bina* 11. *de iniust. test. l. hac consult.* 21. §. 3. *C. de test. l. fin. iura* 18. *de leg.* 3. Imperfectio † duplex est ratione solemnitatis & voluntatis. Illa si forte quinque testes tantum in posteriore adhibiti fuerint, aut testes non subscripserint, sive id totum omissum sit, sive antequam id fieri potuerit, testator defunctus sit. Ratione voluntatis imperfectio dicitur, si cum plura vellet disponere testator morte præventus sit, ut h §. dicitur; quod tamen & potest referri ad solemnitatem, si testator, qui voluntatem integram suam conscriptam testibus exhibuit, ut modo dixi, antequam solemnia peragerentur decesserit. Manet enim ita testamentum imperfectum. Erat tamen hic elegans dubitandi ratio, non quidem tam de jure testamenti posterioris, quam de exceptione doli, & eius viribus, (*argum. l. penultim.* §. 1. *de bon. poss. sec. tabb.*) inter heredes scriptos priori testamento & venientes ab intestato; quod propter actum illum testatoris, qui aliud testamentum facere ceperat, hæredes scripti priori testamento videbantur defici voluntate defuncti, propter quod petentes hæreditatem, arg eorum quæ ad *§. prec.* diximus, repelli posse videbantur, eaque forte dubitatio fecit necessariam orationem & constitutionem Pertinacis, qui pronuntiandum esse putavit pro testamento, Ubi supervacuum est monere orationes prin-

principum in Senatu haberi ſolitas, aut ad Senatũ miſſas, quas poſt ſequebantur Senatuſconſulta. Et quia principis autoritas totum hic faciebat, ideo etiam Leges dicebantur: velut ita Capitolin. de Pertinace. Legem tulit, inquit, inquit, ut teſtamenta priora non prius eſſent irrita, quam alia perfecta eſſent. Ubi tamen non parum obſtat *l. Claudius 97. de adquiren. hared.* Qui fecerat teſtamentum perfectum, poſt eundem hæredem in alio teſtamento inutiliter inſtituerat. Secundum jam dicta reſpondendum erat, teſtamentum prius manere firmum; at vero contra, dicitur pronunciatum, patrem fam. inteſtatum deceſſiſſe. Accurſ. fingit. ibi hæredem deceſſiſſe, antequam ex priori teſtamento poſſet adire hæreditatem; quod divinatorium eſt, & careret ratione dubitandi. An ſpeciale eſt in eodem hærede? An poſterius teſtamẽtum ſolenne & perfectum fuit, ſed ex ſpeciali cauſa inutilis inſtitutio? An potius Papinianus ibi contra opinionem Pauli pronuntiavit, & habuit pro repudiante, hæredem, qui adire conatus erat ex

2 ſecundo? Et cum ergo etiam ubi † teſtator progreſſus eſt ad faciendum novum teſtamentum, integrum maneat prius, ubi poſterius non habet perfectionem ſuam, tanto magis integrum manebit teſtamentum, ſi ſolummodo dixerit teſtator, ſe teſtamentum prius nolle valere. Potentius enim operantur facta quam verba. Et ratione hac communiter utuntur Interpp. ob quam negant irritari teſtamentum prius, ſi teſtator ſaltem hoc dixerit, quod illud valere nolit, utcunque dixerit hoc coram ſeptem teſtibus. Poterat enim teſtator ad factum procedere, & ſi forte, aut non eſſet voluntas, aut ſpatium deeſſet faciendi, teſtamentum in ſuo ſtatu reliquit, creditur non ſatis ſerio voluntatem priorem improbaſſe; cum nec ſit proportio inter nudam voluntatis declarationem, ad teſtamentum tam ſolemniter conditum; niſi tamen poſt declarationem, ſe valere teſtamentum nolle, factam ſaltem coram tribus teſtibus totum decennium effluxerit; quod introduxit Juſtiniani conſtitutio in *leg. ſancimus 27. C. de teſtam.* quamvis Dd. communius computent id decennium à tempore facti teſtamenti; forte, quod tum vetus teſtamentum vetuſtate ipſa ſua laborare videatur; & non ſatis clara ſunt verba Juſtiniani. Videntur autem hæc reſtringenda ad inſtitutionem, ſecus eſſe in legatis *l. militis 36. §. pen. de milit. teſt.* loquitur enim de veterano, & utitur communi ratione, quod exceptio dolioboſtet iis, qui petunt contra voluntatem diſponentis, licet diſerte expuncta legata non ſint, per *l. §. 3. ult. cum ſeqq. de adim. legat.* Amplius ex *l. cum quidam 12. de his quibus ut ind.* videtur probari ob mutatam voluntatem, hæredibus priori teſtamento ſcriptis auferendam eſſe hæreditatem, ſed ſane in eo caſu teſtamentum alterum quo ad ſolennia perfectum, hoc ſaltem laboravit, quod hæredes ſcripti eſſent incapaces. Qui tamen caſus notandus eſt. Limitatio autem Dd quam refert Mynſ. niſi teſtator addiderit, ſe velle inteſtatum decedere, vitioſa eſt, & caret ratione & evertitur per *d. l. 36. de mil. teſtam.* Neque verba in *l. 1. §. ſi hæres 8. unde lib. alia ratione voluntatem mutavit, &c.* ita abſurde contra rationem textus explicanda & accipienda ſunt. Quid porro ſi teſtamentum nuncupativum ponamus, quod nuda declaratione voluntatis perficitur? An hic nudam contrariam voluntatem dicemus ſufficere ad revocationem? Et ita quidem Hottom. & Weſembec. hic putant, & pro illorum opinione facit vulgatiſſimum illud: Unumquodque eo modo diſſolvi quo colligatum eſt. Et non invitus in hanc deſcenderim ſententiam, ſi & legata & inſtitutiones nominatim fuiſſe revocata coram ſeptem teſtibus ponamus. Ubi tamen interim, quia & textibus, & autoritatibus aliis deſtituor, ſubſiſtendum puto. An dicimus tolli ope exceptionis non ipſo jure, ut videtur velle *Angel. hic*, nam idem male diſtinguit, an ſit redactum in ſcripturam nec ne; quoniam ſcriptura tantum ad probationem pertinet, non ad eſſentiam. Certum iſta regula, teſtamentum prius non ſolvi, niſi per poſterius jure perfectum, exceptiones quoque ſuas habet. Et prima expedita eſt, imo pene exceptio non eſt in milite, qui poſterius teſtamentum condidit jure militari, *leg. 2. de inuſt. teſtament.* hoc enim teſtamentum, aut perfectum dicitur in ſuo genere, aut utique omnes effectus perfecti teſtamenti habet.

3 Altera eſt, ſi in poſteriore † imperfecto ſcripti ſint venientes ab inteſtato, ut eſt in *d. l. 1.* Et quidem ſi inter liberos tantum teſtamentum fecerit parens, non dubium eſt rumpi prius, quandoquidem & illud eſt privilegiatum teſtamentum *l. hac conſultiſſima 21. §. 1. C. de teſtam. N. 107.* Sed quoad alios venientes ab inteſtato, non apparet, quomodo hi ex teſtamento imperfecto vindicare poſſint hæreditatem. Ne dum videtur expedire d. conſtitutio *d. l. 21. §. ſi quis autem 3. C. de teſtam.* ubi Imp. conſtituit ut poſterior volũtas imperfecta ſuſtineatur tamquam voluntas ab inteſtato, ſi nõ pauciores quinq; teſtibus

adfuerint, adeo jure codicillorum, *l. 8. C. de codicill.* At cum codicillus non poſſit rumpere teſtamentum, efficietur ita, ut priori teſtamento ſcripti hæredes, intelligantur quaſi tacite rogati, venientibus ab inteſtato reſtituere hæreditatem. Sed hoc non patitur *d. l.* 21. §. 3. quæ prius teſtamentum vult infirmari. Et in huiuſmodi ſanctionib9 novis Impp. poſteriorum fruſtra quærimus accuratam juris rationem, & hic erit effectus, ut nulla detracta querela per hæredes ſcriptos priori teſtamento, quod infirmatum dicitur, juxta partes poſteriori voluntate adſcriptas diviſio per arbitrum fiat. Videatur autem hinc poſſe colligi, quod eſt in *d. l. 2. de iniuſt. teſt.* à Triboniano additum eſſe. Id quidem exiſtimat alibi Ant. Fab. ſed falſum eſſe mox oſtendemus. Quæritur enim adhuc amplius, quid juris, ſi teſtamentum non ſit quidem imperfectum ob ſolemnitatum aliarum defectum, ſed ſit nullum v. c. ob præteritionem filii. Et magis videtur ad hunc caſum non pertinere diſpoſitio *d. l. hac conſultiſſima* 21. §. 3. *C. de teſtam.* Quoniam autem teſtamentum rumpitur per filii nativitatem, fruſtra in his terminis quæremus, an per præteritionem in ſecundo teſtamento, filii poſt nati prius teſtamentum irritetur, quod jam per nativitatem erat ruptum. Itaque ponendus hic eſt caſus *l. ſi*

4 *duobus* 12. §. 1. † *de bonor. poſſeſſ. contra tabb.* qui locus ſatis obſcurus, & fortaſſis hactenus non recte acceptus, dignus eſt, in quo elaboremus, & ſperamus gratiam à ſtudioſis, ſi eum diligentia noſtra extricaverimus. Proponitur ibi filius primo teſtamento exheredatus, adeo teſtamento valido; mox in ſecundo præteritus. Quæritur an habeat bonorum poſſeſſionem contra tabulas: Quæſtio in eo eſt, an habeatur pro præterito, an pro exhæredato; præterito enim datur ea bonorum poſſeſſio, exhæredato non datur *l. non putavit* 8. *de bon. poſſ. contr. tabb.* Si poſterioris teſtamenti nullam plane rationem habemus, habebitur filius pro exheredato, & excluſus erit à bon. poſſ contr. tabb. Sin iſtud quoque in conſiderationem admittimus, habebit bonorum eam poſſeſſionem. De quo cum tractetur in *d. l.* 12 §. 1. illud ante omnia conſequens eſt, agi ibi de filio, qui eſt in poteſtate; quod ſi enim emancipatus eſſet, teſtamentum jure civili validũ, omnino prius teſtamentum rupiſſet, nec poſſet dubitari, quin filio emancipato præterito, daretur bon. poſſeſſio contra tabulas. Cum autem filius ſit in poteſtate, cuius præteritio facit teſtamentum nullum videbatur nulla quoque huius teſtamenti habita ratione, filio utpote teſtamento priori quod infirmatum non eſſet, exhæredato, bonorum poſſeſſio eſſe neganda. Diſtinguitur autem ibi, an fuerint inſtituti poſteriori teſtamento, qui remoto filio poſſent petere bonorum poſſeſſionem ſecundum tabb. & ita excludere hæredes ſcriptos priori teſtamento: & ſcilic. an poſteriori, ſcripti ſint, qui alias ab inteſtato ſucceſſiſſent; an vero poſteriori teſtamento ſcripti ſint, qui ab inteſtato remoto filio licet, ſuccedere non potuiſſent. Et ut ait Juriſconſultus: Ita jus habet, ut cum is contra quem filius petit bonorum poſſeſſionem, amoto filio poſſit obtinere hæreditatem, filius quoque recte videatur petere bonorum poſſeſſionem. ſi vero ille non poſſit obtinere hæreditatem, filius quoque excludatur. Fingamus filium primo exhæredatum, mox præteritum ſecundo teſtamento, poſt illud deceſſiſſe: Hic filio remoto potiores & proximi ſunt in hæreditate venientes ab inteſtato: hi ſecundo teſtamento ſcripti ſunt hæredes. Ait JCtus eos poſſe petere bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas: & inde infert filium ſi adhuc ſuperſtes eſſet, præteritum, contra hos ſecundo teſtamento ſcriptos poſſe bonorum poſſeſſionem, vel potius poſſe contra teſtamentum petere: quoniam hæc poſſeſſio non contra hæredem, ſed lignuum dari dicitur. Ex quo neceſſario infertur & hoc, teſtamentum poſterius in quo præteritus eſt filius iſto caſu quo ſunt ſcripti alii proximi venientes ab inteſtato, non eſſe utique jure prætorio nullum, ſed dari ſecundum illud bonorum poſſeſſionem cum effectu, & re, & ita ſimul teſtamentum prius quo filius exhæredatus fuit, pro infirmato haberi. Et huc refero, quod ſupra retuli ex *l. 2. de iniuſt. teſt.* teſtamentum perfectum rumpi per imperfectum, in quo inſtituti fuerũt venientes ab inteſtato. Intelligo autem rumpi non jure civili, ſed prętorio quo ſcriptis poſteriori teſtamento datur poſſeſſio contra tabulas, cum re: & proinde cum prætor non det bon. poſſeſſionem niſi tabulæ habeant ſigna ſeptem teſtium, intelligo non imperfectum in numero teſtium, aut in ſignis, ſed in qua alia ſolemnitate, quam requirit jus civile veluti ſubſcriptione teſtium, inſtitutione aut exhæredatione filii; nam & cum imperfectum teſtamentum ſit nullum, nec abſurde ſuo ſenſu quod nullũ eſt, imperfectum dici poteſt. Ex quibus confirmãtur duo, quæ ſupra diſputavimus, 1. teſtamentum in quo filius præteritus eſt, jure prætorio non haberi penitus pro nullo. 2 filio prętorito licet remoto & abſtinente, hæredes tamẽ plane extraneos, & qui ab inteſtato venire non poſſũt, bonorum poſſeſſio-

ſeſſionem cum effectu obtinere non poſſe. Et hoc diſerte probat alterum membrum JCti in *d.l.* 12. §. 1. *de bon poſſ. cont. tabb.* ſi ſcriptus ſecundo teſtamento, quo filius præteritus fuit, non poſſit obtinere hæreditatem remoto filio, tunc nec filium poſſe petere bonorum poſſeſſionem; id eſt, poſterius teſtamentum penitus fore nullum, & filium habendum pro exheredato juxta teſtamentum prius. Non piget in explicando tam inſigni loco paulo fuiſſe prolixiorem. Jam in textu noſtro ad alia pergamus.

TEXTVS.

7. Eadem oratione expreſſis, non admiſſurum ſe hæreditatem ejus, qui litis cauſa principem reliquerit hæredem, neque tabulas non legitime factas, in quibus ipſe ob eam cauſam hæres inſtitutus erat, probaturum; neque ex nuda voce nomen hæredis admiſſurum: neque ex ulla ſcriptura, cui autoritas juris deſit, aliquid adepturum. Secundum hoc DD. Severus & Antoninus ſæpiſſime reſcripſerunt. Licet enim inquiunt, legibus ſoluti ſimus, attamen legibus vivimus.

COMMENTARIVS.

Liceat nobis hic aliquid, ſed breviter dicere de hoc enuntiato. quo princeps Legibus dicitur eſſe ſolutus, aut de quæſtione, An ſit ſolutus. In utramque partem multa diſputantur, quibus conciliandis triplicem fere video adhiberi diſtinctionem. Prima eſt, inter vim, ut loquuntur coactivam, & directivam. ſecundum hanc non ſolutum eſſe LL. principem, ſed ſecundum illam. Sed qui ita diſtinguunt, revera affirmant principem LL. teneri: hæc enim quæſtio pertinet ad vim directivam: An princeps teneatur & obſtrictus ſit Legibus, alia autem quæſtio eſt, de modo adigendi, ut quis pareat, & puniendi non parentes; nam & ſæpe privati improbi homines, audacia & impudentia, aut precio eludunt & evadunt vim Legum. Altera eſt diſtinctio, principem eſſe ſolutum LL. quatenus hæ conſiderantur, ut inſtrumentum adminiſtrandi Rempubl. quia pro ut ſtatus exigit, princeps LL. mutare poſſit. Sed hi quoque revera non diſtinguunt, ſed principem LL. quæ adhuc in vigore ſuo ſunt, obligatum eſſe affirmat: nam & optimates in Ariſtocratia hactenus jus habent, ut LL. novas ferre poſſint. Longe autem plus eſt, ſolutum eſſe Legibus principem, videlicet eas principi non eſſe latas, & eo eas principem non obligare, nec ad obedientiam nec ad pœnam. Tertia diſtinctio eſt inter poteſtatem principis ordinariam & extraordinariam. Sed iſta diſtinctio ceteris fere ineptior eſt, & in primis qui ita diſtinguit, itidem non diſtinguit, ſed Legibus principem obligatum affirmat: quoniam hæc quæſtio eſt de ordinaria principis poteſtate: ceteroquin exigentibus aliquando id neceſſitatibus reipub. & ex cauſis urgentibus principem poſſe à regia via deflectere, ut loquuntur, communis Politicorum traditio eſt. Et vero ego exiſtimo principem ejuſmodi, qui habet jus utendi poteſtate extraordinaria, omnino Legibus eſſe oportere ſolutum, alias poteſtate hac uti non poſſet: Huc enim omnino pertinet diſtinctio Ariſtotelis, inter regnum legitimum & παρβασίλευτον. Regni legitimi ſpeciem facit regnum Spartanum: & vero hunc Regem, quippe qui domi extra bellum haut paulo majorem habebat poteſtatem quam privatus, ut teſtatur Xenoph. de rep. Spart conſtat non fuiſſe legibus ſolutum, nec potuiſſe uti ulla extraordinaria poteſtate. De vero autem Rege & Monarcha quæſtio eſt, cujus arbitrio omnia gubernantur. De quo rurſus Ariſtotelis doctrina eſt: debere eum civibus omnibus antecellere virtute, & ob id ei Leges ferri non poſſe nec debere. Rari quidem ſunt ejuſmodi principes, verum ex quo quis princeps & Rex verus eſt, pro eo habendus eſt, ac ſi omnibus ſubditis excellentior eſſet: quæ excellentia & dignitas neceſſario liberat principem ab obligatione Legum. Et quisquis penſiculatius de hac re cogitabit, is animadvertet, eum qui eſt obſtrictus Legibus, neceſſario oportere eſſe ſubjectum aliqua ratione: quod à principis dignitate eſt alienum: Et recte de hac principis dignitate Juſtin. (quam vis ejus alias autoritas hac in re parũ faciat) *in N.* 115. *in fin.* quod Deus Leges principi ſubjecerit. Et nimirum hoc eſt jus principis. Diverſa eſt ab hac dignitate, conſideratio officii principis, qui ſecundum LL. quas ſubditis ipſe præſcribit, vivit, non quod illis ſit obligatus, ſed ut exemplo ſuo ipſos ſubditos ad parendum & obſervandum LL. invitet. Notum eſt illud.

— — Non ſic inflectere ſenſus
Humanos edicta valent, quam vita regentis.

Et invidioſum eſt, principem exigere à ſubditis

ubſer-

Digitized by Google

obſervationem LL. quas contemnit ipſe. Atque hinc expliçantur omnia quæ ex jure noſtro afferri ſolent ex *l. digna vox C. de LL. l* 3. *C. de teſtam. l.* 23. *de legat.* 3. Nimirum principes boni, ut exemplum præberent ſubditis, Legibus ſe vivere velle reſcripſerunt: idque non neceſſitatis (& ſcil. obligationis,) ſed de debito honeſtatis eſſe Interpretes veteres jam olim, *Cyn. Bart. Bald. Salic. in l.* 4. *C. de LL.* adnotarunt. Eodemque pertinet, quod *Plin. in Paneg. ad Trajanum.* Legibus te ſubjeciſti, quas nemo principi ſcripſit. Et hæc duo quæ diximus, jus & officium principis optime conjunxerunt Impp. Servus & Anton. hoc §. relati: dum reſcripſerunt, ſe legibus ſolutos quidem eſſe (quod eſt à jure & dignitate principis) Legibus tamen vivere, quod propter exemplum officium principis exigere quodammodo videtur. Hæc eſt quæſtionis hujus explicatio brevis (poſſent enim longe plura dici) ex rationibus politicis. Proprie ad rempub. Romanam pertinet, quod olim quidam ſinguli cives ob excellentiam & virtutem ſingularem una aliqua Lege ſolvi ſolebant: v. c. ut citius magiſtratum caperent, vel nondum tranſacto legitimo tempore rurſus eundem magiſtratum caperent. Poſt cum princeps omnibus haberetur excellentior, ſemel Lege lata, cautum fuit, ut princeps omnibus LL. ſolutus eſſet (quam puto eſſe ſententiam Ulpiani *in l. princeps* 31. *de LL.*) quod ſatis diſerte, & in hanc quoque ſententiam SCtum eſſe factum, ſcribit *Dio. lib.* 53. Illud vix monendũ videtur, cum per ſe liquidum ſit, pertinere hanc quæſt. ad LL. civiles, nam juris naturæ & gentium LL. princeps qua homo tenetur. Ex quo vulgatum illud: principem ex contractibus ſuis, ut privatum, obligari. Nec illud quoque controverſum eſt, principem obligari Legibus fundamentalibus regni, & in quas præſertim quiſque initio regni ſuſcepti jurare ſolet. Bonorum porro principum exemplum ſecutus eſt Pertinax, cujus hoc §. refertur oratio: quia in ſpecie ſe Leges teſtamentarias obſervaturum quaſi obligavit. Et 1. in genere: (quod poſteriori loco refertur) ex nulla ſcriptura cui deſit autoritas juris aliquid adepturum. Et igitur non capiet hereditatem inſtitutus teſtamento quod coram 5. aut 6. teſtibus factum eſt, licet iſtud ſufficiat ad ſolemnitatem juris gentium implendam.

Deinde in ſpecie, conſtitutio civilis eſt non debere alicujus conditionem deteriorem fieri ex alieno facto, nec objici duriorem adverſarium *l.* 1. *& 2. t. de al. jud. mut. cauſ. t. 2. C. ne lic. potent.* Huic ſe ſubmiſit Imp. profeſſus non admiſſurum hereditatem ejus, qui litis cauſa eam ſibi reliquerit, quod invidioſum eſſe & calumniæ obnoxium ſcribit Paulus *in l. pen. de hered. inſtitut.* Ex quo gloſſ. hic notat ſpeciale eſſe in principe, quod alias edictum *de alien. iud. mut.* ad legata & inſtitutiones non pertineat *l. ex hoc* 8. §. *de alien. iud. mut.* nam & in ſimilibus, deterior cauſa eſt fiſci, per *l.* 2. 3. *& 4. C. ne fiſc. vel reſp.* durum enim eſt cum his litigare. Alij diſtinguunt an dolo, vel ſine dolo, tale quid factum ſit, & huc referunt *d. l.* 8. §. 3. Conſtitutio quoque civilis eſt, ex tabulis non legitime factis non poſſe adiri & peti hereditatem. Quin cum non legitimas feciſſet, quas tamen valere cupiebat, inſtituit Imperatorem. Negavit Imp. ſe eas probaturum. 3. Conſtitutio legitima eſt, (dependent autem hæc ex ſe invicem) teſtamento juſto heredem inſtitui oportere, non ſimplici & temeraria quadam jactatione & nuncupatione: ſecundum hoc Pertinax quoque negavit ſe ex nuda voce admiſſurum nomen heredis, quod firmatur *ex l. ult. de teſtam.* Huc quoque referendum eſt, quod ſcribit *Paulus* 4. *ſent.* 5. inofficioſum argui poſſe teſtamentum, licet Imp. in eo heres ſcriptus fuerit. Procul dubio improbitas anteceſſoris Commodi cauſam præbuit Pertinaci optimo ſeni, ut oratione ſua declararet, ſe aliis moribus & rationibus imperium adminiſtraturum, & de eo Capitolinus. Ipſe, inquit, profeſſus eſt, nullius ſeſe adituru hereditatem quæ aut adulatione alicujus delata eſſet, aut lite perpleta, ut legitimi heredes & neceſſarii privarentur. Sed Commodus forte ſecutus eſt Domitianum, de quo Sueton. confiſcabantur alieniſſimæ hereditates. vel exiſtente uno qui diceret, audiviſſe ſe ex defuncto, dum viveret, heredem ſibi Cæſarem eſſe: contra quam improbitatem extat etiam Edictum Impp. *in l. noluma* 20. *C. de teſtamentis.*

AD TITVLVM XVIII.

LIBRI SECVNDI INſtitutionum,

DE *INOFFICIOSO TESTA*mento

TEXTUS.

1. Quia plerunque parentes ſine cauſa libe-

ros,

beros ſuos exheredant, vel omittunt, inductum eſt ut de teſtamento inofficioſo agere poſſint liberi, qui queruntur, aut inique ſe exheredatos, aut inique prætéritos: hoc colore, quaſi non ſanæ mentis fuerint, cum teſtamentum ordinarent. Sed hoc dicitur, non quaſi vere furioſus ſit, ſed recte quidem fecerit teſtamentum, non autem ex officio pietatis. Nam ſi vere furioſus ſit, nullum teſtamentum eſt.

COMMENTARIVS.

1 *Quale remedium ſit querela.*
2 *Teſtamentum inofficioſum quod.*
3 *An* N. 115. cap. 3. *pertineat ad prætéritionem maternam.*
4 *Prætéritio cum vel ſine cauſa.*
5 *An teſtamentum non factum iuxta* d. N. 115. *ſit ipſo iure nullum.*
6 *An hodie in linea recta locus querelæ.*
7 *Reſciſſo teſtamento per querelam an debeantur legata.*
8 *Quæ ſalva maneant, vitiata inſtitutione.*
9 *An hodie ſit utendum colore furoris.*

DIximus tit. præced. de modis quibus teſtamẽtum ipſo iure infirmatur: ſequitur, quomodo reſcindatur per ſententiam, ſi inſtituta querela inofficioſi contra illud pronuntietur. Ante omnia 1 explicandum eſt, & quale remedium ſit † querela, an actio quædam ordinaria, an imploratio ſaltem officii judicis nobilis, ut loquuntur. Et Dd. communius teſte Jaſone *in l. 1. C. h. t.* putant querelam debere præcedere, & demũ reſciſſo per ſententiam teſtamento, ſequi petitionem hereditatis. Nec negaverim poſſe querelam aliquando ſolam intentari, & fuiſſe olim etiam intentatam, & quidem coram judicio centumvirorum, ut probat *l. Titia 13. h. t. l. ult. C. de liber prat. l. qui repudiantis 17. h. t.* & quod *Cicer. 1. de orat.* inter cauſas centumvirales refert controverſias de teſtamentis ruptis & ratis: itaque procul dubio in inſcriptione *l. 7. h. t.* legendum eſt, *centumviralibus*. eoque facit quod aliquando agit & vincit querela, qui jus ſuccedendi non habet *l. 6. §. 1. h. t.* Sed expeditius fuit, & frequentius ita obſtinuiſſe puto, ut peteretur recta hæreditas ex cauſa inofficioſi: Unde *in l. ſi quis 34. in pr. C. h. t.* dicitur petitio hereditatis inſtituta nomine inofficioſi, & ex officioſi cauſa *l. filium pen. in fin. pr. de bon. poſſ. cont. tabb.* Facit quod juxta *l. nam etſi 16. in fin.* victor in judicio inofficioſi, ſtatim utitur actionibus hereditariis: & *in l. rem qui 21. in fin.* per querelam inofficioſi dicitur evicta hereditas, & *in l. ſi inſtituta 27. §. de inofficioſo 5. h. t.* per querelam dicuntur vindicari facultates, quæ falſo dicerentur, ſi in querela tantum de reſcindendo ſimpliciter teſtamento ageretur: eademque de cauſa emancipatus acturus querela agnoſcit bonorum poſſeſſionem *l. 6. §. ult. & l. 7. h. t.* Et hoc intuitu puto querelam appellari actionem *in l. nihil 12. in fi. l. nam etſi 15. §. 2. h. t.* Facit optime *l. 1. Cod. h. t.* (in quas alias explicanda & ejus ratione reddenda laborant Dd.) ubi querela dicitur dari adverſus fideicommiſſarii, id eſt, petitio hereditatis ex cauſa inofficioſi: ut perinde teneatur (ut eſt in d. l. 1.) ac ſi pro herede vel poſſeſſione poſſideret: quæ proprie eſt nota petitionis hereditatis *l. regulariter 9, cum ſeqq. de petit. her.* Obiiciunt 1. *l. qui de 20. in fi. h. t.* ubi ait Juriſconſultus, eum qui de inofficioſo dicit, movere debere petitionem hereditatis. Reſp. vel quod paulo ante dixi, poſſe aliquando querelam ſeparatim moveri: vel potius, non eſſe eam ſententiam JCti, quod poſt querelam demum debeat moveri petitio hereditatis, ſed potius, quod qui vult dicere teſtamentum inofficioſum, debeat movere petitionem hereditatis. Deinde obiiciunt, quod petitio hereditatis fuerit mota coram judice pedaneo, utpote quæ ſit actio ordinaria, querela autem coram judicio centumvirali: cum & hoc videatur excedere poteſtatem judicis pedanei, ut reſcindat teſtamentum. Reſp. tum quod judex autoritate prætoris qui eum dederit, pronuntiet contra teſtamentum: tum quod in arbitrio prætoris fuerit, pro qualitate negotii, cauſam mittere vel ad judicem pedaneum, vel ad judicium centumvirale, quod eum ubi de jure quæſtio erat, feciſſe probabile eſt: etiam tum quoque ubi ſine querela inofficioſi petitio hereditatis movebatur: cum & *Cicero 1. de orat.* cauſas hereditarias referat inter centumvirales, quin diſerte petitio hereditatis ad centumviralia judicia refertur *in l. ult. C. de petit. hered.*

Denique obiiciunt (cui etiam argumento nec reſponderi poſſe putat Jaſon *in d. l. 1. C. h. t.*) quod petitio hereditatis detur vero heredi contra falſum heredem: ſed querela detur contra heredem ei,

Digitized by Google

qui heres non eſt, ſed facilis reſponſio eſt, quod querela detur ſub colore, quod furioſus fuerit teſtator, adeoque filius exheredatus tamquam ab inteſtato vindicet hereditatem, ita ut ſcriptus heres pro falſo herede & iniuſto poſſeſſore habeatur. Ex quo eſt, quod, ut ſupra dixi, emancipatus acturus querela agnoſcat bonorum poſſeſſionem, & ſcil. Unde liberi. *l.* 6. *§. ult & l.* 7. *h.t.* Effectu tamen cum noſtra ſententia incidit, quod Joh. Faber & alii hic notant, poſſe cumulari judicium querelæ, & petitionem hereditatis: ut quis petat reſcindi teſtamentum ut inofficioſum eoque reſciſſo ſe declarari heredem, & bona ſibi reſtitui. Jam ad textum noſtrum accedamus.

Inofficioſi verbum per ſe latius patet, & quiſquis bene merentibus nihil legavit teſtamento, vel etiam alios cognatos omiſit, poteſt dici contra officium teſtatus. Sed κατ' ἐξοχὴν dicitur inofficioſum † teſtamentum, quo in parentes & liberos & fratres (turpi inſtituto herede) principaliter exheredando aut prætereundo peccatum eſt. Prima cauſa eſt liberorum, quibus ipſo jure naturæ parentum bona debentur *l.* 7. *in pr. de bon. damnat.* itaque pietas ſuadet, ut etiam bono vel certe aliquid, (ut poſt dicemus) iis relinquatur, quod ſi parentes non faciant, contra pietatem feciſſe dicuntur, *h. textu in fin. l.* 2. *h.t.* & injuriam liberis facere *N.* 115. *cap.* 5. Et hæc nimirum eſt intentio eius qui agit hoc judicio, quod per injuriam inique & immerito ſit aut exheredatus aut prætéritus, *h. text.* ubi hoc factum eſt ſalvo teſtamento, & adeo exheredatus eſt à patre vel prætéritus à matre, cuius ſilentium eſt pro exheredatione quo ad hoc ut teſtamentum ſit validum *§. ult. ſup. de exhered. lib. l. ſi patronus* 12. *de bon. lib.* Recte tamen, contra quam *Hottom. & VVeſemb.* hic cenſent, utrumque expreſſit Juſtin. hic, exheredant (patres) vel omittunt, (matres) quoniam utique prætéritio matris revera exheredatio non eſt, ſed effectu tantum pro exheredatione habetur, Prætériti à patre non utuntur querela, ſive ſint in poteſtate, qui dicunt teſtamentum nullum, querela autem contra teſtamentum jure validum datur, nec datur querela ubi alio remedio locus eſt § *tam autem infra h. tit.* ſive ſint emancipati: quoniam hi jure civili pro extraneis ſunt, & nulla prætéritio patris exheredationis loco eſt, ſed utuntur illi bon. poſſeſſione contra tabulas. Sed cur opus fuit prætendere colorem furoris? *h. textu l.* 2. *&* 5. *l. Titia* 13. *in fin. l. mater* 20. *verſ. præterea h.t. l. nec fideicomm.* 36. *de legat.* 36. Puto ſcrupulo-

2 † ſitatem juris huic rei cauſam dediſſe, cum L. XII. Tabb. plenam facultatem dediſſet diſponendi *utiquisque legaſſit, ita ius eſto*: color aliquis quærendus fuit, quo utentes liberi expugnare poſſent teſtamentum. Color ſcilicet iſte tantum fuit: ceteroquin ut hic addit Juſtin. poſt *IC. in l.* 2. *h. t.* ſi vero furioſus fuiſſet, teſtamentum initio eſſet nullum. Conſtat porro jure veteri ſatis fuiſſe ad validitatem teſtamenti, ſimpliciter filium fuiſſe exheredatum, quæ poteſtas cum conceſſa eſſet parentibus, factum inde ait Theoph. ut neceſſaria eſſet querela, quod ea poteſtate non raro parentes abuterentur. Hodie communiſſime putant Interpp. poſt *N.* 115. *cap.* 3. ad validandum teſtamentum non amplius ſufficere ſimplicem exheredationem, ſed requiri qualificatam cum cauſæ adjectione, qua omiſſa putant teſtamentum quo ad inſtitutionem ipſo jure eſſe nullum: de cuius Novellæ interpretatione & ſententia non ſemel promiſimus h. t nos eſſe acturos: quod jam præſtandum eſt. Deſcripſit ex ea conſtitutione

3 † *Auth. ex cauſa C. de lib. prater.* Irnerius, quæ non parvam errandi cauſam Doctoribus præbuiſſe videtur, & in primis, ut de quavis prætéritione etiam patris d Nov. acciperent. Ita enim in genere loquitur Auth. ex cauſa exheredationis & prætéritionis irritum eſſe teſtamentum, quantum ad inſtitutiones, cetera ſalva permanere. Debebant autem animadvertere, non aliter loqui Juſtin. *d. N.* 115. *cap.* 3. quam hoc loco, ubi ait, *parentes exheredare aut omittere liberos*: & ſtatim, *exheredatos aut prætéritos*: ita ut citra controverſiam, exheredatio patris, & prætéritio matris intelligatur. Ita enim & in d. N. ſancit, non licere patri aut matri, liberos ſuos exheredes facere aut præterire teſtamento, ut nimirum non liceat exheredare patri, non liceat præterire matri. Idque hinc quoque evidenter oſtenditur 1. quod ut apparet ex *d. N.* 115. *cap.* 5. hic unicus fuit ibi ſcopus Juſtiniani, ut iniuriam exheredationis & prætéritionis averteret à liberis, quæ olim illis hoc modo inferebatur. Atquin ubi pater prætérierat liberos injuria liberis non inferebatur, ſed filij quidem teſtamentum nullum dicebant, filiæ & nepotes jus adcreſcendi ad certam portionem habebant juxta *pr. ſup. de exher. lib.* At ubi pater exheredaverat, mater prætérierat, injuria inferebatur liberis, quæ per quærelam inofficioſi vindicanda erat, quæ tamen vindicari non poterat, ſi pater vel mater quocunque titulo legitimam reliquiſſent: utcunque liberi merentiſ-

rentiſſimi & optimi fuiſſent, itaque tum iniuria illa manebat, qua de cauſa in d. N. conſtituit Juſtin. ut non ſufficeret amplius relinqui legitimam titulo particulari, ſed omnino inſtitui liberos, aut per iuſtam exheredationem excludi voluit, de quo poſt dicemus. Amplius hæc ſententia confirmatur, quod Juſtin. non vult licere amplius, quod olim licebat. At non licebat olim impune, ſalvo & integro teſtamento, patri liberos præterire, ſed ut diximus, remedium aliud liberis tum paratum erat. Licebat autem ſalvo penitus & firmo teſtamento ſimpliciter exheredare patri & præterire matri. Et igitur tantum ad præteritionem matris & exheredationem patris ea conſtitutio Juſtiniani pertinet. Hoc primum igitur conſtituimus: ubi præteriit liberos pater, teſtamentum ita nullum eſſe & manere, ut nec legata debeantur: quoniam de hoc caſu d. N. non loquitur: idque ſive præterierit pater liberos jam natos, ſive naſcituros & poſthumos: hi enim jam olim quoque nati rumpebant teſtamentum, ubi ſe præteritos reperiebant: ſed tum demum juxta conſtitutionem N. 115. annullata inſtitutione, quæ diſpoſuit præterea teſtator, ſalva erunt quando pater aut mater contra præſcriptam ibi formam liberos exheredarunt aut præterierunt. Forma autem præſcripta eſt, ut exheredatio patris, & matris præteritio fiat cum cauſa, & quæſit ex earum numero, quas ibi recenſet Juſtinianus. Ubi ſtatim quæritur, † quomodo præteritio fieri poſſit cum cauſa, ut non videatur eſſe exheredatio, præſertim poſt conſtitutionem eiuſdem Juſtin. *in l. 3. C. de lib. præter.* ubi ait filium intelligi exheredatum, ſi pater dixerit, *Filium alienus ſit meæ ſubſtantiæ*, ut ſenſus magis quam verba ſpectentur. Et igitur ſi ſcripſerit mater, prætereo filium, quia mihi manus intulit, exheredatio potius erit quam præteritio. Et an conſtitutione igitur d. N. 115. cap. 3. factum dicemus, ut mater quoque reipſa habeat neceſſe exheredare liberos? Id ſane non fuerit ad mentē, certe non ad verba Juſtiniani *in d. N.* 115. ubi expreſſe exheredationem à præteritione diſtinguit. Præteritionem itaque dicemus eſſe, ſi mater ſimpliciter ita dixerit: filius meus intulit mihi manus, &c. vel ſi leget alicui ex liberis, verbi cauſa, decem, quia ingratus erga eam fuerit, hæc fuerit præteritio cum cauſa, vix autem dici poſſit exheredatio. His ita conſtitutis ſupereſt ea 5 principalis † quæſtio, ſi exheredatio aut præteritio non facta fuerit cum cauſa, an teſtamentum ſit ipſo jure nullum, quo ad inſtitutionem, an ad id impugnandum hodieque opus ſit querela? Et poſterius hoc non pauci ex recentioribus, defendunt: ſed mihi prius illud, quod communiſſime Dd: tenent, ſemper viſum fuit probabilius, poteſtate conſtitutionis citra querelam, teſtamentum eſſe nullum: quam ſententiam confirmo his rationibus. 1. Quod ut ſupra dixi, non amplius vult Juſtin. licere parentibus, quod licebat olim: licebat autem olim ſalvo integroque teſtamento præterire matri, & exheredare liberos patri. 2. Quod Juſtin. *in d. N. 115. cap. 3. in fin.* vult ut nullum præjudicium liberis generetur, ſi non factum ſit teſtamentum juxta formam ibi præſcriptam: utique autem præjudicium generaretur liberis, ſi adhuc ſalvum maneret teſtamentum, & querela opus eſſet, in qua ex variis cauſis liberi poſſent ſuccumbere. Et hinc 3. quod ſi adhuc hodie valeret tale teſtamentum, in quo verbi cauſa filius exheredatus eſſet, injuria exheredationis nec hodie ſublata eſſet contra ſcopum Juſtiniani & intentionem, de qua teſtatur apertiſſime *in d. N. 115. cap. 5. in princ.* 4. Quia conſtituit *d. Nov. 115. cap. 3. in fin.* ut ſi obſervata non ſit forma conſtitutionis, ab inteſtato ſuccedatur, & poteſtate ſcilicet conſtitutionis: nam alias poſt querelam demum & ſententiam latam, ad inteſtati cauſam res rediret, & imo non ſemper rediret, ſed an rediret à cognitione judicis in querelæ judicio penderet. 5. Facit, quod in prolixa adeo conſtitutione, nullam mentionem nec verbo facit Juſtinianus querelæ inofficioſi: ſexto & præcipue me movet, quod fruſtranea ſit actio in qua numquam poſſit actor ſuccumbere, & quod potius recta ſit id dandum ſine actione, quam inſtituenda actio, in qua id certo ſemper ſit conſecutus: & fruſtra ad judicium vocetur heres, & fruſtra contradicet filio non recte exheredato, cum numquam poſſit vincere, & obtinere. Nego ullam talem toto jure noſtro eſſe actionem. Atquin filius exheredatus non poſſet umquam ſuccumbere in querela: quoniam hoc quoque noviter conſtitutum eſt a Juſtin. & ut heres ingratitudinem filii probare cogatur, *l. ſi quis 34. verſ. ſed nos C. h. t.* & ut ad eam probandam non aliter admittatur, quam ſi adiecta fuerit à parentibus ingratitudinis cauſa *l. omnimodo 30. in pr. C. h. t. N. 115. cap. 3. in pr. & in fin. verſ. ſive igitur.* Et quomodo igitur hoc caſu poſſit vincere heres, qui ad probandum hoc, in quo fundamentum eſt victoriæ, non admittitur. Accedit deniq;, quod (de quo paulo poſt plura) Juſtin.

in d. N. 115. c. 3. & hoc conſtituit, ut legitima ſit danda liberis titulo inſtitutionis. Quod ſi ſufficeret, filium ſimpliciter exheredem ſcribere, hoc quoque efficeretur ſimul, ut legitima adhuc poſſet relinqui titulo particulari. Qui enim ſuam legitimam habet, utique non poteſt agere querela inofficioſi. Poſſit tamen quis ita limitare hanc opinionem, quod teſtamentum poteſtate Nov. & ipſo jure ſit nullum, ſi pater ſimpliciter dixerit, *Filius exheres eſto*: ceteroquin valiturum & opus fore querela, ſi ſaltem in genere eum dixerit ingratum, ut tum heres ad probandam ſpecialem ingratitudinis, cauſam admittatur, argum. *d. l.* 30. *C. h. t.* ubi videtur ſufficere, quod pater ingratos in teſtamento arguit liberos. Sed non convenit hæc ſententia cum *d. N.* 115. quæ duobus ſupra citatis locis videtur requirere omnino, ut nominatim vel una vel plures ingratitudinis cauſæ inſerantur teſtamento. Et igitur ex his concludimus, ſi teſtamentum juxta d. N. non ſit factum, id ipſo jure nullum, nec neceſſariam eſſe querelam. Et cum Juſtinianus eandem patris quoad exheredationem, & matris, & quo ad præteritionem, faciat rationem, hoc porro conſequitur, nullum quoque eſſe teſtamentum, ſi liberos mater præterierit nulla adjecta cauſa. Amplius cum in *d. N. 25. cap. 4.* eandem faciat conditionem liberorum, ut & ipſi teſtamentum facientes non poſſint ſine cauſa exheredare aut præterire parentes, iſtud etiam conſequitur, teſtamentum quoque fore nullum, in quo liberi ita præterierunt parentes. 6 Ex quo recte inferunt Dd. hodie in † linea recta non eſſe opus querela, niſi unico caſu, quo cauſa juſta ex numero expreſſarum *in N. 115. cap. 3.* adjecta, ſed in facto dubia eſt, dum filius tale quid negat ſe admiſiſſe, de cuius adeo veritate in judicio inofficioſi fit agendum.

Ego tamen crediderim, ſaltem hic opus eſſe implorato nobili officio judicis, qui non pronuntiet contra teſtamentum, ſed tantum declaret an cauſa ſit vera vel non, quo facto, & ſi verbi cauſa, cauſam falſam eſſe pronuntiaverit, protinus imo retro teſtamentum nullum poteſtate conſtitutionis fuiſſe intelligetur. Quid autem ſi pater præterierit emancipatum filium? an teſtamentum nullum erit poteſtate *d. N. 115.* Rationem dubitandi facit, quod matris præteritio facit, ut teſtamentum ipſo jure nullum ſit, itemque ſi liberi præterierunt parentes ſine cauſa. Et hinc Interpp. vulgo diſtinguunt, an pater præterierit emancipatum ſine cauſæ adjectione, an cum cauſa. Illo caſu teſtamentum putant eſſe nullum: hoc autem, etiam hodie neceſſariam eſſe poſſeſſionem bonorum contra tabulas. Ita *Bartol. & reliqui ad auth. ex cauſa C. de liber. prater Fab. Mynſ. & alii hic.* Verum quæ ſit iſtius diſtinctionis ratio, non ſatis capio. Et ſi emancipatum patris reſpectu, conferimus cum liberis reſpectu matris, quoniam ab hac præteriti cum cauſa utuntur jure N. 115. etiam à patre emancipati præteriti cum cauſa, eodem jure utentur, nec neceſſe habebunt uti remedio prætorio bon. poſſeſſionis contra tabb. Et aut habebuntur pro exheredatis, aut pro præteritis. Hoc caſu neceſſarium erit iis remedium prætorium, nec apparet quid faciat cauſæ adjectio, ſi habentur pro præteritis. Illo caſu non poterunt uti remedio prætorio, per *l. non putavit 8. de bon. poſſ. cont. tabb.* Et cum ibi dicatur, notatos à patre non habere poſſeſſionem contra tabb. utique quibus cauſa ingratitudinis adſcripta eſt, notati ſunt à patre. Quod ſi ſubtilitatem ſectamur juris, & *d. N. 115.* & pro exheredatis non habemus, quibus pater ſimpliciter cauſam adſcripſit, non video, quomodo remedium prætorium ipſis negari poſſit, & tum cum nulla cauſa ingratitudinis eſt adſcripta. Et jam ſupra diximus *d. N. 115. cap. 3.* omnino ad præteritionem paternam non pertinere, ſed ad illos caſus tantum, quibus olim querela erat neceſſaria: in quibus etiam terminis præſtat ſubſiſtere.

Ex hactenus dictis & illud porro efficitur, ve- 7 rum † non eſſe quod dicitur vulgo: reſciſſo teſtamento per querelam legata & fideicommiſſa hodie ſuſtineri, inſtitutione ſaltem irritata, quoniam *Nov. 115. cap. 3.* habet locum citra querelam, & ubi ipſo jure nullum eſt teſtamen. Et ob id non immerito diſputant Dd. an d. Nov. habeat locum, ubi fratres præteriti, per querelam, quæ tum ipſis neceſſaria eſt, teſtamentum expugnaverunt.

Quamvis enim non videatur convenire, ut fratres potiori jure ſint quam liberi & parentes, ſi præſtare legata non teneantur, tamen pro iis facit, tum quod conſtitutio nova, quæ corrigit plurima antiqua jura, non ſit extendenda. tum quod ipſi ſubeundum eſt periculum, ne in querela ſuccumbant, quod periculum non ſubeunt liberi & parentes, ſi non juxta formam

mam N. 115. sint exheredati & præteriti, sed testamentum recta dicunt nullũ. Quin forte quis tentaverit, posse filium exheredatum non legitime, ut præscribit N. 115. confisum justitiæ causæ & probitati suæ, omittere beneficium constitutionis novę, & uti iure veteri, nimirum querela: hoc effectu, ut rescisso testamento legata & fideicommissa præstare necesse non habeat: quod equidem in medium relinquo.

8 Quænam autem, ut hoc † quoque addamus, sunt illa, quæ juxta *d. N. 115. cap.* 3. irritata institutione salva manent. Et ait Justin. *in fin. cap. & in fin. c.* 4. salva manere legata, fideicommissa, tutorũ dationes, libertates, *& alia capitula.* Quæ verba *capitula alia* ideo videtur Justin. addidisse, ut quæcunque adiecta sunt extra institutionem, comprehenderet. Et proinde recte sub iis etiam Dd. contineri putant substitutionem pupillarem. Licet enim hæc ipsa substitutio, si institutio heredis, tamen apparet institutionem, quam solum irritam esse vult Justin. intelligi eam, quã pater sibi fecit heredem, non qua pupillo: cum præsertim substitutio pupillaris intelligatur utilis esse pupillo *l.* 42. *de adquir. hered.* cum & olim per bon. possess. cont. tab. everso testamento conservata fuerit hæc substitutio *l. ex duobus* 34. §. *ult. cum l. seq. de vulg. substit.* Hæc ad explicandam *d. N.* 115. *c.* 3. plenius paulo annotare visum fuit. Ait Justinianus in nostro textu:

Hoc colore.] Diximus iam supra, cur hic color
9 furoris prætendatur. Quæritur autẽ an hodie † eodem colore utendum sit. Rationem dubitandi sumunt *ex d. N.* 115. Quod si testator pro furioso esset, non possent valere legata & alia (quæ conservantur *per d. N.* 115. *c.* 3. *&* 4.) arg. *l. Titia* 13. *in fi. D. h. t.* Sed iam diximus d. N. non loqui de casu quo per querelam testamentum rescissum est: tum etiam ut maxime esset, tamen spectanda est intentio agentis, qui contra pietatem se excluſum dicit: itaque cessat ratio Bartol. quod non censeri possit demens, qui ex iusta causa filium exheredat, quia justam potest negare filius & tanto magis, qui per injuriam, sibi bene merito falsam causam adscriptam dicit. Et legata speciali beneficio Legis non juris communis ratione conservantur, & principale, fundamentumque testamenti in heredis institutione consistit. Ad summum licet non omnimodo & quo ad omnia, tamen quo ad principale testamenti colori illi adhuc erit locus, adde quæ noto ad §. *sed hæc* 3. *infra h. t.* ad verba, *ad verecundiam.*

TEXTVS.

2. Non autem liberis tantum permissum est, testamentum parentum inofficiosum accusare, verum etiam liberorum, parentibus. Soror autem & frater turpibus personis heredibus scriptis ex sacris cõstitutionibus prælati sunt. Non ergo cõtra omnes heredes agere possunt. Vltra fratres igitur & sorores cognati, nullo modo aut agere possunt, aut agentes vincere.

COMMENTARIVS.

1 *Parentes optant liberos sibi superstites.*
2 *An parentum an fratrum ius sit potius.*
3 *An cognati possint movere querelam.*

LIberis debetur hereditas parentum, naturæ quodam jure & ordine, & ipsorum parentum voto *l. scripto* 7. *in fin. Vnde liberi l. nam &* 15. *in pr. h. t.* qui scil. † optant liberos sibi esse superstites. Apud Plaut. in Asinaria scil. 1. servus ad patrem Demænetum.

Sicut tuum vis unicum gnatum tua.
Superesse vita sospitem & superstitem.

Apertius *Cicero* 2. *de nat. Deor.* ait hinc primum superstitiosos dictos, qui totos dies precabantur & immolabant, ut liberi sibi superstites essent.

Martialis 7. Epigr. 95.

Sic ad Lethæas, nisi Nestore serior undas.
Non eat, optabis quem superesse tibi.

Apud Senec. 9. declam. 4. Ita oculos meos filii manus operiant: & non absimile illud Penelopes ad Vlyssem de Telemacho.

——*ut cuntibus ordine fatis.*
Ille meos oculos comprimat, ille tuos.

Nolo plura, quæ facile huc congerere possem. Hęc autem sufficere possunt adversus eos, qui indocte scribunt eadem ratione bona parentum liberis, & horum illis deberi, quin imo hoc fit turbato ordine mortalitatis, ut & Jurisconsulti nostri affirmant in *d. l.* 7. *in fin. unde lib. & d. l.* 15. *in princip. h. t.* si autem turbari hunc ordinem contingit, etiam parentibus pie relinquere liberi debent, ut est ill *dict. leg.* 15. ut intelligamus contra pietatem facere liberos, qui parentes testamento exhæredant, aut prætereunt; in quo scilicet est fundamentum

Digitized by Google

querelæ, quæ dabatur olim parētibus: nam ut monuimus ad *prin. tit.* hodie teſtamentum liberorum quoque ſi non ſit factum juxta *d. N. 115. capit. 3.* ipſo jure nullum eſt, ſine querela. Sed nos jam tamquam adhuc priſtino jure obtinente aliquid

2 hac de re tractemus: Vulgo † dicitur in querela primum locum eſſe liberorum, ſecundum, parentum: & facit *lex pater 14. h. t.* Sed res non eſt ſine ſcrupulo. Nam cum per querelam res deducatur ad cauſam inteſtati, quis ordo eſt in ſucceſſione inteſtati, idem videtur eſſe in querela, vel hodie in jure dicendi nullum, ex *Nov. 115.* quo enim quis potiore jure vocatur à Lege ad ſucceſſionem, eo magis per præteritionem videtur ipſi fieri injuria, quæ vindicatur per querelam. Quæ res facit, ut potior fratrum defuncti quam parentum cauſa eſſe videatur, maxime quo ad ipſum concurſum cum matre. Videamus diſtinctius.

Et primo de patre: Fratres defuncti etiam patri ante Juſtinian. prælatos fuiſſe, probatur ex *princip. ſupr. quibus non eſt permiſſum fac. teſtament. verſ. ſi vero*, ubi de hoc diximus, ex noviſſima conſtitutione, fratres utrinque conjuncti cum patre concurrunt. *Nov. 118 capit. 2.* Fingamus itaque hoc jure ſtante, eum, qui patrem & fratrem habebat, teſtamento facto utrumque præteriiſſe, difficile dictu eſt, patrem qui ab inteſtato per fratrem excluſus fuiſſet, potuiſſe ſolum movere querelam, & excluſo fratre conſequi hæreditatem. Ego hoc exputare non poſſum, & pene exiſtimo per Impp. recentiores ius vetus turbatum fuiſſe. Nam ſi de jure Digeſt. quæramus, filiifamil quidem bona etiam caſtrenſia ab inteſtato omnia pater jure peculii occupabat: in emancipati bonis habebat ius patroni, per quod ſane fratri defuncti præferebatur: & omnino qua pater potiori jure erat. Quod ſi filius familias teſtatus fuiſſet de bonis caſtrenſibus vel quaſi, impune patrem præteribat, nec locus erat querelæ, quod etiamnum Juſtinian. confirmavit in *leg. ultim. Codic. h. t.* Sed ſane ſuſtulit *Novell. 115. capit. 4.* quod omnes agnoſcere coguntur; ſiquidem iſte locus ad emancipatos liberos ideo reſtringi non poteſt, quod negat liberis ius impune prætereundi parentes, in his bonis, in quibus habent teſtandi facultatem: atquin emancipati de omnibus plane bonis teſtandi liberrimam licentiam habent. Illud communius ab Interpp. receptum eſt, ut locus ille recipiatur de caſu, quo communi jure de caſtrenſibus bonis veterani teſtamentum faciunt; nec jus vetus correctum intelligatur, ubi militari jure de caſtrenſibus bonis diſponit miles. Et quid igitur hodie juris erit, poſtquam, ut diximus ex *Num. 118. cap. 2.* filius cum patre ſuo in hæreditate defuncti fratris ab inteſtato concurrit? Communior ſententia eſt, *Fabri, Mynſ. & aliorum hic, Iaſonis & reliquorum in l. fratres 27 C. h. t.* ſi pater v. c. repudiet non poſſe fratrem admitti ad querelam ſed ſi pater agat jure ſuo aut potius juxta *N. 115. c. 4.* dicat teſtamentum nullum, re ita reducta ad cauſam inteſtati, una cum patre *per N. 118.* concurrere fratrem, neque enim apparet, quomodo excludi poſſit frater, poſtquam res ad cauſam inteſtati deducta eſt. Neque enim intereſſe poteſt, ſive quis teſtatus tempore mortis fuerit, ſive poſt, teſtamentum ad nihilum fuerit deductum nam & ſi qua cauſa teſtamentum ruptum, aut alia fuerit infirmatum, pariter ſucceditur ab inteſtato. ac ſi nullum initio teſtamentum fuiſſet Quin cum rationem Legis animam eſſe vulgatum ſit, poſſit quis repudiante quoque patre querelam defendere fratri: quod omnino dixero, ſiquidem turpis perſona fuerit inſtituta: tunc enim jure ſuo venit frater. Plane novæ conſtitutiones multa inconcinna introduxerunt. Quod ſi enim fratrem & patrem habens deceſſerit utroque præterito, pater ex *Nov. 115. cap. 3.* facultatem habebit, ut dicat teſtamentum nullum: & tamen teſtamentum quo ad fratrem validum erit, nec poterit expugnari niſi per querelam. Hæc de patre. Addamus aliquid ſeparatim de matre, ſi cum ea frater concurrat. Et olim matri conſtat plane non fuiſſe jus ſuccedendi, quod demum ipſi SCto Tertulliano datum eſt, ita tamen ut ei præferretur conſanguineus frater §. *præferuntur 3. infr. de SC. Tertull.* Et an igitur dicemus fratris quoque tum ius potius fuiſſe in querela? Equidem nihil hic certo jure expreſſum video: & forte fratrum jus per Conſtantinum demum coarctatum fuit in *lib. fratris 27. Codic. h. t.* Poſſit enim dici per præteritionem teſtamento factam, majorem iniuriam inferri matri quam fratri: At quomodo obtinere potuit, ut mater querela rem reduceret ad cauſam inteſtati, & excludere fratrem, qui ab inteſtato præferebatur matri? Ego in his rationem vix reperio: & ſæpe repeto videri Impp. recentiores, non adeo multum attenta ratione juris, nec conſideratis his quæ ex novis LL. abſurda ſequebantur, jus vetus & rationem eius plane conturbaſſe. Prorſus idem hodie dicam, quod in patre, ex *Nov. 118* ut frater cum matre concurrat in querela; aut certe

victo-

...eris, aut si dicat testamentum nullum ... & sorori prosit.

Frater autem & frater.] Hic eadem occurrit controversia. Ex *d.l.*27. tantum fratribus consanguineis, qui saltem communem patrem habent Querela datur. Hodie cum his fratribus ex *Num.* 118. *cap.* 3. concurrunt fratres uterini: Ergo & hi concurrunt itidem in querela, aut saltem vincentibus illis, simul succedent ab intestato.

Turpibus personis institutis.] Nisi ipsi fratres sint quoque turpes personæ, qui nihil scil. ita habent quod objiciant hæredibus scriptis; quod communiter hic notant. Dd. Turpes autem personæ sunt, non tantum, quæ juris sed & quæ facti infamia laborant, siquidem ex *dict. leg. Codic. h.t.* sufficit, ut hæredes scripti levi saltem macula adsperſi sint, ideoque & probo, quod Dd. inter has personas spurium referunt; Siquidem hic omnium gentium moribus pene habetur pro homine non integræ opinionis & famæ, de quo alibi tractatur.

Plura fratres,] Hic rursus antea mota controversia occurrit ex *Nov.* 118. *capit.* 3. ex qua fratrum liberi cum patruis concurrunt. Itaque & hic idem quod in prioribus statuemus,

Cognati nullo modo † possunt.] Imo cognatis vel contra testamentum cognatorum simpliciter proponitur postumo querela in *leg. postumus 6. in princ. h.t.* An intelligimus ibi postumum natum ex filio emancipato; an cognatorum verbum refecimus ad matrem? An interpolatum dicimus textum *l. 1. h.t.* ex nova constitutione Constantini in *l. fratris* 27. *C. h.t.* quæ tantum fratres admittit, quamvis sane *d. l.* 1. *h.t.* monere tantum videatur ceteros cognatos, ne temere moveant querelam, cum obtinendi spem non habeant; id est vix habeant, & scilic. centumviri non facile secundum illos litem & sententiam sint daturi. Et facit quod JCtus in *d. l. 6. in pr.* à jure accipiendi bonorum possessionem, ab intestato, argumentatur ad querelam, aut fatendum erit cum Acc. illam rationem vitiosam & minime esse adæquatam. Facit etiam, quod in *d.l.* 6. §. 1. illi aliquando vincunt; qui jus non habent succedendi ab intestato; qua de causa quod hic dicitur, cognatos ceteros, nec agere, nec vincere posse; utique sic accipiendum erit, quod nō possint suo jure evertere testamentum, & si eis objiciatur exceptio non competentis querelæ.

TEXTVS.

3. Tam autem naturales liberi, quam secundum nostræ constitutionis divisionem adoptati, ita demum de testamento inofficioso agere possunt, si nullo alio jure ad defuncti bona venire possint. Nam qui ad hæreditatem totam vel partem ejus alio jure veniunt, de inofficioso agere non possunt, postumi quoque, qui nullo alio jure venire possunt, de inofficioso agere possunt.

COMMENTARIVS.

QVerela remedium extraordinarium est, & quia per eam testamentum evertitur odiosum, adeo tum demum datur, ubi alia remedia desunt. Duo autem sententiam hanc oppugnare videntur. 1. quod alibi scriptum est, de bonorum poss. quæ dicitur agnosci, gratia ordinandæ litis de inofficioso, juxta *l. postumus 6. §. ult. & l. Papin. 8. in pr. h.t. & l. 2. C. eod.* Sed enim illa tantum posita erat in subtilitate juris, & interim sine effectu, &, ut loquūtur JCti, sine re fuit, ut docet *d.l.* 2. quæ interim negat, auferri bonorum possessionem hæredibus scriptis, qui nimirum bona interim tenent. Et ut supra diximus, color erat, sub quo querela & actio hæc moveatur, furor defuncti; ideo verbi causa emancipatus tamquam ab intestato bonorum possessionem accipiebat, & justo titulo agere videretur. 2. Objicitur; quod patri datur querela inofficiosi, contra quod tamen constat possessionem bonorum competere *t. t. si quis à par. manum sit.* Hoc sane Doctoribus vulgo causam præbuit, ut darent patri exhæredato tantum querelam si esset exheredatus, non etiam præterito, & inde ineptam differentiam inter patrem & matrem confingerent. Recte autem Viglius & post eum alii respondent, tum demum cessare querelam, remedio superstite alio, si hoc sit ejusdem potestatis: & æque plenum atquin bonorum possessio contra tabb. quæ parenti datur, ut patrono non testamentum totum, sed tantum partem rescindit, ut patet ex jam *d. t.* ideoque non fuit patri neganda querela, per quam tum evertat testamentum, quæ sententia est Jurisconsulti in *leg. 15. §. ultim. si quis à par.* quod pater etiam antiquum jus sibi defendere possit; scilicet querelam inofficiosi testamenti.

Cui

Digitized by Google

Cui obſtare rurſus videtur, quod hic Juſtinianus ait, ceſſare querelam ſi quis remedio alio, ad hæreditatem, vel partem ejus venire poſſit; atquin per bonorum poſſeſſionem utique partem bonorum filii pater conſequi poteſt. Reſpondendum erit, intelligi partem quæ ab inteſtato alias ſola ad aliquem erat deventura: veluti ſi ex duobus filiis exheredaverit pater unum, (cui tantum pars debetur,) alterum inſtituerit. Aut diſtingui etiam poſſit, an remedia plane diverſo jure competant: veluti hic querela competit ut patri, & ut creditur, ex jure civili: ſed bonorum poſſeſſio ex jure prætorio competit ut patrono & manumiſſori; ut in *d. l.* 1. §. *ultim. ſi quis à par.* ſcribit Jurisconſultus. Itaque non obſtat, quod bonorum poſſeſſio non datur exhæredatis, vel qui præteriti pro talibus habentur: Illa enim propria eſt bonorum poſſeſſio contra tabb. quæ negatur in *l. non putavit* 8. *in princip. de bonorum poſſeſſ. contr. tabb.* & à qua omnino diverſa eſt, quia patri tamquam manumiſſori in partem contra tabulas filij emancipati datur. Intellige amplius non concurrere remedium, quod non æque tendat ad evertendum teſtamentum: ei enim, qui ruptum & irritum poteſt dicere teſtamentum, licere etiam dicere inofficioſum, probat *l. Papinian.* 8. §. *ſi quis* 12. *h. t.*

Poſtumi quoque.] Siquidem vera eſt Dd. ſententia, de qua diximus ad *princ. tit.* & ad §. 1. *ſup. de exhared. l.* & ad §. *non ſolum* 4. *ſupr. de pup. ſubſt.* teſtamentum eſſe hodie nullum, ſi exhæredatio vel præterito, non habeat juſtam adjectam cauſam, ex *N.* 115. *c.* 3. conſequens eſt, poſthumum exheredatum non opus habere querela, imo vix ea agere poſſe, per hunc ipſum textum, quia alio jure venire, & teſtamentum dicere nullum poteſt. Illud vix admonitione dignum eſt, & vulgo notum, quod per naturales liberos oppoſitos adoptivis, intelligantur ex juſtis nuptiis nati. Nam qui ex concubina nati ſunt, vel ſpurii, non habent querelam inofficioſi, niſi contra teſtamentum matris *l. ſi ſuſpecta* 29. §. 1. *h. t.* Quod autem de adoptatis ait, ſecundum ſuæ conſtitutionis diviſionem, idem eſt quod in §. 1. *tit. procedent. dixit, ſecundum ſuam conſtitutionem*, querelam, ſi ſint adoptati ab aſcendente, *leg. penultim. Codic. de adoption.* De quarta arrogatis debita, diximus *ſup. ad tit. de adoptionib.*

TEXTVS.

4. Sed hæc ita accipienda ſunt, ſi eis nihil penitus à teſtatoribus teſtamento relictum eſt: quod noſtra conſtitutio ad verecundiam naturæ introduxit. Sin vero quantacunque pars hereditatis, vel res eis fuerit derelicta, de inofficioſo querela quieſcente, id quod eis deeſt, uſque ad legitimæ partis quartam repleatur: licet non fuerit adjectum, boni viri arbitratu debere eam compleri.

COMMENTARIUS.

1. *Etiam inſtitutos olim uſos querela.*
2. *Actio ad ſupplementum qualis.*
3. *Differentia hujus actionis & querelæ.*

QVi legitimam habet, non utitur querela. Et olim integram habere eam ex teſtamento vel alias ex judicio defuncti eam oportebat, de quo dicemus ad §. *ult.* Ceteroquin querela competebat; adeoque fateri oportebit etiam inſtitutis in minori portione, & quæ legitimam non faciebat, neceſſariam & datam fuiſſe querelam, quod omnino addendum eſt ad *pr. tit.* ubi querela reſtringuitur ad exhæredatos, aut † præteritos, neque enim inſtitutus in minori parte poteſt dici præteritus: neque rurſus Falcidia detrahi poterat, ſi plures cohæredes in ceteris partibus adjeciſſet teſtator. Et ita obtinuiſſe probat hic ipſe §. ubi Juſtin. ait ceſſare *hodie* querelam, ſi relicta ſit vel res, vel quantacunque pars hæreditatis; quæ ſane non niſi titulo inſtitutionis proprie loquendo relinqui poteſt, & firmatur non obſcure ex *Paulo 4. ſentent.* 5. quo eodem loco docet, ſi ei adjecti ſint fratres cohæredes, *potuiſſe eum petere ſupplementum.* Jus hoc mutavit Juſtinianus, & introduxit actionem in ſupplementum, ſi modo aliquid relictum ſit. Sæpe Juſtinian. quod olim particulare erat, ipſe fecit generale: veluti hic colligitur ex *d. loco Pauli 4. ſentent.* 5. *& ex l. ſi non* 25. *in princ. h. t.* ſi quis ipſe quod pro legitima acceperit à defuncto, querelam ceſſaſſe, & quod defuit, boni viri arbitrio repletum fuiſſe; non enim probo eorum ſententiam qui in *d. l.* 25. adjectum iſtud à Triboniano putant. Sed & tum ſi pater quod expreſſe reliquerit pro legitima, quod tamen minus deprehenſum

Digitized by Google

fam fuit, facile concedo ceſſaſſe querelam, & quod deeſt ſuppletum fuiſſe. Quod autem Conſtitutio Juſtiniani in *leg.* 30. *Codic. h.t.* cuius & in *leg.* 34. 35. & 36. *Codic. eod.* meminit, tantum pertineat ad hanc ſpeciem & caſum, quo ita pro legitima quid relictum fuit; & quod hoc ſolum mutarit Juſtinian. ut ſuppleretur portio, licet teſtator non juſſerit; Item quod filius accipiendo portionem & rem relictam non præjudicet ſibi, quominus poſſit reliquum petere, ſin autem ſimpliciter quid reliquerit pater, non eſſe opus actione ad ſupplementum ſed poſſe filium hodieque agere querela nec *d.l.* 30. ad hunc caſum pertinere, ut Weſemb. hic diſputat, totum commentitium penitusque falſum eſt, & alias falſo diceret Juſtin. in *d.l.* 30. innumerabiles ita tolli modos ſubvertendi teſtamenta: falſo etiam diceret, hoc ad verecundiam naturæ introductum, & omnino conſtitutio ſimpliciter loquitur, ut ſi quid relictum ſit ceſſante querela agatur ad ſupplementum. Actio-

2 nem hanc alii † ſtatuunt eſſe ex teſtamento, alii petitionem hereditatis, aut familiæ erciſcundæ judicium, alii denique & frequentius condictionem ex Lege. Plane filius aut proponitur exheredatus, legato dato, aut inſtitutus aliqua parte vel re, quod hodie neceſſum eſt ut ad §. *ult.* dicemus. Illo caſu nec poterit eſſe actio fam. erc. ne petitio hereditatis; ſed cum ſatis probabiliter dicitur eſſe actio ex teſtamento, tanquam pro legato: ſive teſtator juſſerit ſuppleri, quod deeſt, quo caſu res magis eſt indubia; ſive nihil dixerit *l. omnimodo* 30. *in pr. C. h.t.* quoniam nihilominus hoc voluiſſe intelligitur, potius quam ut eius teſtamentum ſubvertatur, quin & porro licet amplius quid dari vetuerit *l. ſi quando* 34. §. *pen. C. eod.* quoniam id feciſſe ideo præſumetur, quod portionem relictam ſufficere credebat. Hoc autem caſu vel inſtitutus eſt filius in portione hæreditaria; & cum ſit pro parte heres, poterit ſane uti petitione hereditatis, aut judicio fam. erciſcundæ: aut in re ſingulari, (quod fieri poſſe dicemus ad § *ult.*) & cum revera ſit pro legatario (ſiquidem ponimus eum habere coheredem, juxta tradita ad *tit. ſup. de hered. inſt. in* §. *hereditas* 7.) idem erit, quod in caſu rei ſingularis relictæ; aut potius ſiquidem heres ita ſcriptus, mixto jure eſt, ut notavimus ad *d.* § 7. fortaſſis locus eſſe poſſit judicio fam. erc. aut ſane admittenda erit cum Dd. ſimpliciter condictio eſt Lege, ut omnis tollatur

3 dubitatio. Condictionis † porro iſtius, & inofficioſi quæ relæ hæ notantur differentiæ. 1. Hæc finitur quinquennio *l.* 8. §. *ultim. cum l. ſeq. h.t.* ſed condictio, quæ longe eſt favorabilior perpetuo & triginta annis durat, quæ communiſſima Dd. ſententia eſt, cui non obſtat *l. ſi quis* 34. *in fin. C. h. t.* quoniam pertinent ea verba de quinquennio ſicut & de repudiatione, ad querelam, de qua principaliter ibi agitur, & quam etiam non præparatam ibi tranſmitti vult Juſtin. & obiter tantum mentio fit ſupplendæ quartæ. Altera differentia eſt, quod querela non præparata regulariter non tranſit in hæredem, extra caſum *d.l.* 34. ſiquidem eſt inſtar actionis injuriarum quæ diſſimulatione aboletur: ſed condictio etiam non præparata tranſmittitur, 3. qui agnoſcit legatum ſibi teſtamento relictum, querelæ renuntiaſſe intelligitur, ut dicemus ad §. *ſeq.* at non condictionem ad ſupplementum *l. ſi quando* §. 2. *C. h.t.* Addo, ideo Juſtin. in *pr. tit.* tantum exheredatorum & præteritorum meminiſſe, qui poſt introductam actionem ad ſupplementum, querela inſtitutis competere non poteſt.

Ad verecundiam naturæ.] Forte quia naturâ reverentiam & obſervantiam parentibus liberi debent; nec proinde decet eos temere proſilire ad impugnanda teſtamenta parentum & eos arguendos furoris. Atque ita valde reſtringitur ille color furoris, ad eum demum caſum, quo nihil penitus liberis relictum eſt. Et tamen qui nimis parum relinquit optimis liberis, & quidem ſimul eos exheredat, non valde officium pietatis obſervaſſe videtur, de quo in *pr. h.t.* Et non ſatis convenit, quod poſt in *N.* 115. *cap.* 3. conſtituit Juſtinianus, ut parentes omnino neceſſe haberent inſtituere liberos; & ſi vel magnam partem bonorum reliquerint titulo ſingulari, teſtamentum voluit eſſe nullum. Ita numquam ſibi conſtitit Tribonianus.

Vſque ad quartam legitimæ partis.] A quo, aut qua Lege inducta ſit legitima & eius quantitas, non conſtat: ceteroquin quartæ iſtius legitimæ, jure noſtro frequentiſſima eſt mentio portionis ſcilicet & eius quod ab inteſtato obveniſſet, quarta, ſive unus ſive plures ſint liberi. Ita ſi qui 400. in bonis habet, quator relinquat liberos, ſingulorum legitima conficit XXV. ut in *f.* §. *ult.* docet Juſtin. quod ſcilicet quarta bonorum inter plures libetos pro rata & virilibus portionibus diſtribuatur. Poſtea ea portio minor fuit viſa Juſtiniano, eoq; eam auxit in *Nov.* 18. ut pro numero liberorum ſit triens aut ſemis totius hereditatis: quod augmentum etiã ad parentes pertinere putant Dd. communiter hic & in §. *ult. h.tit.* & *in autin. noviſſima Cod. h.t.* quamvis ſane Nov. tantum de liberis loquatur, & genera-

Digitized by Google

litas *cap. 1. inf.* de variis perſonis liberorum accipi poſſit; & maior eſt ratio pro liberis quam pro parentibus per ſupradicta ad §. 1. Sed non iniqua eſt ea communis opinio, contra quam fruſtra quis obnitatur. Nec multum obſtat, quod utraque pars auctionis & ea quæ ad ſemiſſem non reperiat locum in parentibus, cum horum tot in ſucceſſione concurrere non poſſint, ut eis ſemis debeatur: ſufficit enim alteram partem quo ad trientem in eis locum habere. Sed an etiam fratrum legitimam auctam dicemus? Negant hoc communiter Interpp. Neque obſtat modo memorata generalitas *d. N. 18. cap. 1. inf.* quia recte accipitur de iis, qui omnimodo & ſimpliciter exhæredati aut præteriti impugnare teſtamentum poſſunt: hoc autem non poſſunt fratres, ſed tantum ex accidenti, odio heredis inſtituti, ſi ſit turpis perſona.

TEXTVS.

5. Si tutor nomine pupilli cuius gerebat tutelam, ex teſtamento patris ſui legatum acceperit, cum nihil erat tutori ipſi relictum à patre ſuo, poterit nihilominus nomine ſuo de patris inofficioſo teſtamento agere. Sed ſi e contrario pupilli nomine cui nihil erat relictum, de inofficioſo egerit, & ſuperatus eſt, ipſe tutor, quod ſibi in teſtamento eodem legatum eſt, non amittit.

COMMENTARIVS.

QUi legatum ex teſtamento accipit, hoc ipſo teſtamentum agnoſcere, & tacite querelam repudiare videtur, *l. ſi parens 10. §. 1. h. t.* neque enim ſimul conſiſtunt, legatum ex teſtamento accipere; & teſtatorem furoris arguere velle: quo facto & teſtamento reſciſſo, nihil ex teſtamento peti & deberi poſſet. *d. l. 10. & l. pen. §. pen. h. t. l. poſt legatum 5. in pr. de his quibus ut ind. l. parentibus 8. inf. C. h. t. l. 8. §. ſi conditioni 10. D. eod.* Et rurſus qui teſtamentum ut inofficioſum accuſavit, ſi ſuccumbat, legatum ſibi relictum petere non poteſt, quo cenſetur indignus, qui quantum in ſe eſt, teſtatorem ut furioſum inteſtatum facere voluit: de quo in *l. filius 22. §. 1. & l. Papin. 8. §. meminiſſe 14. h. t.* utrumque ſi quis proprio nomine id fecerit, legatum petierit, aut teſtamentum accuſaverit, non ſi id alieno nomine fecerit *d. l. 10. §. 1. h. t.* & quidem ex officio neceſſario veluti tutorio *h. textu l. adverſ. 30. inf. h. t. l. tutorem 22. de his quæ ut ind. & arg. d. l. 5. §. advocatum 13. eod.* ſecus ſi ultro & ſponte, veluti ſi advocationem præbuerit, *l. ult. in pr. h. t.* ubi tamen non ita in proclivi eſt, dare rationem differentiæ inter advocatum accuſatoris liberti, & advocatum accuſantis inofficioſum teſtamentum vel ex teſtamento petentis legatum. De illo enim reſponſum eſt in *l. cum 14. §. ſi patroni 8. de bon. lib.* patroni filium non removeri à petenda bon. poſſeſſione liberti, qui tamen removeretur ſi ipſe libertum accuſaſſet: & quæ ratio redditur in *d. l. 14. §. 9.* quod advocatus non accuſet, eadem videtur militare in *l. ult. h. t.* quod nec accuſet advocatus eius qui teſtamentum arguit inofficioſum. An *d. l. ult.* reſtringimus tantum ad caſum de quo nominatim loquitur, ubi advocationem præbet exheredatus ei qui petit legatum, ut inde agnoviſſe & approbaſſe voluntatem defuncti videatur, & ob id ab accuſatione inofficioſi removeatur: quæ interpretatio facilius recepta fuit, favore teſtamenti: ut non idem procedat in altero caſu, & exheredatus qui adfuit alii accuſanti teſtamentum non protinus removeatur à petitione legati. An dicemus facilius amitti legatum propter accuſationem teſtamenti, tamquam à furioſo conditi, ob operam ſaltem advocando præſtitam quod factum odioſius eſt, cum & totum jus legati ſit ex teſtamento: quam amitti jus bonorum poſſeſſionis, quod competit patrono & libris ex edicto prætoris: & non alias quam ſi ipſemet patronus vel filius officio accuſatoris ſit functus. Quærunt etiam quæ ſit ratio differentiæ, & cur non amittat legatum qui teſtamentum arguit falſum aut alias non jure factum *leg. 4. in princ. de his quæ ut ind.* & rurſus qui accepit legatum poſſit adhuc teſtamentum falſum dicere *d. leg. 5. & leg. ſi teſtamentum 22. eod.* Ratio ſumitur ex *d. leg. 24.* quod hæc ſit diſputatio de jure, & non raro de facto aliorum, non de judicio teſtatoris, de quo ſolum tractatur in querela inofficioſi. Illud addo de advocato procedere, ſi ultro ſuſceperit officium: quod ſi enim ex officio jubeatur id præſtare, aliud ſane fuerit. Sed & hoc: tutoris officium dici neceſſarium, ita ut maxime quis ultro ſuſceperit tutelam, imo etiamſi ſe excuſare potuerit, tamen hic dicta procedant: quod præſertim poſtquam ſemel id officium quis ſuſcepit, omnia ex fide facere cogitur, aut teneatur judicio tutelæ.

TEX-

TEXTVS.

6. Igitur quartam quis debet habere, ut de inofficioſo agere non poſſit, ſive iure hereditario, ſive iure legati, vel fideicommiſſi, vel ſi mortis cauſa ei quarta donata fuerit, vel inter vivos, in iis tantummodo caſibus, quorum mentionem facit noſtra conſtitutio, vel aliis modis, qui in noſtris conſtitutionibus continentur. Quod autem de quarta diximus, ita intelligendũ eſt, ut ſive unus fuerit, ſive plures, quibus agere de inofficioſo teſtamento permittitur, una quarta eis dari poſſit: ut ea pro rata eius diſtribuatur: id eſt, pro virili portione quarta.

COMMENTARIVS.

1 *Legitima quo titulo relinquenda.*
2 *An hodie titulo inſtitutionis.*
3 *Nudus inſtitutionis titulus.*

COnſtat ſi filius olim à patre nec inſtitutus, nec exheredatus fuiſſet, teſtamentum ipſo jure fuiſſe nullum in *prine. ſup. de exhered. lib.* Itaque vehementer falluntur, qui ex hoc §. colligunt ſufficere ut filius acceperit olim legitimam † quocunque titulo, etiamſi exheredatus non fuiſſet. Sed enim præſupponi oportet teſtamentum eſſe validum, & rite exheredatum filium, ſi de patre queratur, ut relicta legitima ceſſet querela inofficioſi: nam mater ſalvo teſtamento liberos olim ſimpliciter præteribat: Et totus hic tractatus, ut ex pr. apparet, pertinet ad liberos iniq; exheredatos aut præteritos: quæ iniquitas ceſſare putabatur, ſi liberi legitimam titulo quocunque accepiſſent. Et ita accipiendum eſt, quod ſcribitur in *l. Papinianus* 8. §. *ſi quis* 6. *h. t.* cum ſecure teſtari, quod filio ſuo quartam mortis cauſa donavit: hactenus ſcilicet ut filius non poſſit agere querela, ſed ſi videlicet ſit legitime exheredatus. Quarta itaque excludit querelam: ſed an omnimodo & quomodocunque data & accepta; Et inprimis conſtat (nondum loquimur de iure quod introductum eſt per *Nov.* 115. cap. 3.) ſufficere ſi teſtamento fuerit relicta, titulo legati vel fideicommiſſi. *b.* §. Amplius etiam ſi ab ipſo teſtatore tradita, & ſcilicet mortis cauſa donata fuerit *b.* §. *& leg.* 8. §. *ſi quis* 6. *& leg. finan* 25. *h. t.* quia hæc donatio inſtar legati obtinet, neque hic neceſſum eſt aditi, quod detur pro legitima. Quin & amplius inter vivos donatum ſufficit, modo hac lege datum ſit, ut imputetur in legitimam *d. leg.* 25. & tamen verbo tenus tantum ita dicitur donatum inter vivos. Nam cum legitima non debeatur niſi demum poſt mortem, quiſquis ita donat, ut in legitimam aut quartem computetur, hoc ipſo mortis cauſa donare videtur. Ex quo forte non improbabile ſit, quod quidem putant (quos ſupra tamen non probavi) *d. leg.* 25. eſſe à Triboniano interpolatam. Juſtinianus autem hic ait, iis tantum caſibus donationem inter vivos imputari in legitimam, quorum mentionem faciat conſtitutio ipſius: nimirum in *l. ſi quando* 35. §. 1. & 2. *Cod. h. tit.* per quam ſane derogatur textui in *d. l.* 25. *D. h. tit.* hæc enim ſimpliciter imputat in quartam, & excludit à querela filium, ſi quid inter vivos ſub lege imputationis acceperit, ſed Juſtinianus ita demum in *d. leg.* 35. ſi patris judicium poſt eius mortem filius agnoverit, aut alias cũ heredibus tranſegerit, ceteroquin ſi filius neutrum iſtorum fecerit, integrum ius ipſi permittit agendi contra teſtamentum patris, utcunque cum vivente adhuc patre aliter pactus fuerit: forte quia exiſtimavit ob reverentiam filii erga patrem, & poteſtatem patris in filium, quidvis poſſe impetrare & paciſci patrem. Sed hæc tamen ratio nulla eſt, ſi filio ſaltem ad ſupplementum actionem dediſſet. Et ipſe Juſtinianus alia ratione utitur, quod meritis ſint provocandi liberi, non pactionibus adſtringendi. Quæ tamen & ipſa exigui momenti eſt, cum utiq; quibuſcunque aliis modis legitimam relinquendo eo jure filium à querela pater excludere poſſet. Illud autem omnino crediderim ſubintelligendum, ita filium non obſtante pactione poſſe impugnare teſtamentum patris, ſi & ipſe ab hac pactione diſcedat, & ſi ſuccumbat in querela, amittat, quod pater ei pro legitima vivus dedit. Aut an, quod de impugnando teſtamento dicitur, accipimus de actione ad ſupplementum? Ineptus autem hic eſt Pacius, qui annotat eſſe numerum ſingularem poſitum pro plurali, & nõ unam, ſed duas conſtitutiones intelligi, nimirum in *d. leg. ſi quando*, & in *l. omnimodo* 30. *in f. Cod. h. tit.* Etenim non agitur expreſſe in *d. leg.* 30. de pecunia, ex qua militia empta eſt, donatione inter vivos in filium collata, & poteſt utique id aliis rationibus quoque &

Digitized by Google

modis fieri. Porro Cuiacius hic non intelligit *d. l. ſi quando Cod. h. tit.* ſed *leg. pen. §. 1. Cod. de collat.* ex qua apparet duobus caſibus donationem ſimplicem conferri, primo ſi hoc expreſſe dictum ſit & adjectum, ſecundo, ſi quaſi in compenſationem dotis vel propter nuptias donationis, quam unus liberorum accepit, in alterum collata ſit. Verum ita fiet inexplicabilis pene pugna inter *d. l. pen. Cod. de collat. & d. l. ſi quando Cod. h. tit.* quia in hac Juſtinian. non aliter vult filium excludi, quam ſi poſt mortem patris eiuſdem judicium agnoverit: ſed *d. leg. pen. Cod. de collation.* conferri ſimpliciter vult donationem, quam hac Lege fecit pater. Et errat penitus Cuiacius. Etenim propoſitionem hanc quidem veram eſſe agnoſco, quod quæcunque imputantur legitimæ & excludunt à querela, ea quoque ſint conferenda, quæ traditur id *d. leg. pen. in princ. de collation.* At non itidem contra verum eſt, quod quæcunque conferuntur, eadem quoque in legitimam imputentur. Collatio enim eſt inter liberos venientes ab inteſtato, & facile admittitur, ut æqualitas ſervetur. At nos hic de exheredato filio & eo excludendo à querela agimus: quod odioſum eſt, & ob id à Juſtiniano expreſſe conſtitutum, ut donatio inter vivos, etiam cum hac lege ut filio in quartam imputetur, filium tamen non excludat, niſi patris judicium poſt mortem eius agnoverit.

Pergit Juſtinian. *Vel aliis modis.*] Quæ verba non pertinent ad imputationem donationis inter vivos, ſed cohærent cum ſuperioribus, quod etiam aliis modis præter legatum, fideicommiſſum, & donationem mortis cauſa liberi poſſint aliquid accepiſſe, ita ut à querela excludantur: neque poſſunt hi alii eſſe modi, quam dotis aut donationis propter nuptias, quas imputari in legitimam conſtitutum eſt in *leg. quoniam 29. Cod. h. titul. & in leg. ut liberis 17. Cod. de collation.* & proinde conſtitutiones, quarum hic mentionem facit Juſtinian. in verbis *conſtitutionib. noſtris*, aut Codici poſteriori inſertæ non fuerunt, aut intelligendæ ſunt conſtitutiones aliorum Impp. quas Codici duo Juſtinian. inſeruit: ſiquidem dd. ll. quas citavimus in *leg. 29. Cod. h. tit. & in leg. 17. Cod. de collation.* ſunt. Leonis & Zenonis: (neque, quod vitioſe notat Weſembec. poteſt intelligi *l. ſi. quando 35. §. 1. Cod. h. titul.* ut ex prædictis conſtat) & Cuiac. notat hic, verbum *noſtris*, in veteribus libris deeſſe.

Atque hæc ita jure veteri, ut quocunque titulo

2 † etiam particulari accepta legitima excluderet liberos aut parentes à querela, quod ius ſecutus eſt Juſtinian. hic & adhuc in *Nov. 18. cap. 1.* Communiſſime autem hoc creditur mutatum à Juſtiniano per noviſſimam ſanctionem in *Nov. 115. cap. 3. & 4.* ubi Juſtin. negat amplius ſufficere: ſi legitima exheredatis aut præteritis relinquatur titulo particulari, ſed vult eam vel partem eius (quo caſu ſupplementum agitur) relinqui titulo honorifico inſtitutionis: & in *cap. 5.* eiuſdem Nov. conteſtatur, hunc eſſe ſcopum ſuum, ut à liberis & parentibus removeat iniuriam exheredationis & præteritionis. Et liberis ſane & parentibus iniurioſum accidebat, ſine ulla cauſa exheredari & præteriri poſſe relicta ſaltem legitima quocunque modo. Quod ſi adhuc liceat, ſequeretur, nec hodie exheredationis iniuriam ceſſare. Et ob id probare non poſſum ſententiam Weſembec. qui in §. *ſed hæc 3. ſup. h. titul.* ita diſtinguit: quod aut pater non fecit teſtamentum ſecundum *d. N. 11.* formam, & ſcilicet nulla cauſa adſcripta exheredavit filium, & teſtamentum ipſo jure eſt nullum: aut obſervata forma exheredavit filium adſcripta legitima cauſa: & hoc caſu valere teſtamentum, & ſiquidem nihil reliquerit filio, agendum eſſe querela, etiam hodie, ſin aliquid vel totam quartam reliquerit etiam hodie, excludi filium à querela, & illo caſu tantum ſupereſſe actionem ad ſupplementum. Hoc poſterius membrum omnino puto eſſe falſum, & contra expreſſa verba conſtitutionis, quibus vult Juſtin. non ſufficere ut legitima relinquatur titulo particulari: quod ſane abſurde reſtringitur ad hunc caſum quo filius ſine cauſa ſimpliciter exheredatus eſt, tum quod ita adhuc maneret injuria exheredationis: tum præcipue, quod ita nullo negotio pater aut liberi fraudem poſſent facere conſtitutioni, & relicta quarta, & adſcripta cauſa, quæ in facto vel maxime falſa eſſet, excludere filium aut parentes à bonis ſuis, ſiquidem ut Weſembec. putat, ſimpliciter ſufficeret, cauſam adſcriptam & legitimam vel partem titulo particulari relictam eſſe, ut maxime filius eam falſam eſſe contenderet, nec umquam heres eam probare poſſet. Teneamus igitur communiſſimam ſententiam; utcunque pater aliquid reliquerit, & cauſam exheredationi adſcripſerit, filium tamen ad eam avertendam iniuriam, aut, quod probant frequentius Dd. querelam inofficioſi inſtituere, aut quod olim dixit Martinus, & ego verius eſſe exiſtimo, officium judicis nobile

ſuper

Digitized by Google

super declaranda nullitate testamenti, & falsitate causæ implorare posse: & tum firmum demum manere testamentum, si filius portionem legitimam, vel partem institutionis titulo † acceperit. Sed observandum hic est, titulum institutionis, quem omnino in *d. N.* Justinian. exigit, magis in nudo nomine & titulo nudo, quam in re ipsa consistere. Ita enim *d. N.* 115. *cap.* 5. constituit *in prin.* ut heredes nominatos esse filios sufficiat, & subsistat testamentum, si certis rebus jussi fuerint esse contenti, & ita in singulari re vel singulatibus rebus instituti. Ratio autem juris hæc est, ut non sit verus heres, qui coherede accepto simpliciter, autin parte hereditaria scripto ex re singulari institutus est, sed pro legatario habeatur, ut supra ex *leg. quoties* 13. *Cod. de hered. instit.* diximus ad *l. hereditas.* 7. *de hered. institut.* Atquin si vere honorificum titulum heredis Justinian. habere filium volebat, constituendum erat, ut minimum in parte aliqua assis hereditarii, saltem in uncia vel semuncia filius institueretur. Verum, hoc ratio juris quidem vera exigebat, sed ut diximus, necessario Justinian non exegit; & ita Dd. communiter satisfactum constitutioni putant, si filius vel in duobus imperialibus taleris fuerit institutus; quo casu solam actioni ad supplementum locum esse statuunt per *d Nov.* 115 *cap.* 5. *in prin.* neque vero potest dici heres revera, qui nullas actiones hereditarias exercet aut excipit, & ita non repræsentat defunctum: sed omnino sicut dixi, filius ita institutus, ubi alii in tota hereditate sunt heredes, titulo tenus heres, reipsa legatarius tantum est. Atque ita etiam post constitutionem *d. Nov.* 115. in rei veritate legitima titulo particulari relinqui potest: siquidem titulum & qualitatem eius, non ex nomine nudo, sed ex rei veritate, & ratione juris æstimamus. Itaque recte & signanter Justinian. in *d. cap.* 5. vult sufficere, si liberi aut parentes heredes sint NOMINATI. & exclusa solummodo exheredationis & præteritionis injuria: & sic non tam rebus quam verbis Lex scripta est. Quod unice sane notandum est, & putant Dd. relati ab Angelo hic, sufficere etiam si dicat testator, relinquo filio centum pro legitima: ut pro institutione habeatur: licet alii contra existiment, requiri pro forma ut mentio fiat institutionis. Et ita frequentius Dd. nam Baldus relatus ab eodem Angelo, existimavit filium, qui ita accepit legitimam in rebus certis, alio dato coherede universali, pro instituto nō haberi, quod scil. suadet ratio juris, ut diximus, sed non requirit id Justinianus: quem etiam ita frequentius acceperunt, & Christophorus Porcius hic ut evitet obiectionem ex *leg.* 13. *Cod. h. tit.* ait fallere illam regulam, quod institutus in re certa, habeatur pro legatario, ubi alius heres est, in hoc nostro casu, odio querelæ, & favore testamenti. Sed est tantum color, & ita voluit Justinianus.

Quod autem de quarta.] De sententia huius versicul. dixi *sup. h. tit. ad finem* §. *sed hæc* 3.

AD TITVLVM XIX.

LIBRI SECVNDI Institutionum.

DE HEREDVM QVALITATE ET DIFFERENTIA.

TEXTVS.

1. Heredes autem aut necessarii dicuntur, aut sui & necessarii: aut extranei. Necessarius heres est servus heres institutus: idcoque sic appellatur, quia sive velit sive nolit omnino post mortem testatoris, protinus liber & necessarius heres fit, unde qui facultates suas suspectas habent, solent servum suum primo aut secundo, etiam gradu ulteriore, heredem instituere, ut si creditoribus satis non fiat, potius bona eius heredis, quam ipsius testatoris à creditoribus possideantur, vel distrahantur, vel inter eos dividantur. Pro hoc tamen incommodo, commodum illud ei præstatur, ut ea quæ post mortem patroni sui sibi acquisierit, ipsi reserventur. Et quamvis non sufficiant defuncti bona creditoribus, iterum tamen ex ea causa res eius, quas sibi adquisierit, non vencunt.

COMMENTARIVS.

ANtequam tractatum de hereditatibus concluderet Justinian. visum fuit ei corollarii quasi loco, de heredum qualitate & differentia accuratius tractare: quæ præcipue spectatur in modo adqui-

Digitized by Google

adquirendæ hæreditatis, in quo effectus teſtamẽti conſiſtit.

Heredes autem.] Diſtinctio eſt ex jure civili: nam ex jure prætorio, ſui ſunt voluntarii, propter ius abſtinendi: ſervi autem jure quoque prætorio neceſſarii ſunt. Poteſt autem bimembris diſtinctio fieri ex jure civili: quod heredes vel ſunt voluntarii vel neceſſarii: & hi vel tantum tales vel ſui ſimul: & inter extraneos & neceſſario, non videtur recta eſſe oppoſitio: niſi ſub neceſſitate domeſticitatem (ut ita loquar) comprehendamus, aut ſubintelligamus.

Neceſſarius heres eſt ſervus.] An neceſſitatem ita accipimus, quod ſervus adire omnino cogatur hæreditatem; an quod ipſa poteſtate juris fiat & exiſtat heres citra ullam aditionem? pro illo facit, quod utique in ſervo nihil tale eſt, propter quod ſtatim ipſo jure exiſtere poſſit heres. Sed hoc poſterius tamen verius eſt, primo quia quoad qualitatẽ neceſſitatis conſertur ſervus cum liberis, qui jure civili hoc reſpectu & effectu dicuntur neceſſarii, quod efficiuntur heredes poteſtate juris: licet & ſuitas aliquid hic faciat, ſecundo quia nemo præciſe ut adeat hereditatem cogi poteſt, cum hoc facti ſit *l. 3. in fin. Cod. de hered. inſt.* itaque ut ſervus eſſet obſtrictus creditoribus hereditariis heredem eum ipſo iure conſtitutum oportuit. Tertio hanc ſententiam textus probant tres; quorum unus eſt in h. §. ubi protinus poſt mortem teſtatoris ſervus liber & heres fieri dicitur. Alter in *l. neceſſariis 57. §. ultim. de adqu. hered.* ubi negatur ſervo facultas abſtinendi, quæ præſupponit ipſo jure factum heredem. Tertius in *leg. furioſus 63. eod. tit.* ex qua furioſus ſervus, (qui adire ſanè non poteſt) dicitur fieri domino neceſſarius heres. Et omnino competit ſervo huic ſimul hereditas & libertas: hanc autem habet ipſo iure à morte teſtatoris, & eam à ſeipſo accipere dicitur *leg. ex parte 58. de adquir. hered.* nec enim à domino jam mortuo eam vere loquendo accipere dici poteſt: licet eius & orcinus libertus alia conſideratione dicatur. Procedit hoc in eo ſervo, qui libertatem debet ſoli beneficentiæ teſtatoris: quem adeo quis juſſus manumittere per fideicommiſſum, inſtituit heredẽ, nam fit ei neceſſarius heres *l. ſi ſervus 84. in prin. de hered. inſtit.* Idemque in aliis eiuſdem generis & conditionis ſervis juris erit: ex ratione *d. leg. 84.* Quod autem & ſervus heres neceſſarius fiat, neceſſe ſit, ut utrumq; & libertatem & hæreditatem habeat ex ipſo teſtamento, diximus ad §. *ſervus 4. ſup. de hæred. inſt.*

Vnde qui facultates.] Notat utilitatem præcipuam huius rei, de qua diximus ſup. *libr. 1. ad* § *1. Qui & ex quib. cauſ. manum. non poſſ.* ceteroquin eſt id generale, ut ſervus fit neceſſarius heres, licet maxime etiam dominus ſit ſolvendo.

Pro hoc tamen incommodo.] Quod videlicet poſitum eſt in injuria, quam ſervus patitur, ex bonorum diſtractione vel poſſeſſione. Quæ tamen videtur potius imaginaria & putativa, quandoquidem in rei veritate conſtat, debita à ſervo contracta non fuiſſe.

Illud commodum.] Duriuſculum fuiſſet, ſi etiam in bona, ſi quæ ſervus poſt mortem domini ſui & patroni ſibi queſiviſſet, creditoribus ius diſtrahendi permiſſum fuiſſet. Ea itaque ſeparat & retinet ſalva h. §. Quæ ſeparatio ita ei conceditur, ſi non immiſcuerit ſe bonis patroni, nec ea attigerit *leg.* § *ult. de ſeparationib.* ubi, quod notandum eſt, ſervo etiam conſervatur, quod ei patronus debuit; inſigni humanitatis ratione, cum utique non poſſit aliud niſi naturaliter debitum fuiſſe: & quod tamen nec vere ita debitum eſt, *leg. nec ſervus 41. de peculio.* & imo revera ipſius domini, cum ſervus nihil habere poſſit. Adeoque ut accipimus debitum cum de actione peculii quærimus, ita ad eum modum, debitum in *d. leg. 1. §. ultim. de ſeparat.* accipi ſatendum. Et igitur ſeparatione facta ſervi bona poſt quæſita non diſtrahantur. Cui non obſtat quod hic dicitur, bona heredis diſtrahi: quia teſtatoris bona quæ fuerant, jam ſunt heredis.

TEXTVS.

2. Sui autem & neceſſarii heredes ſunt: veluti filius, filia: nepos, neptisve ex filio, & deinceps ceteri liberi, qui in poteſtate morientis modo fuerint. Sed ut nepos neptisve ſui heredes ſint, non ſufficit, eum eamve in poteſtate avi mortis tempore fuiſſe: ſed opus eſt, ut pater eius vivo patre ſuo deſierit ſervus heres eſſe: aut morte interceptus, aut qualibet alia ratione liberatus à patris poteſtate: tunc enim in locum patris ſui, nepos neptisve ſuccedit: ſed ſui heredes ideo quidem appellantur, quia domeſtici heredes ſunt, & quoque vivo patre quodammodo domini

ed by Google

mini exiſtimantur. Unde etiam ſi quis inteſtatus moriatur, prima cauſa eſt liberorum in ſucceſſione. Neceſſarii vero ideo dicuntur, quoniam omnino ſive velint ſive nolint, tam ab inteſtato, quam ex teſtamento ex L. XII. tabb. heredes fiunt. Sed his prætor permittit volentibus abſtinere hereditate, ut potius parentes, quam ipſorum bona ſimiliter à creditoribus poſſideantur.

COMMENTARIUS.

1. *Sui heredes qui & unde dicti.*
2. *Suitatis effectus.*
3. *Neceſſitas in ſuo quomodo tollatur.*

DE ſuis aliquid diximus ad §. *poſthumorum ſup. de exhered. lib.* Prorſus ſui ſunt, qui tempore quo teſtator moritur, proximum gradum in familia & poteſtate ejus obtinent: in poteſtate enim eſſe non ſufficit, ut hic docet Juſtin. exemplo nepotum quos pater præcedit: qui licet in poteſtate avi ſint, ſui tamen non ſunt, ſed efficiuntur ſui, ſi pater qui præcedit, morte vel emancipatione ſuus eſſe deſierit: tum enim ſubintrando locum patris jura ſuorum heredum nanciſcuntur, *d. §. poſtumorum, junct. l. 7. unde lib. §. ſui 2. inf. de hered. ab int.* & omnino in eo ſtatu manentes avo ſui heredes exiſtunt. Et tamen cum hodie emancipati liberi ab inteſtato ſuccedat *N. 118. cap. 1.* utique præferentur liberis ex ſe natis & in poteſtate retentis: neque adeo quo ad effectum ſuccedendi ab inteſtato poterunt nepotes in locum parentum ſuccedere. Et ita neceſſario quod ad hunc effectum impedietur ſuitas: ceteroquin qui ſuum habet heredem, alium habere non poteſt ab inteſtato. Et olim nepos cum patre emancipato conjungebatur *l. 1. de conjung. cum emancip. lib.* quod edictum procul dubio hodie ceſſabit.

2. *Sed ſui quidem.*] Notant quidem, † ſuos dici heredes, quaſi ſi ſibi ipſis ſuccedant, cum vivo patre quodammodo videantur domini, & eo mortuo non tam adquirere, quam potius liberam adminiſtrationem adipiſci: quæ ita dicuntur ad effectum continuationis *h. §. & l. in ſuis 11. de liber. & poſtum.* Et poteſt ita accipi ratio à Juſtin. hic reddita, quod ſui heredes appellentur ita tamquam domeſtici: verbo nimirum domeſtici ſtrictiſſime accepto. Et adpoſite ad hanc rem JCtus in *l. cum ratio 7. in pr. de bon. damn.* quod ad debitam ſucceſſionem liberi vocentur, & quod propter hoc ſuorum heredum nomen jure civili habeant: & eodem ſenſu in *l. 1. §. largius 12. de ſucceſſ. edict.* ad bona pene propria venire dicuntur: Nimirum ipſum jus naturæ, de quo in *d. 17.* cauſa fuiſſe in parte videtur, ut ita jus civile ſtatueret, ſed jus civile etiam de ſuo addidit: ceteroquin jure naturali emancipati non liberi ſunt: quamvis & jure gentium dimiſſio liberorum ex poteſtate aliquid operari videatur. Optime facit, quod Cujac. hic notat ſuos heredes eſſe Græcis αὐτοκράτορας, ex quo non adquirere, ſed retinere bona dicuntur *l. ſi patronus 12. §. ult. de bon. liber.* & ſeſe immiſcere & exiſtere heredes, quod Græci ἀναφαίρετον ποιεῖν appellant. Aut an forte propter ſummam conjunctionem cum patre; & quod, ut dixi, maximo & optimo & jure bona patris eis debentur patri ſui, & quaſi proprii hæredes dicuntur, Græci, ἰδιοκτήτους & ἰδιοκτήμονας hæredem vocant. Suorum autem appellationem eſſe L. 12. tabb. probat *l. liberorum 220. de V. S.* & confirmat *Cujac. ad Ulpian. tit. 26. de legit. haredit.* ubi Legem 12. tabb. quæ eſt ibi relata, recte ita reſtituit: *At ſi inteſtatus moritur, cui ſuus hæres nec exſtabit, agnatus proximus familiam habeto.* Effectus † ſuitatis iſtius eſt, ut liberi fiat hæredes etiam ignorantes, citra ullum factum, & ob id mortui antequam ſciant patrem obiiſſe, hæreditatem paternam acquiſitam ſibi ad quoſcunque hæredes tranſmittunt §. *ſui autem 2. infr. de haredit. ab int. l. 5. l. licet 8. Cod. de jur. delib.* Hæredes ita fiunt ignorantes, & adeo domini; poſſeſſio autem quæ facti eſt, ita non tranſit nec in ſuos, contra quam Interpp. plerique vulgo putant: quorum opinio jam diu exploſa & confutata eſt, per *l. cum hered. 23. in pr. de adq. poſſ.* neque enim plus præſtat exiſtentia in ſuo, quam aditio in extraneo: & oſtenſum quam inepte adducatur *l. 2. §. ult. pro har.* quippe cum res ibi filio ex cauſa donationis à vivo patre tradita fuerit: cujus hic adeo poſſeſſionem naturalem tenet.

Vide etiam.] Ex jam relata L. 12. tabb. apparet, quod primo ſuis deinde agnatis deferatur hæreditas. Hodie tamen poſt *N. 118. cap. 8.* cum ſuis ab inteſtato etiam vocantur emancipati: ſicut & olim vocabantur jure prætorio. Itaque quod hic dicitur, ad jus civile, & quidem antiquum pertinet; & de tota hac re agitur plenius *infr. de hared. ab int.* Nam & hoc ut ſui primum vocentur, adi

ſuc-

ſucceſſionem ab inteſtato reſtringit hic quoque Juſtinian. Teſtamento autem facto poteſt pater & maxime ante *N.* 115. *cap.* 3. potuit exhæredato filio vel aliis liberis, quoſcunque hæredes inſtituere, poteſtate ejuſdem L. 12. tabb. quæ & ad inteſtati ſucceſſionem primo vocavit ſuos & teſtandi liberrimam dedit civibus poteſtatem.

Neceſſarii ideo] Hoc ex jure civili commune habent cum ſervis, ut neceſſario exiſtant hæredes; quod ex jure poteſtatis natum videtur, quod apud Romanos ſummum fuit in liberos: ut ſicut dicitur, ſive velint, ſive nolint, ſint hæredes tam ab inteſtato quam ex teſtamento, ex *L.* 12. *tabb.* quæ verba exſtant & in vulgatis editionibus, eaque agnoſcunt Viglius & Baro, neque improbat Hottom. Neque ſufficiens ratio eorum expungendorum videtur eſſe, qua Cujac. & ex eo Pacius (qui ea itidem omiſit) moventur: quod neceſſitas ea non ſit ex 12. tabb. ſed ex patria poteſtate, *arg. l.* 5. *de condit. & dem.* conſtat enim quod Legem veterem Romuli, qua poteſtas ſumma & jus vitæ & necis patri in liberos datum fuit, Decemviri in tabulas & Leges ſuas retulerint, ut latius egimus ſup. *ad tit. de pat. pot.* Theophilus iſta verba retulit ad illud, quod paulo ante dicitur, in ſucceſſione ab inteſtato primam eſſe cauſam liberorum: quod 12. tabb. ſancitum fuiſſe paulo ante retulimus; itaque transferenda illa verba non expungenda eſſent; ſi poſteriori huic ſententiæ non quadrarent: ſed enim quadrare probavimus; cum præſertim à Triboniano tanta accuratio non ſit requirenda.

3 *Sed his prætor permittit.*] Scilicet jure † civili omnino tenentur creditoribus hæreditariis *l. neceſſariis* 57. *in fr. de adq. hæred.* Sed prætor conceſſit ipſis, ut abſtinere poſſent & ita liberari à creditoribus paternis. h. §. Ratio eſt in *l. paterf.* 28. *de bon. aut jud. poſſ.* quod prætor parcendum duxerit pudori filii, ut patris potius quam ipſius filii bona veneant: & ita infamia iſta potius redundet in defunctum; contra quam ſuadebat rigidum illud & ſummum jus poteſtatis, quod pater ex Legibus & moribus in filium habebat. Idem tribuitur proconſuli in *d. l.* 57 *de adquirend hæredit.* quia eſt ex libris *Caij ad edictum provinciale.* Permittit prætor abſtinere & quidem *ABSTINERE*, & amplius, ut hic dicitur, *Volentibus illis*: Quæ arguunt neceſſitatem tantum ſublatam eſſe per prætorem, non ſuitatem; quæ etiamnum in effectibus paulo poſt relatis ſpectatur, *fac. l. neceſſ.* 57. *in prin. de adquir. hæred.* ibi *ſi velint reliquere hæreditatem*, & in §. *ſui infr. de hæred. ab int.* ait ſimpliciter Imp. quod exiſtant hæredes, ignorantes; & quod ignorantes obligentur actionibus hæreditariis *l.* 2. *de condict. furt.* & ſuitas in pleriſque favorem filiorum concernit; nocere autem liberis, eſt præter intentionem prætoris. Objicitur *l. filio* 87. *junct. l. nam nec* 89. *d. leg.* 1. Ubi dicitur jure prætorio, perinde eſſe ac ſi filius liberum arbitrium acquirendo hæreditatis haberet. Ego ita ſtatuo; quod prætor omnino non ſuſtulerit effectum juris civilis, nec effecerit, quo minus poteſtate juris civilis exiſtat ſuus hæres: Sed qua filius utitur jure prætorio, hactenus eum pro ſuo non haberi, & tunc effectum ſuitatis ſublatum cenſeri; Effectus in eo eſt, quod filius non declarato animo ſuo & etiam ignorans patrem mortuum, decedens, poteſtate juris civilis ut hæres factus transmittat hæreditatem patris. An autem jure civili quoque tollatur iſta neceſſitas aut ſuitas, per dationem vulgaris ſubſtituti, aut exhæredationem, tractavimus ſupra *de pup. ſubſt. ad prin. ad &* §. *non ſolum* 4. Ejus porro quod diximus jure prætorio non tolli ſuitatem, hic effectus eſt, amplius, ut licet abſtinente ſe filio nuda quoque exiſtentia citra immiſtionem confirmentur tabulæ pupillares, ut ſupr. *ad tit.* 16. oſtendimus, & ſuſtineantur libertates *l. ſciendum* 32. *de man. l. teſt. cum quæſi* 30. §. *ſed & ſi* 10. *de fideicom. lib.* Ubi hac ratione utitur Juriſconſultus, quod non ſit ſine hærede, qui ſuum hæredem habet licet ſe abſtinentem, itemque facit, ut confirmetur fidei commiſſum univerſali, & ſcilicet filius, qui rogatus fuit à patre reſtituere hæreditatem, id recte facere poſſit, licet ſe non immiſcuit *l. ita tamen* 27. §. *ſi pater* 3. *ad SC. Trebell.* quamvis forte fideicommiſſarius majoris ſecuritatis & cautionis cauſa, ut tanto certius tranſeant actiones, ex cauſa impetrare poſſit, ut filius ſe immiſceat & reſtituat: quo refero textum in *leg. recuſare* 6. §. 2. *ad SC. Trebell.* cui addo quod filius in *d. l.* 6. noluit reſtituere, ut perinde coactione prætoris hic opus ſit, qui abſtinentem non habet pro hærede. Particularia relicta non ſuſtinentur, *l.* 1. §. *ultim. ut in poſſ. legat.* Hinc etiam fit, ut licet pupillus ſe abſtineat bonis paternis, tamen nihilominus poteſtate juris civilis, cum bonis v. c. pupilli cenſeatur conjuncta hæreditas patris, quo ad alios effectus, ita ut ſubſtitutus pupillo, in pubertate defuncto, bona patris à bonis pupilli ſeparare non poſſit, ut diſputat Jurisconſultus in *l. paterfamil.* 28. *de rebus auct. jud. poſſ.* quamvis diverſum aliis placuiſſe, ap-

Digitized by Google

ſe; appareat ex *l. Iulianus* 4. *de adquir. hæredit.* Hinc etiam non pauci, & inter eos Joh. Fab. hic cenſent, contra ſuum hæredem in dubio fundatam eſſe intentionem creditorum hæreditariorum, & filio incumbere probationem: quod abſtinuerit ab hæreditate, licet contrarium communius, receptum teſtentur *Angel. & Wesembec. & Mynſ. hic*, Bart. in *l. ſi filius* 12. *de vulg. ſubſtit. n. 5. & 6.* creditoribus neceſſe eſſe probare, quod filius ſe immiſcuerit, ex hoc præcipue fundamento, quod pro beneficio abſtinendi non neceſſe habeat filius adire prætorem, ſed illud ex edicto prætoris ita conceſſum ſit, ut competat liberis ipſo jure, citra decretum & cognitionem cauſæ *d. l. filio* 87. *& l.* 89. *de legat.* 1.

Vt potius parentis.] Hoc eſt quod ante diximus ex *l. paterfamilias* 28 *de bon. aut. iud. poſſid.* quod prætor parcat pudori filii, qui tamen ſervi pudori non pepercit, nec ius abſtinendi ei dedit. Rationem reddit Theophil. quod ex duobus, quorum uterq; paris conditionis, & v. c. uterqi ingenuus eſt, præſtet defunctum ſuſtinere ignominiam potius, quam viventem. Et quid igitur ſibi hic vult verbum *ſimiliter*, dum ait Juſtinian. ut potius parentis quam filiorum bona *ſimiliter* à creditoribus poſſideantur? cum alia liberorum ſit ratio, alia ſervorum, de quibus egit in §. *præceden.* Nullam video ſimilitudinem, niſi quod defuncti bona utrobique poſſidentur: ſed hic defuncti nomine, illic nomine hæredis, quæ potius diſſimilitudo eſt, adeo magis eſt, ut verbum *ſimiliter* abundet hoc loco; & vix bonum habeat ſenſum.

TEXTVS.

f. Ceteri, qui teſtatoris juri ſubditi non ſunt, extranei hæredes appellantur. Itaque liberi quoque noſtri, qui in poteſtate noſtra non ſunt, hæredes à nobis inſtituti, extranei hæredes nobis videntur. Qua de cauſa & qui hæredes à matre inſtituuntur, eodem nnmero ſunt: quia fœminæ in poteſtate liberos non habent. Servus quoque à domino inſtitutus hæres, & poſt teſtamentum factum ab eo manumiſſus, eodem numero habetur.

COMMENTARIVS.

TRibus propoſitis hæredum ſpeciebus in *princ. tit.* cum perſonæ h. §. enumerata, non ſint neceſſarii, nec item ſui & neceſſarii, relinquitur neceſſario eas eſſe extraneas hæredes. Et ita ſane eſt, ſi extraneitatem, (ut ita loquar) æſtimemus ex eo, quod quis libere adire & repudiare hæreditatem poteſt, idque jure quoque prætorio: nam & emancipati, qui jure prætorio inſtituendi, aut exhæredandi erant, juxta §. *emancipatos. 3. ſupr. de exhared. lib.* ipſo tamen jure prætorio non efficiebantur hæredes, ſed bonorum poſſeſſionem contra tabulas libere omittere poterant, ſi præteriti à patre fuiſſent; Ceteroquin verbum extranei, aut non extranei latius ſumi poteſt. Et ab inteſtato ſi diſputamus, quicunque à Lege ad ſucceſſionem inteſtati vocantur, poſſunt latiore vocabuli acceptione, non extranei dici, quo ſenſu *Caius lib. 2. Inſtit. tit. 3. de exhared. lib. in fin.* eſſe dicit extraneos hæredes, qui nullo propinquitatis gradu teſtatori junguntur. Sed ſane appellationem fateor hanc paulo eſſe abuſivam.

Magis poſſunt dici ij non extranei, hæredes, qui ſunt ex deſcendentibus *l. 1. Cod. de impon. lucr. deſer.* & omnino, qui teſtamento per præteritionem, aut exhæredationem excluſi ius impugnandi teſtamentum, civili, aut prætorio jure habent. Hoc ſenſu emãcipati, qui & exhæredati querelam inofficioſi, & præteriti, jure prætorio bonorum poſſeſſ. contra tabb. habent, non poſſunt dici extranei hæredes omnimodo: ſed nec liberi reſpectu matris, à qua præteriti impugnare per querelam teſtamentum, & imo hodie *poſt N. 115. cap 3.* id dicere poſſunt nullum. Amplius emancipati, qui per *N. 118 cap 1.* ab inteſtato cum ſuis concurrunt, non poſſunt amplius inter extraneos hæredes ſimpliciter referri. Eadem ratione parentes quoque, qui præteriti inofficioſi querelam, & hodie ex *d. N. 115. cap. 4.* jus dicendi nullum habent, non poſſunt ſimpliciter extranei hæredes liberorum videri. Quin porro conſtitutio Theodoſii jam ante Juſtinian. in *l. un. Cod. de his, qui ant. ap. tabb.* fuitatis effectum hunc dedit liberis quibuſcunque in ſucceſſione matris etiam, (quo argumento idem recte defenditur in emancipatis) ut ſucceſſionem ſive hæreditatem ignorantes quoque, adeo nec agnitam ad poſteritatem ſuam, liberos tranſmittant; quæ res facit; ut non

quod tria tempora inſpiciuntur, facti teſtamenti, mortis adeundæ hereditatis: primum, ut conſiſtat inſtitutio, ſecundum, ut confirmetur: tertium ut habeat executionem, quod Angelus hic notat. Sed eleganter ut puto dicemus, propterea hoc factum,

2 quod duo illa † tempora inſpiciuntur ſemper, & ſemper invicem ſunt diſtincta, non itidem & illud tertium, ſed tum demum, cum ſub conditione heres eſt ſcriptus. Exiſtimo enim omnino, ubi inſtitutio conditionem non habet, ſed pura eſt, mortis & adeundæ hereditatis tempora non eſſe diſtincta, & ſi pure ſcriptus mortis tempore teſtatoris capax non ſit, quo tempore ſtatim debet adiri hereditas, eum adire non poſſe, licet poſtea efficiatur capax. Sed idem tamen eſt in conditionali inſtitutione, ut dicemus Pag. ſeq. Et illud omnino verum eſt, quod qui non eſt capax tempore mortis, non poſſit ullo modo adquirere hereditatem. Sed ideo tertium tempus adiicitur, quod ſi poſt mortem aliquid ſuperveniat heredi pure inſtituto: ille tum non poſſit adquirere hereditatem: licet aliquanto tempore poſt rurſus fiat capax, quod veriſſimum puto: & adeo adhuc ſufficiunt hic duo tempora inſpecta, nam fruſtra quæritur adquirere poſſit hereditatem qui incapax eſt, & media tempora tantum ſunt inter teſtamentum & mortem, quæ non nocent, & inter teſtamentum vel etiam mortem, & conditionatam inſtitutionem. Ubi enim pure inſtitutus tempore mortis eſt aut poſt ſit incapax, nihil amplius exſpectamus. Hinc in ſumma videatur inſubtiliter illud de tertio tempore adiici, ſive pura ſit inſtitutio ſive conditionalis, ſed ſcilicet inſpicitur tempus exiſtentis conditionis inſuper. Et huc facit, quod mox dum media tempora nocere negat Juſtin. ait, non nocere media tempora inter factum teſtamentum & mortem teſtatoris, item inter mortem teſtatoris, conditionemque inſtitutionis exiſtentem: cereroquin dixiſſet & dicere debuiſſet ſimpliciter non nocere tempora inter mortem teſtatoris & aditionem. Facit, quod tempus aditionis conjungitur cum tempore mortis. Et quamvis dici poſſit hoc non eſſe veritatis, ſed victionis, ne umquam teſtator ſine herede fuiſſe videatur, & in rei veritate iſta tempora eſſe diſtincta, attamen nulla ratio ſuadet, imo ratio non permittit, ut hæc tempora quo ad hunc effectum diſtinguamus, cum nulla juris ratio impediat, quo minus recta & ſtatim fiat aditio, ſed tantum ad deliberandum ſpatiũ dari ſoleat, quod ſecus eſt, ubi inſtitutio habet conditionem. Facit, quod ſi in caſu inſtitutionis puræ, diſtinguamus tempus mortis & aditionis, ſequeretur in caſu inſtitutionis conditionalis inſpiciendum eſſe tempus conditionis exiſtentis & aditionis, & ita quatuor tempora, quia exiſtens conditio purificat inſtitutionem. Illud autem nuſquam traditum eſt, ſed omnino ubi conditionalis inſtitutio eſt, ſpectatur tempus teſtamenti, mortis, & exiſtentis conditionis, per hunc ipſum textum Nec quidquã obſtat *l. verum § 8. de manum. teſtam.* ubi favore libertatis, ſufficit ſervum rurſus factum hereditarium, ante aditam hereditatem, licet adhuc eſſet alienus, cum teſtator moreretur.

Ait autem Juſtinianus in pr. huius §. in extraneis iſta duo ſive tria tempora ſpectari. Et quid igitur

3 † in ſuis? Et conſtat, utique in his non poſſe diſtingui tempus mortis & adquiſitæ hereditatis, quoniam illo ipſo puncto quo pater moritur, exiſtunt heredes etiam ignorantis. Verum juxta ea quæ diximus, non erit hactenus differentia inter ſuos & extraneos: Præterquam quod ſui & quidem filii non poſſunt ſcribi heredes ſub conditione caſuali, ut tractavimus *ſup. de hered. inſt.* utique autem debent eſſe & hi capaces tempore inſtitutionis & mortis, quin hæc in ſuis eſſe videtur inepta quæſtio, cum non poſſit eſſe filius civis Romani, qui non idem ſit capax. Illud quæri poteſt, an neceſſe ſit, ut utroque tempore ſint ſui. Quod videtur affirmandum, eo argumento, quod poſtumus is dicitur recte inſtituri, qui ſi tempore teſtamenti facti naſceretur, inter ſuos futurus eſſet teſtatori. Sed ut ita ſit in poſtumo ſuo, cuius inſtitutio favorabiliter admiſſa eſt; ceteroquin contrarium verius eſſe ex eo manifeſtum eſt, quod ſupra diximus ad §. 1. *quib. mod. teſt. infirm.* ſi quis inſtituerit extraneum, & poſt teſtamentum eum in filium arroget, teſtamentum non rumpi, cum ſe reperiat inſtitutum: hic enim tempore mortis demum ſuus eſt, neque hoc ad capacitatem heredis, ſed tantum ad qualitatem pertinet. Et notant Interpp. in ſuis jus ſatis liquidum eſſe, proinde nihil neceſſarium fuiſſe, in ſpecie de illis admonere. Ab inteſtato porro ſpectatur tempus mortis: niſi teſtamentum factum aliquanto tempore poſt deſtitutum & ad nihilum redactum ſit tum enim ſpectatur hoc ipſum tempus deſtituti teſtamenti, juxta §. *cum autem 7. infra de hered. ab inteſt.* Sed redeundum nobis eſt ad ſuperius de temporibus quę inſpiciantur in extraneis heredibus, ſive pura ſit

institutio, sive conditionalis , res enim non satis est extricata, De institutione pura repeto quod ante dixi , & omnino contendo , necessum esse, ut duobus temporibus sit capax heres , testamenti facti & mortis testatoris , quo si incapax sit frustra quæri de tempore adeundæ hereditatis:& proinde insubtiliter hoc tertiũ tempus addi *h.*§.*& m l. 49. de hered. instit.* De institutione conditionali duo quæruntur. Et primum an in hac quoque necessum sit , ut sit habilis & capax heres , eo tempore quo decedit testator. Video hoc negari quidem à Joh. Fabro hic , qui putat tantum facere quantum ad hoc propositum, ut Fab. loquitur, in conditionali institutione , tempus conditionis existentis , quantum in institutione pura tempus mortis, & ait hoc probari per *d. l.* 49. §. 1. *de hered. inst. & hunc* §. *vers. medio* ibi , *vel conditionem institutionis*: confirmat & inde , quod alias sequeretur quatuor tempora esse inspicienda in conditionali institutione , testamenti facti , mortis, existentis conditionis , & adeundæ hereditatis. Verum hæc sententia mihi rationi & veritati juris nostri congruere non videtur. 1. Quia Justin. *h.* §. *& ICtus in d. l.* 49 simpliciter in heredibus extraneis tempus & illud inspiciendum censent , quo testator mortuus est : & cum mox de institutione conditionali subiiciant , nec diversum obtinere scribant, satis hoc ipso comprobatur , in hac quoque institutione oportere inspici tempus mortis. 2. Facit quod tempus hoc quo testator moritur, principale tempus est quo confirmari testamentum constat, & longe magis attendendum , quam tempus testamenti facti, quod pendet ab arbitrio mero testatoris. 3. Præcipue moveor , quod juxta notissimam regulam juris, tempus aditæ hereditatis cum tempore mortis conjungitur: ideoque oportet extrema esse habilia Et 4. pertinet eodem, quod non alia ratio facit utilem institutionem conditionalem, ut scripsimus *ad* §. *heres* 11. *sup. de hered. instit.* quam quod conditio quandocunque existens retrotrahitur ad tempus mortis: quod fieri non posset. si heres tempore mortis incapax fuisset. Nec obstant quæ Faber pro se adducit : neque animadverto quomodo aut ex §. nostro , aut ex *l.* 49. *de hered. inst.* confirmetur eius opinio , quin imo verba textus , *sive pure sive sub conditione facta sit institutio*, possunt recte & ad illud trahi , quod inspiciatur tempus mortis. Neque erunt quatuor tempora, si tempus existentis conditionis cum tempore mortis conjunximus. Illud enim utique apparet, oportere tempore existentis conditionis habilem & capacem esse, quia tum de adquirenda hereditate agitur.

Medio autem tempore.] Est *in l. sed si* 6. §. 2. *l.* 49. §. 1. *de her. inst.* In institutione pura duo tantum sunt extrema, testamenti facti mortis , & ut diximus, si mortis tempore sit incapax heres , non potest tum ullo modo post adquirere hereditatem. Si tum capax est , & post incapax fiat , non poterit itidem fieri heres , quia nullum supersit aliud extremum , quod inspiciamus , & hactenus temporis hereditatis adeundę tamquam tertii aliqua consideratio haberi potest , sed hactenus diversa ratio est institutionis conditionalis , quæ facit extremum tertium , ita ut si sub conditione scriptus heres tempore mortis capax sit , & pendente conditione incapax factus , rursus existente conditione capax reperiatur , recte adire hereditatem poterit, idque facit ratio ipsa quam supra adduximus , quod conjungatur tempus conditionis existentis cum tempore mortis , atque hoc efficitur *ex d. l.* § *alienum* 49. *de her. inst. & ex hoc vers.* ubi Justinianus ait , medio tempore inter factum testamentum , mortem , & conditionem existentem , heredi mutationem juris non nocere, quibus verbis , eum subjiciat , tria tempora inspici, satis indicat non satis subtiliter , supra inter tria tempora referri adeundæ hereditatis tempus, siquidem alias numerabuntur quatuor tempora, quoniam hoc loco tertium tempus , facit tempus conditionis existentis, existentia enim hæc conditionis purificat tantum institutionem , non autem ipso jure facit heredem extraneum , sed adhuc opus est hereditatis aditione , aut dicendum erit, propter fictionem retrotractionis , pro eodem haberi à Justiniano tempus existentis conditionis & mortis testatoris. Quod diximus non nocere heredi , si inter mortem & pendentem conditionem incapax fuerit , modo si tempore mortis fuerit capax & existentis conditionis , obstare ei videtur *l. sub conditione.* 20. *de lib. & post.* ubi filius qui sub conditione institutus est , si se dederit adrogandum pendente conditione , negatur heres necessarius futurus patri. Resp. 1. ibi non agi simpliciter de herede , sed necessario herede, & qui arrogandum se dat , non ex eo fit incapax, sed ut quis fiat necessarius heres oportet qualitatem illam semper durare Fiet igitur heres ibi quidem filius, sed non fiet necessarius heres. Deinde respondeo , filium non posse instituui nisi sub conditione potestiva , quæ cum sit in ipsius arbitrio, non potest ita suspendere effectum rei , ut casua-

lis. Fru-

Digitized by Google

lis. Fruſtra autem hic objicitur regula Catoniana: Quod ab initio vitioſum eſt, poſtea minime convaleſcere, nam inſtitutionem initio & ſcilicet tempore teſtamenti facti validam & rectam proponimus, media autem tempora non nocere jure 4 proviſum eſt. Unus hic ſcrupulus † ſupereſt: Ait Juſtin. in pr. quod ſpectentur iſta tempora, ſive de heredibus inſtitutis ipſis, ſive his qui in poteſtate eorum ſunt quæramus, ut nimirum ſi inſtitutus ſit ſervus, qui ipſe incapax eſt, dominium, ex cuius perſona inſtitutio certo jure vires capit, iſtis temporibus oporteat eſſe capacem. Cui objicitur *l. ſi ſervus* 82 *de adq. hered.* ubi dominus ſervi inſtituti proponitur incapax, & reſpondetur tamen, dominium novum alienati poſt ſervi, vel ſervum ipſum manumiſſum admiſti ad hereditatem Reſponſio duplex eſt, 1. Quod ubi ſervus inſtituatur, domini perſona inſpiciatur, ſed nihilominus etiam perſona ſervi, quem teſtator cogitavit ipſum ad libertatem & ad hereditatem pervenire, aut per eum alium dominum fieri poſſe heredem, ut latius diximus *ſup. de hered. inſtitut.* & in Inſtit. multa generaliustantum, nec ita accurate traduntur.

Altera eſt, ex inſcriptione *d. l.* 82. deſumpta, quæ eſt *ad L. Iuliam. Papiam*: ex qua cives Romani aliqui, (ex teſtamentis præſertim certarum perſonarum,) veluti, orbi, cælibes, non poterant capere. Itaque intereſt, an quis omnino ſit incapax hereditatis, veluti deportatus, an non omnimodo, & qui facile capax poſſit fieri. Illius (nam & deportatus ſervum poſt adquiſitum poteſt habere *l. ſi deportatus 7. de legat. 3.*) ſervus fruſtra inſtituitur: huius autem recte: Quæ reſponſio confirmatur ex iſta *d. leg.* 82. *de adquirend. hered.* quæ etiam agit de domino, qui poteſt capere partem, quam ſimpliciter incapax, veluti qui civis Romanus non eſt, capere nequit. Sed de his plus ſatis.

5 *Teſtamenti autem † factionem.*] Factionem teſtamenti Interpp. ex hoc loco duplicem faciunt, activam & paſſivam. Sed inſubtiliter ſane dicitur paſſiva factio, cum factio, ſignificer actionem. Et quamvis ita quoque loquatur JCtus *in l. ſi vivus f. 16. in pr. & 16. §. 1. de teſtam.* ut habere dicat teſtamenti factionem, eos qui heredes inſtitui & ex teſtamento adquirere poſſunt, fatendum tamen eſt id dici pingui Minerva: & rectius, quod cum iis ſit teſtamenti factio, quod jam ſupra notavimus ad §. *teſtes de teſtam. ord.* Hunc modum loquendi XII. Tabb. manaſſe putat Hottoman. hic.

Et mutus.] Deſumptum hoc eſt ex *d. l. 16. de teſtam.* ſed parvum caute poſt *l. diſcretis 10. C. qui teſt. fac. poſſ.* ubi Juſtin. mutis qui ſcribere poſſunt, ſimpliciter permiſit teſtamenti factionem quam vocant, activam.

Et poſthumus.] De hoc ridicule dubitetur, an teſtamentum facere poſſit, nec tamen propterea hæc expungenda, aut in d. l. 16. pro *poſthumus* legendum eſt *mutus*, ut vult Hottoman. hic, cum & Theophilus verbum poſthumi retinuerit. An autem & qui poſſint poſthumi inſtitui, dicemus *infra ad §. poſtumo 26. de legat.*

Vel alij.] Hæc ad ſervum alienum pertinent. Porro quod furioſum attinet, uno tantum caſu cum eo teſtamenti factionem eſſe, & ſcilicet ſibi eum ex teſtamento adquirere poſſe ſcribit Theoph. ſi à patre ſit inſtitutus: Ceteroquin ab alio ſcriptum, interim dum reſipiat, nec ſibi nec alii eum poſſe adquirere hæreditatem, utpote quam adire non poſſit, cum ad hoc animus requiratur, poteſt autem curator eius nomine agnoſcere bonorum poſſeſſionem *l. ultim. §. ſi autem 3. C. de curat. fur. l. 3. de bon. poſſ. fur. &c.*

TEXTVS.

Extraneis autem heredibus deliberandi poteſtas eſt, de adeunda hereditate, vel non adeunda. Sed ſive is cui abſtinendi poteſtas eſt, immiſcuerit ſe bonis hereditatis: ſive extraneus cui de adeunda hereditate deliberare licet, adierit: poſtea relinquendæ hereditatis non habet facultatem, niſi minor ſit XXV. annis, nam huius ætatis hominibus, ſicut in ceteris omnibus cauſis, deceptis, ita & ſi temere damnoſam hereditatem ſuſceperint, prætor ſuccurrit. Sciendum eſt tamen D. Hadrianum etiam maiori viginti quinque annis veniam dediſſe, cum poſt aditam hereditatem grande æs alienum, quod aditæ hereditatis tempore latebat, emerſiſſet. Sed hoc quidem D. Hadrianus cuidam ſpeciali beneficio præſtitit. Divus autem Gordianus tantummodo militibus hoc conceſſit, ſed noſtra benevolentia commune

Digitized by Google

omnibus ſubiectis imperio noſtro, hoc beneficium præſtitit, & conſtitutionem tam æquiſſimam quam nobiliſſimam ſcripſit, cuius tenorem ſi obſervaverint homines, licet eis adire hereditatem, & in tantum teneri, quantum valere contingit bona hereditatis, ut ex hac cauſa neque deliberationis auxilium ſit eis neceſſarium, niſi omiſſa obſervatione noſtrę conſtitutionis, & deliberandum exiſtimaverint, & ſeſe veteri gravamini aditionis ſupponere maluerint.

COMMENTARIVS.

HEres adita hereditate defunctum repræſentat, & in omne eius jus ſuccedit, itaque pariter ut defunctus obligatur & tenetur, quo ad eas nimirum obligationes, quæ ex contractibus & conventionibus deſcendunt: nam ut ſupra diximus, delicta penitus cohærent perſonæ defuncti, nec quoad delicta ulla eſt repræſentatio, unde efficitur, ut actiones ex delicto in heredem dari non poſſint, de quo forte inferius lib. 4 commoda erit agendi occaſio. Obligationes ex conventionibus deſcendunt omnes in heredem regulariter, itaque ex his, ut ipſe defunctus in ſolidum tenetur licet bona hereditaria ad ſolvendum minime ſufficiant, quoniam poſt aditam hereditatem confuſis omnibus bonis jam non ut defuncti, ſed ut heredis bona conſiderantur (quod an fallat in teſtamento militis per *l. in teſtamento* 12. *C. de teſtam. milit. v. infr. ad pr. tit. de L. Falcid.*) Idque in actionibus hereditariis, quæ ex contractu defuncti veniunt, & quibus ipſe defunctus tenebatur. Secus in legatis, licet enim ſimpliciter adita fuerit hereditas, ſalva manet heredi Falcidia. Rationem poſt alios reddit Porcius hic, quod ex contractibus obligatus fuerit defunctus creditoribus, ſed non legatariis. Verum hæc ratio bona eſt, ad probandum, quod heres in ſolidum teneatur hereditariis creditoribus: ſed quod non teneatur eodem modo legatariis, non ſatis probat: & (ut Jaſon ibid. in additionib.) poſſit quis inde efficere, quod nullo modo legatariis heres teneatur. Et poſſim alia ratione efficere, quod legatariis in ſolidum obſtrictus ſit: quia non minus obligationem & actionem producunt quaſi contractus, quam veri contractus: legatariis autem heres obligatur ex quaſi contractu, & per aditionem hereditatis, ad ſatisfaciendum defuncti voluntati: Et eam ſane rationem juris veteris fuiſſe puto, ſed Lex Falcidia, quæ creditoribus citra iniuriam jus ſuum auferre non potuit, nullum putavit ſe iniuriam facere legatariis, qui alias quoque certarent de lucro captando, ſi permitteret heredi, ex legatis detrahere quartam, ut omnino hereditatis quartam partem haberet. Hodie ſi heres non confecerit inventarium, legatariis quoque in ſolidum tenetur *l. ult. C. de iur. delib.* quia Juſtin. Lex præſumit, hereditatem etiam hactenus fuiſſe ſolvendo, & heredem dolo egiſſe, & aliqua ſubtraxiſſe. Sed fere hæc obiter. Cum igitur jus ita eſſet, heredes ne cum periculo oneribus implicarentur, ſolebant à prætore tempus petere deliberandi, ut exploratis prius hereditatis viribus, conſtituerent, an adire an repudiare hereditatem expediret. Atque hoc eſt beneficium juris veteris, cuius in pr. meminit Juſtin. Ante enim deliberandum erat, quam adiretur hereditas: quippe quam ſemel aditam, & generalius ut loquar, adquiſitam ſive per immiſtionem à ſuo, ſive ab extraneo herede per aditionem amplius repudiare non licebat: *l. ſicut* 4. *C. de repud. her. & h.* §. niſi ut Juſtinian. ſubiicit, beneficio ætatis, & implorato officio prætoris, qui cognita cauſa minores læſos in integrum reſtituebat: *l. ait* 7. §. *ſed etſi* 5. *de minorib.* de qua materia hic agendi locus non eſt Juſtinianus novum beneficium introduxit, quod appellatur inventarii, ut heres in ſolemni inventario deſcribi curet defuncti omnia bona: quo facto ultra vires hereditatis non tenetur nec creditorib. Porro formam & modum conficiendi, & quæcunque huc pertinent, prolixe referuntur & deſcribuntur *in l. ult. C. de iur. delib.* unde iſta peti poſſunt. Habet iſtud remedium, hoc incommodum, quod ita vires patrimonii, quas latere ſæpe intereſt, publicari neceſſum eſt, qua de cauſa ipſe Juſtin. refert *in d. l. ult.* aliquos ſupplicaſſe, ut ſibi veteri beneficio & jure deliberandi liceret uti: quod admiſit Juſtin. & quod heres omiſſo beneficio inventarii implorare vetus beneficium poſſit, in extremo huius §. oſtendit Juſtin. Hæc ſumma eſt huius §. quædam eius verba percurramus breviter. Ait:

Extraneis heredibus.] Et mox: *extraneus, cui de adeunda hereditate deliberare licet.* Et an igitur ſui non habent & habuerunt deliberandi beneficium? Nimirum in extraneis apetiora hæc ſunt: & inſuper jus deliberandi ex jure civili, quo ſunt neceſſarii, nullum competere poteſt heredibus ſuis: cetero quin jure prætorio eſſet abſurdum negare iſtud bene-

beneficium, ſuis quoque, poſtquam hoc jure abſtinere poſſunt ab hereditate, & igitur ſicut extranei deliberant, an hereditatem adire velint, vel repudiare: ita ſui deliberat, an ſe immiſcere velint an abſtinere. *l. ait 7. cum h. ſeqq. de jur. delib.*

Immiſcuerit ſe.] Hoc ita in puberibus aut majoribus juris eſt, ut ſi immiſcuerint ſe, hi plane nō poſſint, illi demum impetrato à prætore reſtitutionis beneficio poſſint abſtinere. Nam impuberibus ſpeciatim hoc dedit prætor: ut poſſint etiam poſt immixtionem abſtinere. *l. impuberibus 1. & l. neceſſarium 57. de adq. hered*

Ceteris omnibus cauſis.] Paulo laxius loquitur Imp. *in omnib.* ſunt enim exceptiones, & aliqui caſus in quibus minori denegatur reſtitutio, ut ſi ſe paſſus fuerit venundari, ſi juraverit ſi deliquerit, & alii qui in materia reſtitui notantur.

Deceptis] Latius hoc verbum hic ſumitur: conſtat enim non ſolum eos qui dolo inducti ſed etiam qui alias facilitate lapſi ſunt, & omnino, ut alibi legimus, lapſis & circumſcriptis minoribus per prætorem ſuccurri, & ita hic quoque dicitur minoribus ſuccurri, ſi *TEMERE* adierint hereditatem damnoſam.

Cum poſt aditam.] Hic enim ſingularis caſus eſt, & prætor quoque Edicto ſuo De majoribus, ſubjecit generalem clauſulam: *Si qua mihi juſta cauſa* videbitur.

Poſtea militibus tantum.] An igitur ſublatum fuit jus Hadriani? Ego ſic accipio, quod Gordianus hoc dederit militibus in univerſum, & generali quadam ſanctione, ut hereditatem repudiare poſſent, etiam ſemel aditam ob æs alienum latens, quod poſt emerſit, hoc autem non eſt conceſſum paganis, quo minus autem aliquo caſu emergenti, potuit magiſtratus aditus cauſa cognita hoc indulgere, Gordianus haud abrogavit, nec cum ratione abrogare potuit.

TEXTVS.

Item extraneus heres teſtamento inſtitutus, aut ab inteſtato ad legitimam hereditatem vocatus, poteſt, aut pro herede gerendo, aut etiam nuda voluntate ſuſcipiendæ hereditatis heres fieri. Pro herede autem gerere quis videtur, ſi utatur rebus hereditariis tanquam hæres, vel vendendo res hereditarias, vel prædia colendo locandove, & quoquo modo voluntatem ſuam declaret, vel re vel verbo, de adeunda hereditate: dummodo ſciat eum in cuius bonis pro herede gerit, teſtatum inteſtatumve obiiſſe: & ſe ei heredem eſſe. Pro herede enim gerere eſt, gerere pro domino: veteres enim heredes pro dominis appellabant. Sicut autem extraneus ſit heres nuda voluntate: deſtinatione contraria ſtatim repellitur ab hereditate. Eum qui ſurdus vel mutus natus, vel poſtea factus eſt, nihil prohibet pro herede gerere, & adquirere ſibi hereditatem, ſi tamen intelligit, quid agit.

COMMENTARIVS.

1 *Duplex modus adquirendi hereditatem.*
2 *Quid ſit, pro herede gerere.*
3 *An nuda deſtinatione quis fiat heres.*
4 *Heres pro domino.*
5 *Aditio ſolennis per cretionem.*

HIc jam tractat de proximis modis & cauſis adquirendi hereditatem; & quidem in perſona extranei heredis, ſui enim ipſo jure exiſtunt, & non adquirunt hereditatem, ſed ex jure prætorio, quia abſtinendi jus habent, immiſcere ſe dicuntur hereditati, non eam adire, ſed retinere *l. ait. 7. de jur. de lib. l. ſi patronus 12. §. ult. de bon. libert* ſicut eadē de cauſa, non repudiare hereditatem, ſed ea abſtinere dicuntur *l. impub. 11. l. cum 87. de adquir. hered.*

1 Ut de extraneis heredibus agamus, adquirunt hi hereditatem animo & declaratione voluntatis, quæ ſcil. declaratur, ſit vel verbis vel factis: hæc quæ factis fit, dicitur in ſpecie, geſtio pro herede, gerere enim aliquid facere ſignificat. Declaratio quæ fit verbis, ſolet in ſpecie aditio dici: licet dubio procul adire hereditatem, in genere ſignificet adquirere hereditatem, & proinde etiam geſtionem pro herede comprehendat. Et hæc diſtinctio probatur ex *l. pro herede 20. h. t.* ubi dicitur, eum pro he-
2 rede gerere, † qui aliquid facit quaſi heres Nec contradicit, quod JCtus ibidem mox addit, pro herede gerere non tam eſſe facti quam animi: quia ſignificat ipſum factum per ſe, nō obligare hereditati, ſed ſi ſit factum animo heredis: poteſt enim idem

idem ab alio fieri animo negotiorum geſtoris. Probatur itidem *ex h. §. in pr.* ubi diſtinguit Juſtinian. quod quis aut pro herede gerendo, aut nuda voluntate poſſit heres fieri. Ubi tamen Juſtinian. ſibi ſtatim contradicere videtur, dum pro herede gerere aiteum, qui quoquo modo vel re vel verbo voluntatem de hereditate adquirenda declaret. Itaque *verſ. & quoquo.* eſt accipiendus pro ſeparata oratione, ut ſciamus Juſtin. repetere, quod ante dixit, adquiri hereditatem aut pro herede gerendo, (quomodo hereditas acquiritur per declarationem voluntatis RE & facto) aut nuda voluntate: (quomodo adquiritur per declarationem voluntatis VERBO) & ſic erit locutio defectiva, & quæ referatur ad ſuperius, quod his duobus modis heres quis fieri poſſit. Aut erit fatendum, quod Juſtinian. primo, *pro herede gerere*, accipiat in ſpecie, poſtea latius & in genere, ut etiam eam adquiſitionem, quæ fit verbis, comprehendat, quomodo ſane *pro herede gerere*, uſurpatur *in l. ſi filius* 11. *de interrog. in jur. fac.* ut gerere pro herede, perinde ibi ſit, ac ſe gerere pro herede. His præmiſſis §. noſtri verba videamus. Ait Juſtin.

Item extraneus.] Cur extranei heredis mentionem faciat, jam ad pr. explicavimus.

Ad legitimam hereditatem.] Legitima hereditas alias in ſpecie ſignificat eam quæ ab inteſtato defertur *l. 1. l. Legitimam* 8. *de petition. hered. l. is qui* 13. *in pr. de adquir. hered.* laxiori ſignificatu comprehendit etiam hereditatem teſtamentariam *l. lege* 120. *de verb. ſignif.* & omnino civilem hereditatem: ut videtur ſumi hoc loco: nam de hereditate prætoria, quæ in ſpecie poſſeſſio bonorum dicitur *infra lib. 2. tit. 10.* agitur: & hæc olim adquirebatur non nuda verborum declaratione, aut etiam pro herede gerendo, ſed adito prætore opus erat & decreto, quod poſt mutatum eſt *l. ult. C. qui adm. ad bon. poſſ.* de quo *d. tit. 10.*

Aut etiam nuda voluntate.] In ſpecie hanc additionem vocari † diximus. Intelligimus autem voluntatem declaratam verbis: ceteroquin conſtat, ut dicitur vulgo, propoſitum in mente retentum nihil operari: Ait tamen *in lib. 3. de interrogat. in jur. fac.* gloſſ. quod adquiſitio hereditatis conſiſtat in occulta voluntate. Et Angel hic ait, ex nuda quoque deſtinatione quem fieri heredem in foro conſcientiæ, ſed non in foro contentioſo: quoniã ſi poſtea neget ille, qui ita nudo animo deſtinaverit, non poſſit probari contra eum quod ſit heres, quod & Faber probat: itaque hic nulla in ipſis rebus diſcrepantia eſt.

Pro herede gerere.] Diximus pro herede gerere, eſſe, aliquid facere animo heredis: poteſt enim & facere animo negotia gerendi: itemque animo pietatis, aut pro ſuo: quo probato geſtio non facit heredem, *l. pro herede* 20 *in pr. & §. 1. de adquir. hered.* ubi utile eſſe docet JCtus, ut quis proteſtetur, ſe non facere animo heredis: maxime ſi ſint facta talia, quæ natura ſua tendunt ad hereditatis additionem, ut pluribus Porcius hic explicat. Objicitur autem hic *l. gerit.* 88. *de adquir. hered.* ubi dicitur eum gerere pro herede, qui animo agnoſcat ſucceſſionem, licet nihil hereditarii attingat. Reſpondeo, quod aliquando pinguius accipiatur, *pro herede gerere*, veluti colere fundum, vendere res hereditarias: aliquando paulo ſubtilius: itemque quod attingere aliquid hereditarium eodem modo accipiatur aliquando latius, aliquando ſtrictius, quemadmodum *in d. l.* 88. negatur attingere aliquid hereditarium, qui retinet domum pignori datam ut hereditariam, aut poſſidet rem aliquã hereditariam: qui tamen verbis latius acceptis revera attingere dicitur, & recte aliquid hereditarium: ſiquidem hæc utique ſunt facti nec conſiſtũt in declaratione nudæ voluntatis, cum citra verba ulla perficiantur.

Dummodo ſciat.] Eum qui vult adire hereditatem, certum de jure ſuo eſſe oportet: Et inprimis ut ſciat nec dubitet, eum de cujus hereditate agitur, deceſſiſſe, quoniam viventis nulla eſt hereditas. *l. is qui* 13. §. 1. *de adquir. her.* eadem enim repudiandi & adquirendi ratio eſt. *lib. qui hered.* 19. *lib. nemin.* 27. *lib. hæres.* 32. *lib. qui ſuperſtitis* 94. *eod. tit.* & quidem ut ſciat, teſtatus ne an inteſtatus deceſſerit *h. text. & l ſi is* 22. *de adq. her.* Proximum eſt ut ſciat & credat defunctum poſſe habere heredem *l. heres.* 32. §. *ult. cum l. ſeq. de adq. her.* Tertium, ut ſciat ſe heredem eſſe *h. textu*, & quidem an pure an ſub conditione ſcriptus ſit, pertext. *in d. l.* 13. *§ pr. & d. lib.* 32. §. 1. *de adq. hered.*

Eſt pro domino gerere.] Hinc recte quis ita inſtituitur *hereditatis meæ dominus eſto l. his verbis* 42. *de hered. inſt.* & pro domino adminiſtrare eſt pro herede adminiſtrare *d. l. ſi is* 22. *in fin. de adq. hered.* quam notationem, & quod heres dicatur ab hero, probant *Weſemb. & Cujac. hic & idem §. obſ.* 10 Sed *Vig. Hott.* hic objiciũt, quod repugnet ratio & quãtitas ſyllabæ prioris, quæ *rũ heres* producitur, in *herus* corripitur: & proinde magis putant dici ab hærendo, ut hæres dicatur, quaſi *hærens*. Et tamen magis obtinuit ſcribi *heres* ſine diphthongo quomodo & in Florent. Et Feſtus quoque heredem antiquis

pro

pro domino dictum ait, quo ſenſu *Plautus in Menechm. act. 3. ſc. 2.*

——*abſtuli*
Hanc (palam) *cuius heres numquam erit poſt hunc diem.*

Et non omnino diverſo ſignificatu in *Bacchidib. act. 4. ſc. 8.* exheredem aliquem facere vitæ. Et docet *Gellius 12. cap. 3.* mutari aliquando in derivatis quãtitatem ſyllabæ: tam à legendo, ſtruendo, tuendo, lectorem, ſtructorem & tutorem dici, ſed ſane in prioribus illis duobus productionem facit adjecta litera: in poſteriori videtur eſſe ratio ſpecialis, quod videatur intervenire quædam quaſi contractio, ut ſicut tuitus, tutus, ita tuitur, tutor, quòd facit ſyllabam longam, quæ ratio non procedit in hero & herede. *Iſidorus orig. lib. 5. cap. 25. in pr. & lib. 2. cap. 5. pr.* magis ab *are* deducit. Plane autem improbabile eſt, quod Mynſ. vult deducere à verbo *Erciſcere.*

Nuda voluntate.] Excidit ſupra monere, additionem hereditatis † & declarationem voluntatis per verba, fuiſſe vel ſimplicem, ſi quis dixerit ſe heredem eſſe velle, vel ſolennem ſub certa formula verborum, & nimirum per Cretionem, de qua eſt inſignis locus apud Ulpianum *tit. 22. de hered. inſtit. §. Cretio 23. cum ſeqq. de hered. inſtit.* ubi docet, inſtitutionem fuiſſe vel ſimplicem vel cum cretione: & hac vel vulgari vel continua. Inſtitui enim dicebatur heres cum cretione, cum ipſe teſtator, ſpatium intra quod hereditas adeunda eſſet, (conceſſa interim facultate deliberandi) præſcribebat: & vel ita *Titius heres eſto, & hereditatem intra proximos dies centum cernito:* vel adjectis verbis: *intra dies, quibus ſcieret poteritq.*: illa cretio dicebatur continua, hæc vulgaris, ut d loco ait Ulp. quamvis malim pene, ut dicatur & legatur, utilis, ad exemplum temporis utilis & continui, hinc enim & iſtas duas ſpecies diſtinguit *Ulp. d. tit. 22 §. ei qui 28* Et heredi ita inſtituto ad eundem modum hereditas adeunda erat, *hereditatem adeoque.* Ex quibus apparet abuſive eo loco ab Ulp. cretionem dici certum dierum ſpatium. Et alio igitur ſenſu cernere hereditatem accipit *Nonius cap. 4. cernere*, inquit, *hereditatem filij patribus, id eſt, cedere, dicti ſunt.* Scribit autem *Iſidor. 5. orig. 24.* cretionem eſſe appellatam quaſi *decretionem:* quod heres ita decerneret ſe velle eſſe heredem Aliter videtur ſenſiſſe *Varro 5. de ling. Lat. ſub fin.* & (locus enim corruptus eſt) ut *cerno* ſignificet *video*, & quod in formula inſtitutionis per cretionem, verbum *cernito* ſignificet, facito ut te videant eſſe heredem: ſed pro priore eſt idem Varro lib. 6. Heres, inquit, cum conſtituit ſe heredem eſſe, dicitur cernere & *Scal. ad d. locum* ex lib. 5. *cerno*, deducit à κρίνω Cretionum ſolemnitatem tollit *l. cretionem 17. C. de iur. delib.* Hodie ſimpliciter aditur hereditas, & quidem pure, non ſub conditione *lib. 77. de reg. iur. l. cum qui 51. in fin. de adq. her.*

Ita contraria deſtinatione.] Dum ſcil. declarat, ſe heredem eſſe nolle. Id hodie ſimpliciter procedit, olim fallebat in inſtitutione facta ſub cretione: hic enim ante lapſa tempora cretionis fruſtra repudiabat heres, ut docet *Ulp. d. tit 22. de hered. inſtit. §. fine cretione 25. cum §. ſeq.* Ita autem amplius res ſe habet in herede extraneo, de quo nominatim hic §. loquitur, ſuus autem nec ſi abſtinuiſſet protinus & omnimodo excluſus erat: ut docet *L. ſi quis 8. de lib.* quod ſuis etiam poſt abſtentionem detur ſpatium ad deliberandum, ſi modo res adhuc integra ſit, & bona nec dum venierint, quod amplius diſtinguitur *in l. ult. C. de repud. hered.*

Eum qui ſurdus vel mutus.] Modus vel adquirendi hereditatem per geſtionem pro hærede ex ſe arbitrarius, in quibuſdam neceſſarius, qui nimirum nequeunt verbis declarare voluntatem ſuam, veluti muti, de quibus hic agitur: nam & qui ſurdi nati ſunt, loqui non poſſunt; poſſunt autem utiq;, qui poſtea ſunt ſurdi facti, de quib. ſi accipias hunc quoque §. parum feceris ſubtilem Juſtinianum; cum hic utique etiam verbis adquirere hereditatem poſſit. Sed & mutum, ſurdum diſiunctim accipere oportet in prin. §. nam qui mutus ſurdus ſimul natus eſt, fieri non poteſt, ut intelligat quid agat, quod tamen omnino requiritur id adquirenda hæreditate & hoc ipſo loco deſiderantur. Ergo v. c. mutus aliquid hereditarii faciendo adquiret hæreditatem *h. §. & l. mutum 5 de adq. hared.* quomodo, & ſervus mutus juſſu domini pro hærede gerit *l. pater 93. in f. de adq hær.* Ex eorum quoque numero in quibus neceſſarius eſt, hic modus adquirendi hæreditatem, eſt infans, qui loqui non poteſt, & aliquid hæreditarij gerendo, ſupplendo animum autoritate tutoris, adquirit ſibi hæreditatem, ut eſt in *l. ſervo 65 §. ſi pupillo 5. ad Trebell.* Conſtitutum tamen poſtea eſt à Theod. Sed parum ad rationem juris veteris, ut tutor nomine infantis adire hæreditatem poſſit *l. ſi infanti 18 §. parenti 2. Codic. de iur. delib.*

* *
*

Digitized by Google

AD TITVLVM XX.

LIBRI SECVNDI Institutionum.

DE LEGATIS.

TEXTVS.

Post hæc videamus de legatis. Quid pars iuris extra propositam quidem materiam videtur: nam loquimur de iis iuris figuris, quibus per universitatem res nobis adquiruntur : Sed cum omnino de testamentis, & de heredibus qui in testamento instituuntur , locuti simus: non sine causa sequenti loco potest hæc iuris materia tractari. Legatum itaque est donatio quædam à defuncto relicta, ab hærede præstanda.

COMMENTARIUS.

1 *Legatum partis hæreditatis.*
2 *De definitione legati.*

REddit initio tit. rationem ordinis, sumptam à connexione materiarū, quoniam legata testamento relinquuntur: Ceteroquin videbatur hinc esse aliena tractatio; cum legatum sit titulus adquirendi particularis, pr. quem non universitatem sed res singulas adipiscimur , verbo scil. specialius accepto; ut h tit. & tribus libris Digest. *de leg.* Ceteroquin in genere *legare* etiam *instituere* comprehendit *l. verbis* 120. *de Verb. signific.* Legimus etiam 1 partem bonorum & † hæreditatis legari posse Ulpian: *de legatis* §. *sicut singula* 23. *l. cum ex filio* 39. *in princip. de vulg. substit. l. si quis* 23. *de legat.* 1. Posset dici propter casum singularem non mutari regulam. Sed rectius dicitur, nihilominus & hic esse titulum particularem , nec talem legatarium fieri successorem juris, nec in eum actiones hæreditarias passive, aut active transire : unde & hæredi opponitur *l. nō amplius* 29. *de leg.* 1. & de deductione impensarum quæritur *l. si quis* 8. §. *ultim. de legat.* 2. *cum seq.* & ob id stipulationes partis & pro parte olim interponebantur §. *sed quia* 5. *vers. posit. quod inf. de fideicommiss. hared.* Ita in specie *l. cum filius* 76. §. 1. *de legat.* 2. legatur hæreditas, quæ ad defunctum pervenerat; sed minime ut legatarius eam qua hæreditatem habeat ; sed intelliguntur bona quæ ab alio ad testatorem pervenerunt, & adde quæ de partiario legato notavi *inf. ad* §. *sed quia* 5. *de fideicommiss. hared. sub fin.*

Legatum itaque est.] Jurisconsulti in definitionibus non solent esse scrupulosi. In *l. legatum* 116. *de legat.* 1. *in princ.* dicitur *delibatio hæreditatis.* Ex quo forte 2 non improbabilis notatio † nominis *à legendo*, non qua significat *ἀπὸ τοῦ ἐγκρίνειν*, sed eligere, ut sæpe apud Livium *sorte lecti* , ut si aliquid selectum à cetera hæreditate. Et ita erit communis notatio cum Legatis, quos Varro ait dictos, publice lectos quorum opera consilioque uterentur peregre magistratus, quive nuntii senatus , aut populi essent. Ita *Varr. 4. de ling. Lat.* nimis autem longe petitum est, quod *Ulpian.* 24. *de legat.* inde deducere videtur, quod Legis modo relinquatur. Proprius ad hunc text. definit Modest. in *l. legatum* 36. *de leg.* 2. quod sit donatio testamento relicta. Constat enim legata olim, quippe quæ verbis dabantur, tantum testamento relinqui potuisse, §. *præterea* 10. *inf. de fideicomm. hared.* aut codicillis testamento confirmatis, ex ratione *l.* 2. *de iur. codicill.*

Est tamen ista definitio latior definito , quippe quæ etiam competit fideicommissis , quæ dubio procul poterant etiam testamento relinqui; quod vitium etiam est huius definitionis; quamquam verba adjecta hoc loco , *ab hærede præstanda*, fideicommissis non conveniant simpliciter ; etenim hæc etiam à legatario relinqui possunt. Et multi sunt, qui ista verba inducenda putant , quæ nec Theoph. hic agnoscit: tum quod legatum aliquando præstetur à vivo testatore *l. Lucius* 12. *de legat.* 1. tum quod legatum recte dicitur transire in legatarium , & cum indistincte hodie vindicationem habeat legatarius *leg.* 1. *Codic. comm. de legat.* possit etiam rem vindicare à tertio possessore ; tum denique, quod post exæquationem Justiniani, de qua mox, videatur ab ipso quoque legatario posse legari. Est tamen quod istis reponatur. Nimirum quod satis sit , regulariter præstari legatum ab hærede, & quod insuper in specie *d. l.* 12. legatum non qua legatum , sed qua donatum inter vivos præstetur; tum quod præstatio hæredis non dominii translationem designet , sed possessionis , quæ utique ab hærede petenda est : & hoc ex accidenti est, quod res legata est apud tertium possessorem; quam etiam si aliena sit, heres luere & præstare necesse

ceſſe habet, ſed & verba *ab hærede præſtari*, non ita craſſe accipi debent, quaſi ſemper ſignificent factum hæredis; ſed quod res ab hærede abeat, nec maneat in hæreditate.

Et tamen fatendum eſt, quod res præſtatur ab herede, ad executionem legati pertinere, non ad eius eſſentiam, & proinde non debere ingredi definitionem. Et poſſunt ſufficere cetera; quod legatum ſit donatio à defuncto relicta; & poteſt defendi, quod iſta definitio non competat fideicommiſſo: ſi directo & proxime relictum à defuncto accipimus: fideicommiſſa enim per alium omnino præſtantur, & primo in perſona alterius conſiſtunt & radicantur. An hodie ab legatario quoque legari poſſit dicemus *inf. ad prin. tit. de ſing. rebus per fideicomm. rel.* Particula autem, *quadam* omnino eſt ſupervacua, neque enim huiuſmodi particulis, ſed differentiis propriis genus reſtringendum eſt; quomodo ineptus eſſet, qui hominem diceret eſſe animal quoddam, aut forte Juſtin. id adjecit, ut oſtenderet legatum non eſſe propriam donationē; quippe cum revocari poſſit pro libitu, & ignoranti etiam adſcribatur. Ceteroqui ſane legatum eſt titulus lucrativus, & hoc nomine opponitur hæreditati, quod hæc & onera quoque habet, & aliquādo poteſt eſſe damnoſa. *l. ſi heredis. 32. Mandati l. hæred. 19. de Verb. ſignificat.*

TEXTVS.

2. Sed olim quidem erant quatuor legatorum genera: per vindicationem, per damnationem, ſinendi modo, per præceptionē: & certa quædam verba cuique generi legatorum adſignata erant, per quæ ſingula genera legatorum ſignificabantur. Sed ex conſtitutionib. Divorum Principum, ſolemnitas huiuſmodi verborum penitus ſublata eſt. Noſtra autem cōſtitutio, quam cū magna lucubratione fecimus, defunctorum voluntates validiores eſſe cupientes, & non verbis, ſed voluntatibus eorum faventes, diſpoſuit, ut legatis omnib. una ſit natura, & quibuſcunque verbis aliquid relictum ſit, legatariis liceat id perſequi, non ſolū per actiones perſonales, ſed etiam per in rem, & per hypothecariam. Cuius cōſtitutionis perpenſum modum ex ipſius tenore accipere perfectiſſime, poſſibile eſt.

COMMENTARIVS.

1 *Diſtinctio duplex modorum legandi.*
2 *De exæquatione legatorum.*
3 *De actionibus pro legato.*

DE modis legādi proponitur primo ius vetus, inde recentius & mox noviſſimum, & ſimul de legatorum effectu, & quibus actionibus jus ſuum legatarius perſequatur. Modus diſtinguendi 1 iſtas † quatuor legandi formulas duplex eſt. 1. quod tres priores ſunt communes, poſterior propria hæredi inſtituto, cui cohæredem habenti tantum per præceptionem poteſt legari. 2. quod verba vel diriguntur ad legatarium, ut in formula legandi per vindicationem & præceptionem: vel diriguntur ad hæredem, ut in formula per damnationem & ſinendi modum. Hinc in duobus iſtis legandi modis, ſi quid alternative, aut generaliter legatum eſſet, electio erat hæredis; ſed in prioribus duabus electio erat legatarii. Erat & præcipua ratio differentię in actionibus. Legatum vindicationis petebatur actione in rem, itaque non niſi propria teſtatoris res hoc modo legari poterat. Damnationis legatum, actione perſonali erat petendū; ſicut & quod ſinendi modo erat relictum: ſed illud per præceptionē veniebat iſſ fam. erc. judic. *Theoph. hic l. heredes 25. §. uls. & l. ſeq & fam erc.*

Et certa quædam verba.] Quæ refert *Vlpian. tit. 24. & Caius lib. 2. Inſt. tit. 5. de legatis*, apud quos etiam harum legandi formularum quædam differentiæ habentur.

Sed ex conſtitutionibus.] Hoc eſt ius recentius ex conſtitutionibus Principum ante Juſtinianum, per quas ſublatam penitus ait eam verborum ſolemnitatem Videtur intelligi conſtitutio in *lib. in legatis 21. Codic. de legat.* quæ eſt eiuſdem Imp. qui & inſtitutionibus hærēdum *l. quoniam 15. Cod. de teſtam.* & in petenda bonorum poſſeſſione *l. ultim. Cod. qui admitti*, verborum ſuſtulit ſolemnitatem & obſervationem.

2 *Noſtra autem † conſtitutio.*] Jus noviſſimum Juſtiniani ex *l. 1. Codic. comm. de legat.* qua non tantum verborum ſolemnitatem & differentiam ſuſtulit, ſed etiam effectus diverſitatem: & conſtituit, ut

Digitized by Google

omnium legatorum sit una natura, videlicet ut ex mox *seqq. in hoc* §. apparet, quoad effectum; Ceteroquin, ut quod per vindicationem legatum est, fit legatum per damnationem, per ipsam rerum naturam fieri non potest. Quam amplius, quod pro omnibus legatis tres actiones proponit, civiliter & cum mica salis accipiendum est, positis terminis habilibus, siquidem fieri non potest, ut v. c. ubi res aliena legata est, legatario detur rei vindicatio; quod ipsi notant *Dd. in d. l.* 1. Deinde ita accipienda est ista exæquatio, ut ne præjudicetur voluntati testatoris; siquidem ipse hoc profitetur Justinian. hac ratione se motum, ut voluntates essent defunctorum validiores, & ut non verba eorum spectentur sed voluntates. Hinc puto, recte sentire Dd. in *l. legato* 37. *de legat.* 1. quod si testator verba executiva, ut loquuntur, retulerit ad heredem, quod tum hodieque debeat esse electio legatarii, si quid generaliter vel alternative fuerit legatum, quod post gl. communissime notant Interpp. In ceteris procedet exæquatio; & nominatim, ut etiam res aliena possit legari per vindicationem; ut non verba spectemus, sed voluntatem: ut res detur legatario, quomodo per qualitatem & naturam rei fieri potest.

3 *Actiones personales.*] Actio† ordinaria personalis quæ pro legatis competit, est quæ dicitur ex testamento, de qua agitur *in f.* §. *hæres inf. de oblig. qu. ex contr.* Et in *l.* 1. *Cod. comm. de legat.* utitur Impp. numero singulari, aut potest hic verbum *actiones* ad reliquas quoque duas actiones referri; sed ita legendum esset, *personalem.* Dixerim etiam eo respexisse forte Tribonianum, quod cum actione ex testamento condictio certi concurrit; si modo subtilem ita quis in his verbis credat fuisse Tribonianum. Concurrit autem condictio, ubi res propria fuit testatoris, condictio enim contra dominum datur, sin res legata sit aliena, actio ex testamento sola erit; nam & aliæ actiones, personales: ut, ex deposito commendato non sunt ad dandum, sed simpliciter ad præstandum, vix enim est, ut dicamus legatarium hic agere ad æstimationem.

Sed etiam per in rem.] Si modo, ut diximus, res propria testatoris, & amplius homo, aut alius quod certum corpus sit legatum; neque n. in legato generali vindicatio locum habere potest; Ceteroqui non est dubitandum, quin hæc actio in rem post factam à Justin. exæquationem, competat, etiamsi formula damnationis usus, ad hæredem retulerit verba testator; alias effectus pene nullus esset ibius exæquationis. Igitur si fuerint verba directa ad hæredem competit etiam hodie actio in rem; & quidem ex communi & vera sententia non tantum contra hæredem, sed etiam contra tertium possessorem. Hic enim est effectus dominus, sed quid si ad legatarium fuerint verba directa, & vindicandi formula sit usus testator, an tum præter vindicationem agi poterit personali actione; Negat Faber *decad.* 67. *err.* 3. ubi in nostris exercitationibus turpiter eum lapsum ostendimus, tum ex textu generali in §. *hæres* 5. *infr. de oblig ex contractu*: tum ex textu speciali in *l. huiusmodi* 84. §. *ultim. de legat.* 1. & *l.* 108. *si servus* §. 2. *eod. tit.* ubi electio datur legatario, qua actione velit uti; facit *l. cum filius* 76. §. *pen. de leg.* 2. tum ex solida ratione, quod utraque hæc actio ex diverso fundamento competat; in rem quidem, ex hoc fundamento, quod dominium rei legatæ recta transit in personam, quod heres adeundo tacite sese obligare legatariis intelligitur.

Et per hypothecariam.] Obiiciunt quidam in *d. l.* 1. C. *comment. de leg.* quod cum res propria mihi non possit esse obligata pignori, & transeat rei legatæ dominium, non possit esse eadem res obligata hypothecæ. Respondent plerique veterum; illam regulam, quod dominium & pignus eiusdem rei non concurrant, habere locum, in dominio iure gentium quæsito, non vero in eo quod jure meo civili & per quandam fictionem adquiritur. Nec male etiam respondet Joan. Faber hic, quod hypotheca sit in re legata, non quatenus legatarius consideratur, ut dominus eius, sed quatenus res ei ex quasi contractu est debita. Sed verior responsio est, quæ & à *Br. Iasone & Interp. aliis in dict. l.* 1. *Cod. comm. de leg.* magis probatur; hypothecam consistere non ipsa re legata sed in ceteris bonis defuncti, quod ex ipsis quoque verbis Imp. in *d. l.* 1. satis apparet: Atquin videntur jam olim legatarii habuisse hypothecam, per *l.* 4. §. 1. *de separat.* quod & ibi Accurs. notat. Sed sane Justin. hoc sibi tribuit: & ego existimo agi ibi de specie pignoris prætorii, quod creditores hæreditarii habent in bonis debitoris defuncti, quorum separationem à bonis heredis ex Edicto illo impetraverunt; quod nimirum pignus primo habent creditores; & post hos legatarii si quid superfit; idque confirmatur ex *l.* 1. §. 3. *de separat* quæ etiam est responsio Joh. Fabri hic. Porro non est concursus actionis in rem & personalis con-

contra §. sic itaque 14. inf. de action. Ubi negatur rem debitam,& quæ perſonali actione petenda eſt, poſſe etiam peti actione in rem,ut quis contendat eam eſſe ſuam. Etenim,quod paulo ante diximus, hæ actiones dantur ex fundamentis diverſis. In rem quidem,ex hoc,quod ipſo jure dominium rei legatæ eſt adquiſitum ; In perſonam, ex hoc quod heres eſt ex quaſi contractu per additionem obligatus Ideoque verum eſt,quod Dd notant has actiones eodem libello cumulari non poſſe: & una conſumit procul dubio alteram: quamvis poſt Bart. hic Porcius notet itidem, quoniam legatarius non ſit effectus dominus jure gentium: eum etiam hac conſideratione poſſe petere,ut res ſibi detur. Sed dominium juris civilis , ex eodem jure plenum & verum habetur itaque verum non eſt, legatarium qua dominium in ipſum translatum conſideratur,poſſe petere ut res ſibi detur, ſed tantum, ut dixi , qua heres ut ex quaſi contractu ipſi obligatus conſideratur.

TEXTVS.

3. Sed non uſque ad eam conſtitutionem ſtandum eſſe exiſtimavimus. Cum enim antiquitatem invenimus, legata quidem ſtricte concludentem , fideicommiſſis autem , quæ magis ex voluntate deſcendebant defunctorum , pinguiorem naturam indulgentem, neceſſarium eſſe duximus , omnia legata fideicommiſſis exæquare,ut nulla inter ea ſit differentia, ſed quod legatis deeſt, hoc repleatur ex natura fideicommiſſorum: & ſi quid eſt in legatis amplius, per hoc creſcat fideicommiſſorum natura. Sed ne in primis Legum cunabilis , permiſtim de his exponendo ſtudioſi adoleſcentibus introducamus difficultatem quandam , duximus eſſe operæ precium,interim ſeparatim prius de legatis , & poſtea de fideicommiſſis tractare , ut natura utriusque iuris cognita facile poſſint permiſtionem eorum eruditi ſubtilioribus auribus accipere.

COMMENTARIVS.

IUſtin. & legata omnia inter ſe , & porro legata invicem & fideicommiſſa exæquavit: fideicommiſſa ſcilicet particularia:& conſtat ad univerſalia hanc exæquationem non pertinere, quæ traditur *h § & in l. 2. C. comm. de leg.* Hic ſtatim obiicitur *l. 1. de legat. 1.* ubi ſub nomine Ulpiani proponitur, *per omnia legat. 1.* ubi ſub nomine Ulpiani proponitur,*per omnia legata* exæquata eſſe fideicommiſſis. Et quidem *Cuiac. 8. obſ. 4.* refert id ad caſum ſingularem imputationis in Falcidiam. *Ravard. 3. var. 4.* ad Interdictum,*quod legat.* Et Cuiacius inſuper eos qui aliud probant , irridet vehementer. Sed pravo judicio hic uſus,& ipſe riſu dignus. Ut enim demus Ulpianum ſcripſiſſe , exæquata eſſe legata fideicommiſſis, quantum ad Falcidiæ imputationem (quod ipſum tamen maxime controverſum & potius falſum eſt) aut quo ad Interd. *quod legatorum*: tamen numquam potuit ita ſcribere, quod ſint exæquata per omnia: ut omnino fatendum ſit à Triboniano hoc ita in veſtibulo poſitum ad mentem Juſtiniani: quod ſi reſpexiſſet ſingularem caſum Tribonianus cum Ulpiano nõ niſi ſtulte,ita abſolute fideicommiſſis exæquata legata ſcripſiſſet. Et opinionem hanc,quod hic aliquid interpolaverit vel mutarit Tribonianus , vel quod totũ illud caput de ſuo appoſuerit, probant clariſſimi Juriſconſulti, *Duar. & Alcia. in d. l. de leg. 1. Idem Duar. 2. diſp. 9. Govean. 1. var. lect. 30. Donell 8. comm. 2. Ant. Auguſt. 3. emend. ult. Ant. Guib. Coſt. quæſt. 10. memorab. n. 6. Viglius ad §. legatariis ſup. de teſtam. ord. in pr. Balduin. Baro , Hottom. Veſembec. hic*, & jam olim hæc ultima fuit reſponſio *Accurſii in d. l. 1. de legat. 1.* & Raphaelis, ut eum refert *Angel. hic n. 10.* quorum ſane autoritas Cujacio & Rævardo præfertur merito. Docet porro hic §. *& n. l. 2. C. comm. de legat.* hanc legatorum & fideicommiſſorum exæquationem eſſe mutuam: quæ ipſa tamen (ut & monuimus ad §. præced.) non nimis præciſe debet accipi , ne quæ inde abſurditas conſequatur. Et nimirum hic quoque duplex adhibenda eſt limitatio Prima eſt, quod adhuc ſuperſit differentia , quæ dependet ab ipſa eſſentia rei: fieri enim non poteſt, ut non ſit fideicommiſſum , cum quid precario rogavit teſtator heredem facere: utcumque id habeat effectum legati: Deinde nec effectus omnino ſemper idem eſſe poteſt , ubi diverſitas quo ad effectum fluit à voluntate defuncti ne fiat alias contra mentem Juſtin. qui hunc ſcopũ ſibi profitetur eſſe propoſitum,

Digitized by Google

ſitum, ut defunctorum voluntati ſubveniatur. Ex quo hodieque intereſſe defenditur, an teſtator per fideicommiſſum, an directe relinquat libertatem, ut dicemus *infr. ad §. 2. de ſingul. reb. per fideicomm.* Ceteroquin procedet hæc exæquatio ut eædem actiones, quæ competunt pro legatis, pro fideicõmiſſis quoque competunt: quod nominatim expreſſum eſt in *d. leg. 2. Cod. comm. de legat.* Jam more noſtro verba quædam textus noſtri videamus. Ait Juſtin.

Cum enim in venimus &c.] In fideicommiſſis magis valebant conjecturæ quam in legatis, & ea quavis ultima voluntate relinquebantur, & à legatario quoque. Et hactenus naturam pinguiorem fideicommiſſa habuiſſe dici poteſt. Sed contra ex legatis recta (licet non in omnibus ſpeciebus) dominium tranſibat, & actio in rem aut perſonalis ordinaria, ſed pro fideicommiſſis tantum perſecutio extra ordinem erat. De his & aliis differentiis videndi ſunt *Vlpian. tit. 25. de fideicomm. & Caius 2. Inſt. tit. 7. de fideicomm.*

Neceſſarium eſſe duximus.] Videtur hæc inepta illatio: Fideicommiſſa habebant pinguiorem naturam quam legata. Ergo neceſſarium fuit, ea invicem exæquare: quoniam iſta diverſitas & à verbis & à voluntate defuncti cauſam ſuam habebat: ceteroquin procul dubio Juriſconſulti & Legislatores jam olim fideicommiſſa & legata exæquaſſent, ſi vidiſſent ullam huius rei neceſſitatem.

Sed ne in primis.] Videbatur eſſe conſequens huic exæquationi, ut confuſim & conjunctim ageretur de legatis & fideicommiſſis: ideo Juſtin. hic rationem reddit, cur ſeparatim de iis agat.

TEXTVS.

4. Non ſolum autem teſtatoris res vel heredis, ſed etiam aliena poteſt legari: ita ut heres cogatur redimere eam, & præſtare, vel ſi eam non poteſt redimere, æſtimationẽ eius dare. Sed ſi talis ſit, res cuius commercium non eſt, vel adipiſci nõ poteſt, nec æſtimatio eius debetur: veluti ſi quis campum Martium vel Baſilicas, vel templa, vel quæ publico uſui deſtinata ſunt, legaverit: nam nullius momenti tale legatum eſt. Quod diximus autem, alienam rem poſſe legari, ita intelligendum eſt, ſi ſciebat defunctus alienam rem eſſe, non, ſi ignoravit: forſitan enim ſi ſciviſſet alienam rem eſſe, non legaſſet, & ita D. Pius reſcripſit. Et verius eſt, ipſum qui agit, id eſt, legatarium, probare oportere, ſciviſſe alienam rem legare defunctum, non heredem probare oportere ignoraſſe alienam, quia ſemper probandi neceſſitas incumbit illi qui agit: ſed & ſi rem obligatam creditori aliquis legaverit, neceſſe habet heres eam luere. Et in hoc quoque caſu idem placet, quod in re aliena: ut ita demum luere neceſſe habeat heres, ſi ſciebat defunctus rem eſſe obligatam: & ita Divi Severus & Antoninus reſcripſerunt. Si tamen defunctus voluerit legatarium luere, & hoc expreſſerit, non debet heres eam luere.

COMMENTARIVS.

1 *Diſtinctio rerum.*
2 *Quid ſi res non ſit in commercio legatarii.*
3 *Emendatio §. ſi quis 11. h. t.*
4 *Res hoſtium an legentur.*
5 *De re quæ eſt legatarii.*
6 *De legato rei alienæ & communis.*

TRactatio de rebus quæ legari poſſunt, (& eſt hæc altera huius tit. pars.) non unam deſiderat †diſtinctionem. Nos rem quam confuſe tractat Juſtinian. diſtinctius proponemus. Prima diſtinctio eſt, quod aut res legata eſt in rerum natura, aut non eſt: De his quæ non ſunt in rerum natura dicemus ad *§. ea quoque 7. infr. h. t.* Quæ in rerũ ſunt natura, aut ſunt in commercio, aut extra commerciũ, quæ attinguntur in *h. §. verſ. ſed ſi talis.* Eorũ rurſus hæc diſtinctio eſt quod aut ſimpliciter non ſunt in commercio, veluti res publicæ, ſacræ, ſanctæ, religioſæ: & legatum omnimodo eſt nullũ, *d. verſ.* ita ut nec æſtimatio debeatur. *l. cum ſervus 39. §. ſi vero 8. cum ſeqq. de leg. 1.* quæ communis eſt & liquida ſententia: vel ſecundum quid in commercio non ſunt: & ſcilicet vel heredis vel legatarii. Et ſiquidem heres commercium non habeat, utile eſſe legatum non dubitatur: quia res transferenda eſt in legatarium: & procedit hic argumentum à ſtipulatione ex *leg. multum 34. de Verb. obligat. & textus eſt in leg.*

mortuo §. fed & 3. de legat. 2. nec dicemus aliud, ſi res in teſtatoris commercio non fuerit: ubi res ſcilicet aliena legatur,) aut non fuerit vel ſi in commercio legatarii, qui alii reſtituere rogatus eſt: notant Dd. communiter in *d. leg. multum 34. de verb. obligat.* Quod ſi in legatarii † commercio res non ſit, legatum eſſe inutile, probatur *d. leg. 34.* ubi dicitur inutilem eſſe ſtipulationem: & in terminis *d. leg. mortuo 49. § 2. de legat. 2.* Sed obſiſtunt textus in *leg. ſed ſi 40. de legat. 1.* ubi dicitur deberi æſtimatio, cum fideicommiſſarius jus poſſidendi rem non habeat: item in *leg. filiusfamilias 114. §. ſi quid 5. de legat. 1. facit lex fideicommiſſa 11. §. ſi ſervo 16. de legat. 3.* Accurſ. diſtinguit, an incapacitas ſit verbi cauſa ex odio ſectæ, veluti ſi Judæo ſit relictum mancipatum Chriſtianum, an ex alia cauſa. Illic plane nihil deberi: hic deberi æſtimationem. Cujacius hic & in *d. leg. multum 34. de verb. obligat.* putat omnino inutile eſſe legatum: & ſpeciale eſſe in *d. leg. 1. § 16. de legat. 3.* quod militia ubi legata eſt, ex natura quodammodo legati, debeatur æſtimatio *arg. d. l. 49. §. 1. de legat. 1.* Et in *d. l. 114. §. de legat. 1.* cum licite dicat JCtus relictum, non incapacem fuiſſe legatarium, ſed ſuperveniſſe legatario extrinſecus, ob quod rem ipſam habere non poterit. Denique in *l. 40. de legat. 1.* expuncta negatione ſecunda legendum eſſe, *cui jus poſſidenti eſt*, ut ratio dubitandi fuerit, quod legatarii ipſi à quo fideicommiſſum alteri relictum erat, incapax erat, ut ante diximus. Alij putant intereſſe, an teſtator ignoraverit incapacem eſſe legatarium, an ſciverit: ut hoc caſu debeatur æſtimatio *arg. d. leg. 11. §. 16. de legat. 3.* Mihi ſemper viſum fuit, ex ratione juris veteris diſtinguendum eſſe inter legatum & fideicommiſſum. Illud omnino inutile eſſe hujus æſtimationem præſtandam eſſe. Et de legato loquitur *d. lex. 40. de legat. 2.* De fideicommiſſo *d. lex 40. de legat. 1. lex 11. §. 16. de legat. 3* & in tota *leg. 114. de legat. 1.* tractatur de fideicommiſſis. Et fuit hæc prima origo fideicommiſſorum, ut hoc modo iis relinqueretur, quibus non poterat legari §. 1. *infr. de fideicomm. hered.* Et ſane non inconcinna differentiæ ratio reddi poteſt; quod legata in legatarium recta tranſeunt, itaque ubi eſſe contingit eum incapacem, neceſſum eſt ut ſint nulla, quia offendunt objectum inhabile: fideicommiſſa autem initio in alterius perſona ſubſiſtunt. Cum igitur exæquatione facta, velit Juſtin. ut quod deeſt legatis ex fideicommiſſis ſuppleatur, proinde ſtatuemus, hodie ſemper æſtimationem deberi.

Iam adgrediamur alterum membrum de re quæ eſt in commercio. Et hæc res vel eſt teſtatoris propria: vel non eſt ejus. Res teſtatoris omnino recte legatur, ut ex *pr. hujus §.* liquet. Ejuſque ampliationes duæ ſunt in *§. ſi quis rem 11. inf. h. t. 1.* ut legatum hoc valeat etiam ſi tamquam aliena res ſit legata: quoniam etiam ſi revera aliena fuiſſet, valeret legatum, ſecundo quod utile ſit legatum, etiamſi legaverit, tamquam eſſet legatarii: cum tamen res propria legatarii, ei non recte legetur: ut mox dicemus. Itaque hic alia ratio eſt neceſſaria: nimirum

3 † quod plus valeat quod eſt in veritate, quam in opinione; quæ ratio *d. §. 11.* ſed incongruo loco habetur adjecta: quod à nemine ad eum locum obſervatum miror. Proponitur ibi initio valere legatum, etiamſi quaſi alienam rem quis legaverit, quæ tamen ipſius erat propria. Veritas itaque erat, quod res propria eſt teſtatoris: opinabatur autem teſtator eam eſſe alienam. Etiamſi opinionem teſtatoris attendas, tamen valet legatum, quoniam res aliena recte legatur. Itaque non bene iſta ratio ſubjicitur ei, quam dicimus primam ampliationem. Sed debet ſubjici ampliationi ſecundæ, & nimirum illi aſſertioni, qua reſpondetur utile eſſe legatum, ſi teſtator rem putet eſſe legatarii. Hic enim ſi opinionem ſequamur teſtatoris, nullum fuerit legatum, quia quod eſt legatarii proprium, inutiliter ei legatur *§. ſed ſi 10. infr. h. t.* ſed ut valere hoc poſſit legatum, ſequimur illud quod in veritate eſt, quod nimirum eſt res teſtatoris. Huic tamen deciſioni objicitur, quod cum teſtator præſumatur ſcire jura, adeo quod poſſit legatario relinqui res ipſius propria: qui legat rem tamquam quæ eſſe legatarii, ludere magis eum videtur. Favorem ultimæ voluntatis, & benevolentiam præſumptam teſtatoris hic allegant Hottom. & Mynſ. ſed poteſt teſtator errare & putaſſe, quod eſſet legatarii: ſicut putavit rem ſuam eſſe alterius tertii, ut paulo inferius tractatur. Movet iſtum ſcrupulum & Joh. Faber, & quod ſi rem meam tibi tradam tamquam tuam, non tranſeat dominium *l. 2. § ſubtilius 8. de condict. cauſ. dat.* Omnino facit aliquid favor ultimæ voluntatis: cum & hac ratione utatur juſtin. quod exitum voluntas habere poſſit. Iſtud a plane eſt contra mentem Juſti. ut intelligamus, rem in qua teſtator ſaltem aliquod jus credebat ſe habere. Hæc de legati rei propriæ teſtatoris.

4 Quæ res propria teſtatoris † non eſt, ea vel civis Romani, vel alicujus non civis Romani: veluti

Digitized by Google

veluti hoſtium; de quo genere legati, & an res hoſtium recte legetur, hic quoque noſtri interpp. tractant. Et aut poſtliminium habent res, quæ ſcilicet ante civium Romanorum fuerunt, & valet omnino legatum per *l. ſervus* 89. *de legat.* 1. *l. id quod* 9. *eod.* aut numquam fuerunt civium Romanorum: & ex his mobiles, quæ in ſolum Romanum poſſunt per commercia & negotiationes transferri, recte legantur: de quibus accipito *l. ab omnibus* §. *etiam* 2. *de legat.* 1. hæ enim intelliguntur emi poſſe, quod ibi requirit JCtus: ideoque non neceſſe eſt cum Zaſio fingere, eſſe res hoſtium in *d. l.* 104. legatas ſub conditione, ſi aliquo caſu emi poſſint. Reliquæ & immobiles hoſtium res non legantur recte, quarum nullum eſt translatio, quo pertinet *l. liber.* 103. *de verb. obligat.*

Res quæ non teſtatoris, ſed alterius civis Romani eſt, in triplici eſt differentia: vel enim eſt heredis, vel legatarii, ſive tertii alicujus: quæ in hac materia in ſpecie ſolet dici aliena, ut ex hoc §. & ſeq. apparet, quibus res heredis & quæ propria legatarii, à re aliena ſeparantur. Rem heredis legari poſſe conſtat, non minus quam ipſius teſtatoris: nam quem honorat quis, eundem onerare quoq; poteſt *l.* 1. §. *ſciendum* 6. *de legat.* 3. & probatur ex §. *noſtri*: ita ut valeat etiamſi teſtator eam putaverit ſuam *l. unum* 67. §. *ſi rem* 8. *de legat.* 2. quod in re in ſpecie aliena ſecus eſt, de quo inf.

§ Quod ad rem † legatarii attinet, primum illud conſtat, quod in eo cujus dominium à teſtatore ad legatarium pervenit, poſſit gravare eum teſtator, & ut alii reſtituat, per fideicommiſſum rogare. Iſte autem non eſt noſter caſus: ſed de hujuſmodi re quærimus, quam legatarius à teſtatore non habet: & hic ſubdiſtinguitur; quod aut legavit rem ipſi legatario, aut tertio: & hoc caſu aut nihil ei dedit, à quo ita legavit, vel per fideicommiſſum (proprie enim legatum eſſe & dici non poteſt) potius reliquit: & inutile eſt fideicommiſſum: *l. ab eo* 9. *C. de fideicomm.* aut aliquid dedit ei; & rurſus aut hoc repudiavit legatarius, & idem eſt; ut videlicet rem non cogatur præſtare, teneatur tamen cedere actiones *l. Imp.* 70. *in pr. de legat.* 2. aut agnovit, & tenetur præſtare fideicommiſſum; ſed rurſus an tenetur præſtare omnimodo, an ſaltem ad vires ejus quod accepit à teſtatore? Diſtinguitur, quod aut conſiſtit fideicommiſſum in quantitate, aut in ſpecie, & hic cogitur ſolidum præſtare: quoniam agnoſcendo legatum tanti rem ſuam æſtimaſſe (quæ tamen ſit propria legatarii per fideicommiſſum relicta: ſecus in re aliena per notat in §. 2. *inf. de ſing. reb. per fideicomm.*) cenſetur *d. l.* 70. §. 1. *de legat.* 2. *fac. l. ſed ſi* 36. *ad L. Falcid.* Not hic quod dicitur, rem meam mihi non recte legari, procedit, ſi pleno jure ſit mea, ſecus ſi mihi abſit jus veluti pignus, jus emphyteuticum, aut etiam ſi eam rem alteri debeam. Et tale jus in re, vel ad rem, ſive pro re, aut habet tertius aliquis aut ipſe teſtator. Illo caſu veluti ſi rem meam obligavero pignori, valet legatum, ut heres rem liberam mihi præſtet *l. ſi tibi* 86. *de legat.* 1. Hoc caſu etiam valet legatum per expreſſum textum in *l.* 1. *de lib. leg.* v. c. emitâ me rem teſtator, poſtea eam mihi legat, valet legatum *d. l.* 1. *in pr.* Idem ſi ſit teſtatori obligata *d. l.* 1. §. 1. & idem procul dubio & magis, ſi habeat teſtator jus emphyt. vel ſuperficiarium *fac. l. Senatus* 43. §. *ult. de legat.* 1. & *text. expr. in l. ſi domus* 71. §. *ſi fundus* 5. *de legat.* 1. Sed obſtat. *l. Mavius* 66. §. *fundo pen. de legat.* 2. ubi negatur propter iſtas cauſas legatum rei propriæ valere: cum tamen in præcedd. nominatim de poſſeſſionis & pignoris jure locutus eſſet. Aut dicendum eſt, iſtud eſſe ſummi juris; aut cum *Cujac.* 5. *ad Agric. in l. etſi* 35. *de vulg. ſubſtit.* & *in d. l.* 66. *lib.* 17. *quæſt. Pepin.* pro *propter* legendum, *præter*, aut quod ibi dicitur, non ad omnia præcedd. referendum: ſed tantum ad ſervitutes. Et tamen id quidem liquidum eſt in ſervitutibus prædialibus: ſed in uſufructu æquitas & ratio ipſa JCti ſuadet, ut hic quoque legatum valeat: non ſi ipſe teſtator habeat, quoniam finitur morte: ſed ſi eum habeat alius, ut æſtimationem aut ipſum uſumfructum præſtet hæres: licet Accurſ. contra ſentiat propter eum textum in *d. l.* 65. qui ſane ſtante vulg. lectione neceſſario ad uſumfructum ſaltem & prædiales ſervitutes referendus eſſet: alioqui nihil faceret. Et ego fere illam emendationem probo, quæ etiam in editione Ruſſardi in margine eſt adſcripta. Super eſt caſus, quo ipſi legatario res legata eſt; & hic proprie eſt: ubi teſtamenti tempore res eſt legatarii: alius enim eſt caſus, ubi poſt teſtamentum, dominium rei eſt adeptus legatarius, de quo dicemus in §. *ſi res aliena* 6. *inf. h. t.* Et igitur, ubi teſtamenti tempore res legatarii eſt, legatum eſt nullum, quoniam ex duabus cauſis quis dominus fieri non poteſt § *ſed ſi rem* 10. *inf. h. t.* adeo ut licet rem defuncto necdum teſtatore legatarius alienaverit, non tamen ob id convaleſcat legatum *d. §.* 10. *l. ceteri* 41. §. 2. *de legat.* 1. ex ratione regulæ Catonianæ, quæ inſpicit tempus facti teſtamenti, nec patitur poſtea validum effici, quo ab initio nullum & inutile fuit *l.* 1. *de Reg. Caton. l. qua initio.*

29. &

29. & *Lqua ab initio pen. de Reg. iur. d. l.* 41. § 2. quamvis in his terminis, à regula videatur exceptionem admisisse *Celsus in l.* 1. §. *ultim. de reg. Caton.* Neque enim recte potest *d. l.* 1. accipi de legato conditionali, quasi ea verba, *si eam vivo testatore alienaverit*, sint testatoris: ita n. non esset exceptio ab regula, quam constat ad conditionalia relicta non pertinere: & est procul dubio hæc interpretatio contra sententiam JCti. Nec potest restringi §. 10. *h. t.* ad casum quo vivo testatore res fuit alienata, cum simpliciter loquatur: & multo minus *l.* 41. §. 2. *de leg.* 1 quæ proponit fundum post testamentum alienatum. Ratio autem, ut hoc obiter addamus, Regulæ Catonianæ hęc esse videtur: quod certa intelligitur & constans testatoris voluntas, qui omnia ad testamenti tempus voluerit referre, nec ab incerto & futuro eventu pendere. Neque huic regulæ obstat *l. si cognatis* 19. *de reb. dub.* nec enim ibi vitiosum fuit legatum. Sed alii post testamentum inter cognatos adsciti: sicut & per nativitatem alii accedere possunt, & testator hos intelligere creditur, qui cognati sunt tempore quo legatum præstari debet. Multo minus obstat *l. non intellig* 3. §. 2. *de iure fisci.* vel quia ad fideicommissa, quæ magis æquitate nitebantur, ista regula non pertinebat: vel quia nec ibi sunt simpliciter incapaces, sed ex Legibus caducariis & similibus, quæ odiosę erant; ut merito sufficere debeat ad excludendum fiscũ, quod fideicommissarius tempore mortis capax est: cum id non recta transeat, sed per manus heredis præstetur; & in tempus etiam quo quis capax est futurus, nominatim relinqui possit, *l. in tempus* 62. *de hered. instit.*

6 Supereſt Res quæ † in specie dicitur aliena ubi distinctione nova opus |, quæ fortassis rectius sub membro superiori de re propria testatoris fuisset proposita. Res enim sive propria sive aliena, aut est in solidum, aut pro parte, quæ est communis testatori cum alio. Et quid igitur juris, si testator rem, quam communem cum Titio habet, legaverit, Sempronio? Et si sub appellatione SUI legaverit tantum portio quam ipse in re habet, debetur *l. servi* 5. §. *ultim. de legat.* 1. Ex quo gl. ibid. infert deberi totum, si simpliciter v c. Cornelianum fundum, sibi cum alio communem legaviſſet: quoniam scilicet res aliena quam quis talem esse scit, recte legatur. Quæ tamen mihi ratio non satis in hanc rem solida videtur. Ubi enim res tota aliena, & quam quis scit alienata, cui legatur, non potest alia sumi interpretatio, nisi ut tota debeatur, at ubi res communis legatur, licet simpliciter, potest esse quæstio voluntatis; an partem alteram qua alienam legare voluerit: quod præsertim dici soleat, etiam meum non absurde dici, quod mihi cum alio commune est; ut proinde, etiam qui legat simpliciter rem communem, possit videri de sua tantum parte sensisse: cum alias quoque in dubio eam soleamus interpretationem sumere, qua minus gravatur heres. Et ob hoc magis probo sententiam Angeli hic, non deberi totum fundum, nisi testator nominatim dixerit, se legare totum vel omnem fundum, *argum. l. Iuliano* 68. *in pr. de leg.* 3. Ad eundem modum si quis leget fundum suum emphyteuticum, eum legare intelligitur, non qua alienum, ut proprietas debeatur, sed tantum jus quod in eo ipse habet *l. si domus* 71. §. *ult. de legat.* 1.

Tandem de re quæ tota aliena est, agitur hoc textu nostro, & dicitur recte eam legari, licet difficilis eius paratio sit *l. cum servus* 39. §. *constat* 7. *de leg.* 1. Effectus est, ut heres præstare teneatur eius æstimationem, siquidem dominus vendere eam nolit, §. 4. *in pr. h. t. l. non dubium* 14. *inf. l. qui quatuor* 30. §. *ult. de leg.* 3. Limitatur in *vers. quod autem*, si testator eam esse sciverit alienam: ceteroquin non præsumitur necessitate luendi gravare voluisse heredem *h. textu & l. cum alienam* 10. *C. h. t. l. unum* 67. §. *si rem* 8. *de leg.* 2. Sublimitatur, nisi conjunctæ personæ legaverit: tunc enim indistincte res debetur *d. l.* 10. *in f.* etenim his præsumitur quis facile legaturus: eoque cessat ratio, quod non credatur testator facile donaturus res alienas & gravaturus heredem. Et quia præsumptio est pro herede, quod eum testator necessitate alienæ rei luendæ gravare non voluerit, ideo legatario, qui præsertim actor est, probatio incumbit, quod testator sciverit, rem esse alienam, hoc textu *vers. & verius l. verius* 21. *de prob.* ubi tamen scrupulũ movet, quod imo præsumptio videatur esse pro legatario: quoniã quisq; præsumitur scire quæ ad se & dominium suum pertineant: Porro quod meũ non est, id necessario est alienũ. Ergo testator potius intelligetur scivisse conditionem rei legatæ & quod sit aliena. Joh Fab. distinguit: quod aut possidet testator rem, aut non possidet. Illo casu aut possidet ut suam, & tenetur heres præstare eam qualis est, quod si evincatur heredi antequã præstetur non tenebitur, nisi legatarius probet testatorẽ sciviſſe rem esse alienã: aut non ut suam, veluti commodatam aut depositam, & potest hic etiam in magno patrimonio, aut si penes patrem fuerit depositа, testator existimasse esse suam: Ergo potest & hic legatario incumbere pro-

Digitized by Google

batio. Quod si alius possideat, & testator nec jus aliquod in re habeat, quod alias tantum legare censetur: vix est ut hic non præsumi debeat, quod scierit esse alienam. Quid autem jure Canonico? Movet hic dubium *cap. filius 5. de testa.* ex quo quidam crediderunt, non valere legatum rei alienæ ex jure, quamvis varii sint intellectus ad istud cap. quos refert *Iason. ad d. l. 10. C. h. t.* & aliquos etiam *Fachin. 5. controv. 38.* Plane distinguit ibi expresse Pontifex inter legem Dei & legem seculi, quam improbat: & ne possit videri errasse & existimasse, jure civili domino cum injuria ejus auferri posse rem, illud facit, quod legibus hoc tantum seculi constitutum ait, heredem teneri solvere quod legatum est. Rursus nimis absurdum sit existimare, quod improbaverit Pontifex, ut testator possit gravare pro voluntate sua heredem, ut rem redimat & præstet: ideo magis opinionem eorum probo, qui d. cap. de speciali casu explicant: de quo videndi sunt Jason & Fachin. dd. locis.

Quæ ratio est rei alienæ, rationem eandem esse rei obligatæ pignori, docemur ex fine textus nostri qui est *§. sed etsi 5. h. t.* ut nimirum valeat legatum rei, quam testator pignori obligavit: ita ut nisi testator diserte hoc onus legatarii voluerit esse, heres soluta pecunia teneatur luere & legatario præstare, ubi scilicet adhuc pignora nexa sunt: ceterequin si jam tum distracta sint per creditorem, incidunt in speciem priorem legatæ rei alienæ, itaque tum heres æstimationem præstare tenetur, nisi aliam probet defuncti fuisse voluntatem *l. prædia 6. C. de fideicom.* Et amplius idem est hactenus, ut non aliter valeat legatum, quam si sciebat testator eam nexam pignori, & ut legatarius probare cogatur, quod obligatam eam sciverit testator *h. textu & l. si res 57. de legat. 1. iunct. l. licet 15. de dot. præleg.*

TEXTVS.

5. Si res aliena legata fuerit, & eius rei vivo testatore legatarius dominus factus fuerit: siquidem ex casu emtionis, ex testamento actione pretium consequi potest: si vero ex causa lucrativa, veluti ex donatione, vel alia simili causa, agere non potest. Nam traditum est, duas lucrativas causas in eundem hominem & eandem rem concurrere non posse. Hac ratione si ex duobus testamentis eadem res eidem debeatur; interest, utrum rem an æstimationem ex testamento sit consecutus: nam si rem habet, non potest agere: quoniam habet eam ex causa lucrativa: sin æstimationem, agere potest.

COMMENTARIVS.

REjecimus ad § præced. in hunc locum, tractationem, ubi rei legatæ dominium post testamentum legatario supervenit: præmittimus autem, quod regula huius § habet, quod non concurrant circa eandem rem, i. e. speciem & scil. individuum. Itaque secus est in legato quantitatis, *l. plane 34. §. 3. de leg. 1.* imo etiam si ab uno res, ab alio æstimatio eius relicta fuerit *arg. l. Titia 87. in pr. de leg. 2.* Insuper procedit si concurrant eodem tempore, secus si sub conditione interim pendeat obligatio *arg. l. existimo 98. de V. O.* Item si res sit acquisita irrevocabiliter: alias secus, licet jure speciali & v. c. per restitutionem in integrum avocari possit: qui casus est *l. non qua 82. §. 1. de legat. 1.* Porro secundum hoc distinguit hoc §. Justin. an dominium supervenerit ex causa onerosa, an lucrativa. Hoc casu intercedit legatum & extinguitur: ut nec æstimatio peti possit. ex regula dicta, quod duæ causæ lucrativæ non possint in unam rem & personam concurrere: *ex l. omnes 17. l. ex prom. 19. de obl. & act. l. inter 83. §. si rem 6. de V. O.* eadem n. hic est ratio, sive ex legati causa vel qua alia res debeatur, *l. nutu 21. § 1. de leg. 3. l. si seruus 108. §. Stichum 4. de leg. 1.* ubi & redditur ratio, quod bis eadem res præstari non possit. Est autem titulus legati lucrativus. Atque ita omnino obtinet, si res ipsa titulo lucrativo legatario obvenerit, *l. Mævius 66. §. 1. de leg. 2.* secus in *f. huius §* esse docetur, quando tantum æstimationem rei debitæ consecutus est legatarius; tunc enim superesse actionem ad petendam rem. Hoc ostendit exemplo duorum testamentorum, quibus eadem res legata est: & eadem ratione statuemus, si cui alicui res promissa donationis causa fuerit, donatarius æstimationem rei promisse fuerit adeptus: ut & tum ex testamento quo res legata est, actio ipsi integra supersit. Et ita explicandum est quod scribit Jurisconsultus in *l plane 34. §. 2. de leg. 2.* si duorum testamentis res eadem legata sit, bis peti posse, ut ex altero rem consequatur legatarius, ex altero æstimationem. Quod si enim prius res soluta sit, æstimatio haud poterit ex altero peti, poterit autem peti, si prius soluta fuerit æstimatio. Cui non obstat, quod in *l. huiusmodi 84. §. 2. de leg. 1.* dici-

Digitized by Google

dicitur repelli per exceptionem, qui æſtimationē conſecutus eſt: Diverſus enim ibi proponitur caſus, ubi ille à quo fundus legatus erat poſt biennium Titio, huic legavit fundum, non ut ei novam cauſam petendi daret, ſed ut ſe obligatione ex alio teſtamento, liberaret. Ex quib. apparet, non ſimpliciter nec per omnia verum eſſe, quod jactari ſolet vulgo eum qui æſtimationem habet, videri ipſam rem habere: & recte notat Hottoman. fieri hinc manifeſtum, quod omnimodo re ipſa contineatur æſtimatio, ſed non etiam æſtimatione rem eodem modo contineri: & facit, quod poteſt eſſe affectio ad rem, ultra æſtimationem. Jaſon tamen id addit. ad Porc. vocat hoc maximum dubium, cur æſtimationem ſi prius adeptus ſit legatarius, poſſit adhuc petere rem, non vice verſa. Et ſane quod ex accidenti ſit, non videtur mutare jus debere. Ait Jaſon omnes Dd. hic obmutuiſſe: & rationem à ſe propoſitam ipſe poſt improbat. Forte aliquid facit, quod cum duorum teſtamentis res legatur, non poteſt eſſe utriusque propria; at in caſu rei legatæ alienæ, quodammodo rei æſtimatio magis in obligatione eſſe videtur. Et regula de concurſu cauſæ lucrativæ duplicis ſtricte accepta fuit: cur enim profit mihi ad liberationem, quod alius rem creditori meo dedit & donavit? Itaque ſubtilis illa ratio juris, quod eadem res peti bis nō poſſit, ſtrictiſſime fuit accepta, ubi res ipſa ad aliquem pervenit: non ubi prius æſtimatio ſoluta fuit. Ait autem Juſtin. in *pr.*§. ita eſſe, ſi legatario dominium vivo teſtatore ſupervenerit: Et tamen gl. & poſt eam Interpp omnes communiſſime hic, notant idem eſſe, ſi poſt mortem teſtatoris idem contingat: in quam rem tamen nullum textum adducunt. Et vero mihi iſtud facit dubium, quod ſtatim dies legati cedit à morte teſtatoris, qui poſtquam ſemel utiliter ceſſit, nō videtur ex poſt facto legatum extingui poſſe Quod aliis cogitandum relinquo. Quid porro, ſi cum rei legatæ ſupervenisſet dominium, legatarius rem iterum vivo teſtatore alienaverit? an res reſtituetur in priſtinum ſtatum, & legatum iterum convaleſcet? Et ex *l.* 27. *de obliq. & act.* apparet obligationem perimi: & in *d. l.* 83. §. 6. *de V. O.* evaneſcere ſtipulationem dicitur. Ad quæ tamen reſponderi poſſit, diverſam eſſe rationem, quod ex cauſa legati vivo teſtatore nulla necdum ſit nata obligatio, quippe quæ demū adita hereditate contra heredem naſcatur. Alia autem hic regula contra legatarium adduci poſſit, quod ubi res incidit in eum caſum à quo incipere non poteſt, ſed ſoleat ad irritum redigi: res autem legatarii propria legatario non poteſt, ſed & hæc regula non unam habet exceptionem. Et, ſi eam huc velis adcommodare, effeceris, quod etiam ſi ex oneroſa cauſa legatario ſupervenerit dominium, legatum pereat, quod falſum eſt. Neque ſatis ad huius rei diviſionem facit *l. Mævius* 66. §. 1. *de legat.* 2. ubi negatur vocari actionē ſemel extinctam, hic enim non poteſt dici extincta actio, quæ necdum nata eſt: & proponitur ibi, ab uno herede ſolutam rem fuiſſe legatario: & igitur poſt teſtatoris mortem ut merito legati petitio eſt teſtamēto altero reviviſcere hic nequeat: atquin ponimus, alienationem adhuc vivo teſtatore factam fuiſſe. Et hoc quoque ego interim in medium relinquo. Dubiam plane amplius facit opinionem illam Interpp. quod in *l. non* 82. *in pr.* in his terminis, ubi ſupervenit dominium ex cauſa lucrativa, dicitur extingui obligatio legati DIE CEDENTE, ſcilicet ut cum effectu extinguatur obligatio, ſi eo tempore quo dies cedit legati, reperiatur adhuc dominium eius exiſtere apud legatarium: & facit quæ traditur in *d. l.* 82. limitatio, ita demum extingui obligationem, ſi res ita ut avelli non poſſit, ad legatarium pervenerit. Illud vix dignum eſt admonitione, quod Mynſ. notat, intelligi in ſi. duo teſtamenta diverſorum teſtatorum; conſtat enim unum cum duob. teſtamentis decedere non poſſe, & pluſquam certum eſt, ſpeciem bis legatam ab uno tantum ſemel deberi.

Ad hunc autem tractatum de duabus cauſis lucrativis pertinet ſpecies §. *ſi cui fundus* 9. *h. t.* quam ob connexionem materiæ hic explicabimus. Titio fundus legatus eſt, quod genus legati continet plenam proprietatem *leg. ſi Titio* 10. & *l. ſi alii* 19. *de uſufruct. leg.* Hic Titius fundi huius ſibi legati nudam proprietatem ex titulo oneroſo emptionis cum adquiſiviſſet, mox uſusfructus acceſſit, & ſcilicet ſine onere, forte morte, aut capitis diminutione uſufructuarii finitus, ut proponitur in *dict. leg. non quoc.* 82. §. *fundus* 2. *de leg.* 1. quæritur an Titius æſtimationem ſolidam totius fundi ex teſtamento petere poſſit. Summa quæſtionis in eo poſita eſt, an partem fundi videatur adquiſiviſſe titulo lucrativo Titius, & adeo an hac in re ratio haberi debeat uſusfructus, ad minuendum jus legatarii & actionem, quoniam uſusfructus titulo lucrativo legatarius habet. Dubitandi ratio pro Titio eſt, quia non eſt uſusfructus fundi pars, ſed ſervitus, *d.* § 9. *h. t.* & fundus totus noſter eſt, cujus uſusfructus alienus eſt, *l. recte* 25. *de V. S.* Sed contra Titium ex adverſo facit, quod in uſufru-

Digitized by Google

ctu eſt totum emolumentum, rei *leg. Mævius 66. §. do 6. de legat. 2.* cuius reſpectu etiam partis inſtar habet *dict. leg. 66. l. qui uſumfruct. 58. de verbor. oblig.* & conſtat longe minoris emi proprietatem nudam quam plenam; ut proinde æquum non ſit, totius fundi æſtimationem. Titium ex teſtamento conſequi, cui ſine onere acceſſit uſus fructus. Deciſio quæſtionis eſt, ut quoniam uſusfructus pars fundi non eſt, competat quidem ſummo jure petitio æſtimationis fundi totius; nec adeo Titius dicatur plus petere; (idque eſt quod Juſtinian. ait, recte fundum nimirum, æſtimationem eius peti, quia uſusfructus in petitione ſervitutis locum obtineat) ſed officio judicis tanto minoris condemnetur hæres, quanti minoris emit proprietatem nudam Titius, quàm pro plena proprietate dandum ei fuiſſet, & omnino ut ſicut detracto uſufructu fundum emit, ita & æſtimatio fundi deducto uſufructu præſtetur, & in ſumma ut tantum conſequatur legatarius, quantum venditori pretii loco pro proprietate nuda dedit, *d. §. 9. & d. l. 82. §. 2. de leg. 1.*

TEXTVS.

6. Ea quoque res quæ in rerum natura non eſt, ſi modo futura eſt, recte legatur: veluti fructus, qui in illo fundo nati erũt: aut quod ex illa ancilla natum erit.

COMMENTARIVS.

AD *§. non ſolum 3. ſup. h. tit. in princ.* propoſuimus hanc primam diviſionem rerum, de quibus legandis quæritur; quod vel ſint in rerum natura, vel non ſint; de quibus hoc loco dicere promiſimus. Earum diſtinctionem ſuppeditat hic §. quod, aut ita non ſunt, ut nec futura ſint, velut hippocẽtaurus, aut homo mortuus. & procul dubio legatum eſt nullum, ut & ſtipulatio §. 1. *infr. de inutil. ſtipulat.* aut ita non ſunt, ut ſint futura, licet etiam poſſit accidere, ut non fiant (velut ancillæ partus ſi abortum faciat, quo caſu nihil debebitur,) aut non in omnino certa quantitate fiant, veluti fructus fundi naſcituri, *h. §. & l. quod in 14. in princ. de legat. tunct. l. etiam ea 17. de legat. 3.* Plane non quærimus hic de illo caſu, quo quis ſimpliciter legat certam quantitatem frumenti; vini aut olei, quæ omnino præſtanda eſt: neque ita dicuntur legari fructus fundi; ſed duo caſus huc pertinent. 1. cum quis ſimpliciter legat ſine aliqua determinatione fructus, qui naſcituri ſunt ex fundo Tuſculano, 2. quando eos legat ſub certa quantitate: velut modios centum naſcituros ex fundo Tuſculano. Hic autem, aut omnino voluit præſtationem legati reſtringi ad fructus ex fundo naſcituros, aut demonſtrationis tantum gratia adjecit fundum, ex quo ſcilicet commode fructus ſumi poſſent. Hoc caſu quantitas tota omnino debetur, etiamſi fructuum ea quantitas ex fundo Tuſculano percipi non poſſit; qui caſus eſt *leg. Lucius 12. de alim. leg. l. Paulo 27. §. ultim. in fin. de legat. 3.* Ceteroquin in dubio, ubi teſtator legavit, vel ſimpliciter fructus fundi Tuſculani, vel, Centum amphoras vini ex fundo Tuſculano, fundus adiectus cenſetur taxationis gratia, ut debeantur, hæ amphoræ, ſi tantum inde percipiatur; itaque ſi vel nihil, vel tantum decem verbi cauſa amphoræ natæ ſint, nihil etiam vel decem tantum amphoræ debebuntur *l. 1. ſi quis 8. §. 2. de legat. 2. l. cum certus 5. de tritico legat.* idque eſt, quod legato huiuſmodi dicitur ineſſe conditio, ſi ſcilicet naſcantur fructus, *l. 1. in fin. de condit. & demonſtrat.* Sed in *l. interdum 73. in princ. de verb. obl.* talis promiſſio dicitur habere dilationem ex re ipſa; & quod non ſit vera conditio docet *l. conditiones 99. de V. O.* quoniam non extrinſecus iſta conditio venit, ſed tacite ineſt; itaque legatum non facit conditionale *dict. leg. 99. l. 6. §. 1. quand. dies leg. ced.* Ex quo fit, ut quod etiam communiſſime omnes probant, præmortuo legatario, non pereat legatum, ſed tranſmittatur ad hæredes, conditionalia autem legata non tranſmittuntur *l. 4. in princ. l. 5. §. 2. l. cum illud 25. in fin. quand. dies legat. ced.* Nec obſt. quod in *dict. leg. 73. in princ. de V. O.* tunc dicitur incipere actionem ubi fructus nati ſunt, (ubi autem obligatio in diem tantum concepta eſt, ſtatim etiam ante diem actio nata eſt, ut dicemus *infr. de Verb. Oblig.*) etenim hoc cum effectu accipiendum eſt; quoniam actio licet ante diem nata, necdum tamen moveri poteſt cum effectu, ut dict. loco dicemus. Dd. tamen magis putant eſſe legatum conditionale quo ad nativitatem, ſed non quo ad tranſmiſſionem, ut quo ad hanc perinde habeatur, ac ſi dies tantum legato ineſſet, ſed plane ſi actio dicatur nullo modo nata, non video, quomodo tranſmitti in hæredes poſſit. Dicemus alias non inepte: cum & nulli fructus naſci poſſint, & non tantum naſci, conditionem ſimul & diem ineſſe legato, ut videatur ita legaſſe teſtator, ſi fructus naſcentur, & cum naſcentur: Et quo ad illud cenſetur legatum quidem conditionale, & ſi nihil natum

Digitized-t

natum ponamus, omnino nihil debetur, nec transmittitur: sed si ponamus fructus aliquos natos esse, manet nuda tantum conditionis forma, & hactenus conditionale legatum non censetur, sed quod tantum habuerit diem: & hactenus actionem jam ante natam fuisse omnino defendam: & cum simpliciter dicatur in *leg. 99. de condition. & demonstrat.* non facere hanc adjectionem, ut legatum sit conditionale; consequenter dicam, quod etiam quoad nativitatem obligationis, legatum conditionale non sit: Ceteroquin; ut dixi, transmitti non posset, & ita rectissime *gl. in dict. leg. 73. de Verb. Oblig.* ad verbum *incipit* notat, incipere cum effectu, innuens scilicet actionem etiam ante natam esse. Neque obstat *lex cum ita 16. in princip. quand. dies leg. cod.* quoniam speciale est in legato alternativo: cum enim & dubium sit, quid nasciturum sit, & quid electurus sit legatarius, nec electioni locus sit nec dum nato partu, qui etiam nasci non posset, interim cedere dies non potest; quod & Br. ad illum locum annotavit.

TEXTVS.

7. Si eadem res duobus legata sit, sive coniunctim, sive disjunctim, si ambo perveniant ad legatum, scinditur inter eos legatum: si alter deficiat, quia aut spreverit legatum, aut vivo testatore decesserit, vel alio quoquo modo defecerit, totum pertinet ad collegatarium. Coniunctim autem legatur, veluti si quis dicat, *Titio & Seio hominum Stichum do lego.* Disjunctim ita: *Titio hominem Stichum do, lego: Seio hominem Stichum do, lego.* Sed & si expresserit, eundem hominem Stichum, atque disiunctim legatum intelligitur.

COMMENTARIVS.

1 *Coniuncti qui sunt.*
2. *An habeant initio partes an concursu.*
2 *An ius adcrescendi fit inter coniunctos verbis tantum.*

PErtinet hoc ad modum legandi, & ad materiam juris adcrescendi difficilimam & intricatam, ut præstet de ea tacere quam pauca dicere, neque enim patitur instituti nostri ratio, ut plene hanc rem exsequamur, dicemus generalia, quæ tyronib. ad intelligendam hanc tractationem viam sternere possint.

1 Legatur, vel coniunctim pluribus, vel † separatim. Et cum coniunctim dicatur multis modis, in primis intelligitur legatum eodem & eiusdem testamento: nam quibus legatum est aliquid duorum testamentis, hi quoad hanc materiam coniuncti non habentur. Tum coniunctio intelligitur in eandem rem adeo quib. eodem quoque testamento eadem quoque oratione plures res legatæ sunt, hi pro coniunctis non habentur, *l. huiusmodi 84. §. penult. de leg. 1.* oportet igitur duobus, vel pluribus eandem rem uno testamento esse relictam.

Conjunctionem hanc triplicem faciunt Jurisconsulti in *leg. re coniuncti 89. de legat. 3. leg. triplici 142. de verb. significat.* Re & verbis simul: *Seio & Caio fundum Tusculanum do, lego.* Re tantum, ubi deficit copula, *Seio fundum Tusculanum do, lego. Caio eundem lego.* Verbis tantum *Caio & Seio fundum Tusculanum aquis partib.* Adeo coniunctio est vel mixta, re & verbis simul; vel simplex, re tantum, vel verbis tantum. Ita nimirum in dd. textibus & alibi usurpatur verbum coniunctionis & coniunctorum. Ceterum non semel, qui re tantum cõiuncti sunt diversis orationibus, disiuncti appellantur, ut hoc nostro §. & in *l. un. §. ubi autem 11. Cod. de caduc. toll. & apud Vlpianum & Caium legat.* Et hoc primo observandum est.

Consequenter quæritur de iure duorum legata-
2 riorum † qui uno vel altero horum modorum coniuncti sunt. Et ait Justinian. scindi inter eos legatum, si ambo ad illud perveniant: idq; est quod alibi dicitur eos concursu partes facere *l. 3. de usufr. adcr. l. coniunctim 80. de leg. 3* quoniam si initio singuli partes haberent, non concursu partes facere, nec legatum scindi, ob hoc quod ambo concurrunt, diceretur.

Valde tamen concordant Dd. an æqualiter hoc obtineat in mixtim coniunctis & re tantum coniunctis, quod cõcursu partes faciant; Volunt enim aliqui, mixtim coniunctos ab initio habere partes: eos autem, qui re coniuncti sunt, demum concursu partes facere, quibus quippe testator singulis videtur solidum dedisse; non autem pariter illis, quos una oratione coniungendo singulis videtur dedisse partes.

Digitized by Google

Intelligere licet ex *Vlpian. & Caio tit. de legat.* olim ius diverſum fuiſſe inter legatum vindicationis & damnationis ; itemque interfuiſſe an coniunctim (id eſt, mixtim) an disjunctim (id eſt, re tantum) fuerit res eadem legata. Sed & hoc, aliud obſervatum jure veteri civili, aliud poſt legem Juliam Papiam, quæ in favorem fiſci quod ante, per jus adcreſcendi ad collegatarium pertinebat, caducum faciebat. Ex quo mirum non eſt, ſi forte textus juris noſtri diverſimode loquentes deprehendantur; quos non ſatis accurate & ad jus poſterius deſcripſerunt compilatores.

Verum ad rationem juris Juſtinianei, ita ſtatuendum eſt. Et 1. notandum, ambigue dici duos legatarios habere ſolidum ſingulos, & itidem, habere partes. Nam uno modo ſolidum ita duo legatarii habere dicuntur, ut ſinguli conſequantur ſolidum; quod olim Ulpian docet, itemque Cajus, obtinuiſſe in legato damnationis disjunctim relicto, & hodieque obtinere vult Juſtinian. (ſunt enim ea verba non Pauli, ſed Triboniani) in *leg. ſi pluribus* 33. *de legat.* 1. ut ita alter rem habeat, alter æſtimationem. Alio modo dicuntur ſolidum habere duo legatarii, quatenus altero non concurrente; alter ſolidum petit & capit, quod non poſſe ſi ſimpliciter partem unuſquisque haberet atque ita loquuntur Juriſconſulti in *d. l.* 3. *de uſufr. adcr. & d. l* 80. *de leg.* 3. inter eos, qui ſinguli ſolidum habent, partes fieri concurſu. Et hi qui ita ſolidum habent, & partes concurſu faciant, recte quoque uno modo partes habere dicuntur, quatenus ut concurrentes conſiderantur, quo reſpectu fieri non poteſt, ut ſinguli ſolidum habeant, cum impoſſibile ſit, unam eandemque rem ad plures in ſolidum pervenire. Alio modo autem habere partes dicuntur, qui ab initio & omnimodo partes habent, non vero eas demum concurſu faciunt; veluti ſi teſtator æquas partes pluribus maxime disjunctis orationibus adſcripſerit: quo caſu licet non concurrant legatarii, tamen quiſque tantum partem habet. Et cum igitur Juſtinianus de utraque ſpecie conjunctionis, mixta re & verbis, & re tantum (quomodo cõjunctos ipſe ex ratione ſupra reddita disjunctos appellat) hic affirmet, quod totum ad collegatarium pertineat, ſi defecerit alter, & quod ſi uterque concurrat, tum demum legatum ſcindatur, ſequitur ſane invitabili conſequentia; quod juxta modum ſecundum paulo ante propoſitum habeant ſolidum ſinguli, ſive mixtim, ſive ſolummodo re coniuncti ſint. Et nimirum teſtator, qui duos in eandem rem coniungit, non eventum hunc tantum conſideraſſe videtur, quo uterque concurrit; in quem ſane (niſi ubi alteri rem, alteri æſtimationem dari voluit) neceſſario ſingulas partes habere voluit; ſed etiam caſum deficientis alterius; in quem videtur ſingulis dediſſe ſolidum, & eos coniunxiſſe hac de cauſa, ut pars deficientis, ad coniunctum pervenerit, quæ manſiſſet alias in hæreditate. Illo reſpectu ſinguli partes, hoc ſinguli ſolidum habere videntur.

In ſumma penitus eſt & omnino neceſſarium, ut qui modo partem, modo ſolidum capit, hic quoque diverſo reſpectu, & partem & ſolidum habere intelligatur. Atque hæc ad iſtam ‡ controverſiam explicandam † pro inſtituti noſtri ratione ſufficiant. Ex quibus ſimul appareret recte dici & jus non decreſcendi, & jus adcreſcendi. Illud quatenus conſiderantur ſinguli, ut ſolidum habentes, hoc quatenus ut habentes, partes; quas dum non aufert collegatarius, quod concurrendo feciſſet, recte hoc reſpectu alteri accreſcere dicitur; & ita loquuntur JCti; qui magis partite locuti ſunt; quam Juſtinian. qui vocat jus non decreſcendi in *d. §. ubi* 11. *C. de cad. toll.* quamvis non ita diſertis verbis loquatur, ſed ita loquendi caulam Interpp. præbuerit. Hoc addendum ſupereſt, quid juris ſit in his conjunctis, quos verbis tantum coniunctos appellari diximus, quibus partes rei in quam una oratione coniuncti ſunt, teſtator adſcripſit. Tota cõtraverſia eſt in hoc, an partes habebant ab initio & omnimodo, an vero etiam aliqua conſideratione ſolidum habeant. Illo enim poſito licet alter deficiat, collegatarius tamen partem tantum petere poterit, nec pars deficiens ipſi adcreſcit; idque ſuadet *l recon.* 89. *de leg.* 3. ubi hi ſemper partes habere dicantur: & facit, quod Juſtinian. hoc §. nullum eorum fecit mentionem; ut proinde nec ſciendi inter eos legatum, & adeo ceſſare ius adcreſcendi dicendum ſit. Neque vero jus adcreſcendi inter alios eſſe poteſt, quam quis in eandem rem coniuncti ſunt; cuius pars deficere & accreſcere dicitur. Quod ſi illi vere verbis tantum coniuncti ſunt, non etiam re, fieri prorſus non poteſt, ut jus adcreſcendi inter eos habeat locum. Itaque fatendum erit & hoc, eos vere coniunctos non eſſe, nec niſi quo ad formam externam, & docendi cauſa ita appellari. Diſputant quidem

dem alii contra, (& communiter Dd. juris adcreſcendi inter hos quoque locum eſſe arbitrantur) dici hos tantum verbis conjunctos, propter orationis formam: eſſe autem vere conjunctos re quoque: neque teſtatorem partes adjeciſſe, quod nullo caſu ad alterum pervenire ſolidum vellet: ſed quia conſideraverit eventum utriuſque concurrentis, quam quivis teſtator qui duobus legat, præſupponere videtur. Verum cum JCti faciant diverſas ſpecies mixtim conjunctorum, & eorum quos verbis tantum conjunctos dicunt, difficile eſt, ut confudamus has ſpecies, maxime ob textum allegatum ex *l. r. 89. de legatis 3.* ubi nominatim verbis conjuncti hactenus opponuntur ceteris conjunctis: quod illi ſemper habeant partes: & igitur nullo caſu habent ſolidum, quo poſito ſimul neceſſario negatur jus adcreſcendi. Sed iſta pluribus exequi hoc loco non libet nec licet. Ait Juſtinianus h. §.

Aut vivo teſtatore deceſſerit.] Et an igitur ſi poſt mortem ejus deceſſerit, non dicetur, defeciſſe, nec locus erit jura adcreſcendi? Ut plenius agamus & cum Juſtiniano *in l. un. C. de cad. toll.* aut conjunctus non deficit, aut deficit. Non deficit, quando non tam re ipſa quam verbis conjunctus eſt, & titulo tenus, v. c. ſi fit incapax aut jam tempore teſtamenti facti mortuus, quod teſtator ignorabat. Deficit, cum aut non vult legatum, repudiando, quod non fit niſi demum poſt mortem teſtatoris, & diem legati cadentem: cur non poteſt legatum capere, præmortuus, vel poſt incapax factus, & hoc vel vivo teſtatore, vel poſt mortem teſtatoris.

De caſu quo aliquis conjunctus fuit, qui jam tum non in rerum natura erat, agit Juſtin. *in d. l. un. §. in primo 3. C. de cad. toll.* & docet olim quoque totum ad conjunctum & ſuperſtitem pertinuiſſe, quoniam teſtator hoc animo conjunctionem fecit, ut vel ſinguli partem haberent, vel unus ſolidum, quod utique magis conjunctum delexiſſe intelligitur quam heredem, & dicitur pars illa pro non ſcripta haberi, & ſcilicet perinde, ac ſi totum alteri legatum fuiſſet, neque poteſt dici deficere, qui facti tempore teſtamenti amplius non fuit. Videri poſſit obſtare, *l. plane 35. § ſi conjunctim 9. de legat. 1.* ubi dicitur, facere eum partem, in cujus perſona legatum non conſtitit. Partem autem facere hic dicitur certiſſimo jure, qui perinde habetur, ac ſi partem ſuam accepiſſet: & igitur ubicunque conjunctus partim dicitur facere, ibi ceſſat jus acreſcendi, nec alter ſolidum habere poteſt. Sed enim ibi non loquitur JCtus de eo, qui tempore facti teſtamenti in rerum natura non fuit, ſed de eo qui exiſtit, ſed legati incapax eſt, veluti in illa ſpecie eſt ſervus proprius teſtatoris qui libertatem non accepit. Et eo exemplo amplius hic diſtinguendum fuerit, an quis omnino ſit incapax, velut deportatus, hunc enim in hac tractatione eodem loco habendum puto, ad eum qui in rerum natura non eſt, ut quod ei legatum eſt ſit pro non ſcripto *arg. l. C. de hered. inſtit.* an non ſimpliciter & omnino incapax ſit, cui quidem adſcriptum ex L. Jul. Papia crediderim in favorem fiſci caducum factum, & ita incapacem ejuſmodi feciſſe partem. Hæc de primo membro, ubi conjunctus non deficit.

De alterius membri, priore parte, ubi nimirum legatarius repudiat, dubium nullum eſt, quin pars ita deficiens, ad conjunctum pertineat, quamvis forte ex L. Jul. Pap. eam caducam factam fuiſſe colligi poſſit *ex Vlp. tit. de legat. §. ſi duobus 11.* Ubi autem non repudiat, ſed non poteſt capere legatum, diſtinguuntur duo caſus *in d. l. un.* Prior eſt, cum adhuc vivo teſtatore, legatarius deficit, procul dubio ex L. Julia Papia pars deficientis caduca facta fuit, quod probatur *d. §. 11. Vlpiani*, ſed jure novo Juſtiniani *in d. l. un. §. pro ſecundo 4. & h. §.* accreſcit conjuncto.

De tertio caſu quo mortuo teſtatore deceſſit collegatarius, aut forte fuit deportatus, obſcurius loquitur Juſtinian. *in d. l. un. §. in noviſſimo 5. C. de caducis toll.* Et illud conſtat, quod jus fiſci auctum fuerit per L. Jul. Pap. & ut plura caduca fierent conſtitutum fuiſſe, ut dies legatorum non cederet ſtatim à morte teſtatoris, ſed demum, ex quo tabulæ aperte fuiſſent, quia poſtquam ceſſiſſet legati dies, non poterant caduca amplius fieri legata, ſiquidem jam erat jus quæſitum legatario. Ergo ſi fuiſſet defunctus legatarius, tempore intermedio inter mortem teſtatoris & tabulas apertas, fiebat caducum legatum, adeoque conſequenter & pars conjuncti, ceſſante proinde jure adcreſcendi, quod ſuſtulit dicto loco Juvin. hoc ipſo, quod vult diem legati cedere à morte teſtatoris: Effectus autem juris hujus eſt, ut tranſmitatur legatum ab heredem: Et cum quod juris eſt in toto quo ad totum idem ſit in parte quo ad partem, probabile mihi videtur, ſi conjunctus deceſſerit iam mortuo teſtatore, poſt legati diem cedentem, eum quoque portionem ſuam ad heredem tranſmiſiſſe, & ob id juri adcreſcendi non eſſe amplius locum. Et recte adeo, imo neceſſario Juſtin. h. §. expreſſit caſum, quo collegatarius deceſſit teſtatore

Digitized by Google

ſtatore etiamnum vivo. De quo tamen fortaſſis amplius cogitandum.

TEXTUS.

8. Si cui fundus alienus legatus ſit, & emerit proprietatem, deducto uſufructu, & uſusfructus ad eum pervenerit: & poſtea agat ex teſtamento: recte eum agere, & fundum petere, Julius ait: quia uſusfructus in petitione, ſervitutis locum obtinet: ſed officio judicis continetur, ut deductio uſufructu jubeat æſtimationem præſtari.

Hunc § explicavimus *ad §. ſi res 6. ſup. h. t. in fin.*

TEXTVS.

9. Sed ſi rem legatarii quis ei legaverit, inutile eſt legatum, quia quod proprium ipſius eſt, amplius fieri ejus non poteſt: & licet eã alienaverit, non debetur, nec ipſa res, nec æſtimatio ejus.

COMMENTARIUS.

HUnc quoque locum explicavimus ad §. *non ſolum 4. h. t.* nec addo quidquam. Inanis enim eſt conjectura Hottom. eſſe iſtam quaſi appendicem *ad §. præced.* quod ſi inutile legatum rei propriæ, licet uſusfructus alienus ſit, quod tamen alias facile admitto: ut tamen eodem modo putem legatarium ex æquitate ad æſtimationem uſusfruct. agere poſſe. Illud obiter addo, ſi in re alterius aliquod jus habeat teſtator, quod morte non finiatur, tum legatum propter jus iſtud quod remiſſum cenſetur, valere, *l. quod in 24. l. ſi ita 86. in pr. legat. 1.* v. quæ de hac re noto *ſup. ad §. 4.*

TEXTVS.

10. Si quis rem ſuam, quaſi alienam legaverit, valet legatum: nam plus valet, quod in veritate eſt, quam quod in opinione. Sed & ſi legatarii eſſe putavit, valere conſtat, quia exitum voluntas defuncti habere poteſt.

DIximus itidem ſup. ad §. non ſolum, & hinc notavimus duas ampliationes ad propoſitionem, Quod quiſque rem ſuam legare poſſit. Diximus etiam, rationem hanc, *quod plus valeat veritas &c.* imaginis loco poſitam, & ſecundo hujus §. caſui ſubjiciendam eſſe. Illud tantum ſupereſt, ut videamus, an & quatenus verum ſit, *plus valere quod in veritate eſt, quam quod in opinione.* quod & legimus *in l. 4. §. de manum. vind. l. regula 9. §. 4 de jur. & fact. ign.* Etenim videmus alibi contra reſponſum, plus valere quod eſt in opinione, *in l. is qui 15. de adq. hered. l. 2. §. ſi à pupillo 15. pro empt.* apparet enim ex ipſa ſpecie facti: plus ibi valere opinionem quam rem ipſam, cum uſucapio dicatur ſequi, ſi quis à pupillo emit (hæc veritas eſt) quem puberem putabat; (hæc eſt opinio) non ſequeretur autem uſucapio, ſi à pupillo emptam rem poneremus. Gloſſa hic tribus verbis rem explicat, ut nimirum pro regula habeat, plus eſſe in veritate quam in opinione: Rationem autem exceptionis *in d. l. 15. de adq. hered.* hanc aſſignat, quod aditio hereditatis pendeat ab animo, & proinde cum rei veritate animum & opinionem conſentire oporteat: ceteroquin ubi ab ipſa re effectus dependet, plus tribuemus veritati quam opinioni. Sed nimis nude id ita proponitur. Nec enim ad adquirendam hereditatem ſufficit animus & opinio ſine veritate: nec quiſquam adquirere poteſt hereditatem, ut maxime ſe heredem eſſe putet, niſi & revera heres ſcriptus ſit, neque ſi quis ſe putet ſuum, cum eſſet voluntarius, & extraneus heres, propterea ipſo jure erit heres citra dationem: ſed hoc operatur aliquando opinio, ut non poſſit operari veritas ſola, cui opinio adverſatur, in iis quæ ab animo dependent, ut in ſpecie *d. l. 15. de hered. adq.* qui revera cum eſſet voluntarius, cum eſſe neceſſarium ſe putaret, fruſtra repudiat hereditatem. Ita & facit opinio juſta, ut quis adquirat aliquod jus, ut in ſpecie *d. l. 2. §. 15. pro empt.* ubi qui à pupillo emit, cum putaret eum eſſe puberem, uſucapit, quoniam ad uſucapionem ſufficit bona fides & titulus & putativus ubi probabilis eſt error, *l. quod vulgo 11. pro empt.* quæ utraque conſtituit opinio, licet revera non pubes, ſed pupillus venditor fuerit. Et regula itaque certa dari non poteſt hoc loco: ſed pro diverſitate caſuum aliter conſtituendum atque aliter eſt.

TEXTVS.

11. Si rem ſuam legaverit Teſtator, poſteaque eam alienaverit, Celſus putat, ſi non

Digitized by Google

non adimendi animo vendidit, nihilominus deberi: idemque Divi Severus & Antoninus reſcripſerunt. Iidē reſcripſerunt, cum qui poſt teſtamentum factum quæ legata erant, pignori dedit, ademiſſe non videri legatum, & ideo legatarium cum herede eius agere poſſe, ut prædia à creditore luantur. Si vero quis partem rei legatæ alienaverit, pars quæ non eſt alienata, omnino debetur: pars autem alienata ita debetur, ſi non adimēdi animo alienata ſit.

COMMENTARIUS.

REctius hoc ſub *tit. ſeq. de adimendis legatis* fuiſſet relatum. Legatum aut adimitur verbis & expreſſe: aut tacite & factis: quorum hoc unum eſt ſi rem legatam teſtator alienaverit: diſceſſiſſe enim ita à voluntate priori videtur, qui rem tranſtulit alium. Poteſt tamen, ut ex hoc §. patet, eſſe voluntatis quæſtio, an animo adimendi hoc factum ſit, quandoquidem & rei alienæ legatum conſiſtit. Voluntatem ex conjecturis colligimus: quarum una eſt, an coactus aliqua neceſſitate, alienaverit teſtator, an libera plane voluntate, quo caſu animo adimendi factum credemus *l. rem legatam* 18. *l. legatum* 24. §. 1. *de adim. legat.* de cuiuſmodi alienatione accipienda eſt *l. ſi ex toto in pr.* 8. *de legat.* 1. *& l. cum ſervus* 15. *de adim. leg.* quæ amplius probat, ſi teſtator rurſus rem redemerit, nō convaleſcere legatum. De neceſſaria alienatione eſt textus *in l. fidei commiſſa* 11. §. *ſi rem* 12. *de leg.* 3. ubi in terminis neceſſariæ alienationis ait JCtus legatum peti poſſe, niſi factam alienationem adimendi animo heredes probaverint. Itaque ſi legatum alienaverit voluntarie teſtator, credemus factam alienationem adimendi animo, & legatarius proinde tenebitur probare, non hoc animo factam alienationem. Neq; diſtinguendum eſt an legatum fuerit conditionale nec ne, quaſi hoc omnimodo qua vis alienatione extinguatur, ut male poſt *Bart. Mynſ hic.* Quod ita juris eſt in toto, idem juris eſt in parte, ut ſi partem alienaverit teſtator rei legatæ, pars altera omnino debeatur *l. ſi ex toto in pr.* 8. *de legat.* 1. ita ſi non fuerit adimendi animus, ut eſt *in fin.* §.

Alia eſt pignorationis ratio, de qua reſpondetur *hoc* §. *verſ. iidem, l.* 3. *C. h. t.* ea non obſtante legatum deberi: neque enim pignoratio alienatio eſt, & ea ex neceſſitate fieri ſolet, & alienatio ſit in perpetuum, non ita pignoratio, ſed ut ſoluto debito ad debitorem res revertatur. Admittatur ad probationem tamen haud dubie heres, rem eſſe pignoratam animo adimendi: Interpp. vulgo ſi res ſit pignorata pro maiori ſumma, ut difficilior ſit futura reluitio, habent pro alienatione, itaque & hic putant hoc caſu aliud fore, ut poſt *Bart. Mynſ hic.* Sed eſt ille communis error: neque enim ideo deſinit eſſe una pignoratio. Porro quod diximus alienatione finiti legatum, ei valde obſtat *l. prædia* 27. §. *liberto de inſtruct. leg.*

Aut dicendum eſt alienationem factam ante teſtamentum, aut alienationem fuiſſe ex neceſſitate rei familiaris: aut alienationem hic intelligi cum effectu, & ubi traditio ſecuta eſt. Illud autem difficile eſt, ut etiam debeatur pars cuius iam pretium accepit teſtator, proponitur illud tantum in facto: & quo ad illam partem forte repellitur exceptione legatarius. Illud dici non poſſe puto; quod ſpeciale ſit in legato præceptionis? Et vix etiam ſapere poteſt, quod gl. & Br. reſpondent, hoc ipſo probatam intelligi voluntatem contrariam, quod alienatio voluntaria fuit, Bald ſane *in l.* 3. *C. de legat. n.* 3. *per d. l.* 27. expreſſe tenet, quod traditam rem eſſe oporteat, ut adimatur legatum.

A creditore luantur.] Id eſt, ut heres pecuniam numeret creditori, & ita efficiat, ut ea obligatione prædia liberentur, quod accipiendum eſt ſecundū §. *ſed etſi rem* 5. *ſup. h. t.*

TEXTVS.

12. Si quis debitori ſuo deliberationem legaverit, legatum utile eſt, & neque ab ipſo debitore, neq; ab herede eius poteſt heres petere, neq; ab alio qui heredis loco ſit: ſed & poteſt conveniri à debitore ut liberet eū. Poteſt etiam quis vel ad tempus jubere ne heres petat. Ex contrario ſi debitor creditori ſuo, quod debet legaverit, inutile eſt legatum, ſi nihil plus eſt in legato quam in debito: quia nihil amplius habet per legatū. Quod ſi in diē vel ſub conditione debitum, ei pure lega-

Digitized by Google

verit, est utile legatum, propter repræsentationem. Quod si vivo testatore dies venerit, vel conditio extiterit legatum nihilominus utile esse Papinianus scripsit, quia semel constitit: quod & verum est: non enim placuit sententia existimantiũ, extinctum esse legatum, quia in eam causam pervenerit, à qua incipere non potest.

COMMENTARIUS.

1 *Legatum liberationis.*
2 *An recte legetur creditori.*
3 *De duabus regulis huius §.*

LEgat quis aut quod sibi debetur, aut quod ipse debet. Quod ad prius: Titius ex mutuo mihi debet centum. Possum hæc legare dupliciter, vel ipsi Titio debitori; vel tertio alicui, veluti Sempronio. Illud dicitur legatum liberationis, hoc, nominis legatum *de quo in §. tam autem 21. infr. h.t.* Et quidem de liberationis legato agitur in princ. huius textus, & proponitur duplex eius effectus, & modus quo eiusmodi legati fructum consequatur legatarius, nimirum excipiendo & agendo. Exceptione opus esse docet Jurisc. *in l. liber. 3. §. nunc de effectu 3. de liber. leg.* quomodo accipiendum est, quod in nostro textu dicitur, heredem petere non posse. scilicet cum effectu, quoniam repellitur per exceptionem, neque enim hoc legatum ipso jure tollit obligationem. Habet præterea actionem ex testamento ut heres eum liberet, *h. text. & d.l. 3 §. 3. de liber. legat.* & ut ibi dicitur, ut liberet per acceptilationem. Et ergo non sufficiet, ut heres saltem paciscatur de non petendo, quia eum quam plenissime debeat legato satisfieri, acceptilatio obligationem totam perimit, non itidem pactum.

Hæc de legato liberationis, & quidem eo quod absolutum est, aliud enim si tantum ad tempus vetuerit peti à debitore testator. Hic enim aut tantum exceptionem intra illud tempus habebit legatarius, aut tantum agere poterit, ut paciscatur heres de non petendo intra illud tempus minime autem aget, ut per acceptilationem liberetur, quoniam hæc in perpetuum tollit obligationem. Quamvis cum exceptionem ex legato habeat, legatarius, nihil necessum videtur, ut pro querenda alia actione conveniat heredem. Ita quidem in liberationis legato. Posterius erat de legato nominis, cum lego Sempronio, quod mihi verbi caus. ex mutuo Titius debet, de quo dicemus cum Justiniano *in §. cum autem 21. infra h.t.*

Atque hoc erat primum principale membrum, cum quis legat quod sibi debetur, & ita cum creditor legat. Alterum est, cum legat debitor, quod ipse alteri debet. De quo non in tertii alicuius persona tractari potest, sed tantum in persona creditoris, an huic recte legetur, an v. c. centum quæ debeo ex mutuo Titio, vel alia quacunque causa ipsi Titio recte legem. Et distinguitur *h. §. ex contrario*: quod aut est nihil amplius in legato & affirmat Justin. d. §. inutile esse legatum: Idem *in l. si debitor 11. l. legavi 25. in fin. de liber leg. l. Mavius 66. in fin. pr. de legat. 2.* aut amplius aliquid est in legato, & utile est, plus autem & amplius multis modis dicitur. Et primo haud dubium est, quin valeat legatum, si in summa vel quantitate plus sit. 2. Si plus sit, tempore, & nimirum, si pure legetur, quod debebatur ex die vel sub conditione *d. §. ex contrario h.t.* Quæ ratio facit, ut meritus recte leget testamento dotem uxori quam accepit: quia plenius est legatum quam de dote actio. *§. sed §. uxori 15. h.t.* legatum enim statim peti potest, sed actio de dote habebat dilationem & bos annua, bima, trima die præstabatur *l. 1. §. 1. & l. 4. de dot. præleg.* Quoniam tamen id hodie mutavit Justin. *in l. § cum autem 7. C. de rei uxoriæ act.* ex qua dos etiam pecuniaria est statim præstanda: hæc ratio quæ ponitur *in §. d. 10.* amplius nõ potest facere utile legatum: quod præsertim de dote actio eadem constitutione bonæ fidei sit omnimodo effecta, licet ex stipulatu agatur. Aliam notat utilitatem Mynsi: si dotis conditio sit facta deterior per pacta, sed hoc & accidentale est, & jure nostro talia pacta sunt inutilia *l. 2. 6. l. de die 14. cum seqq de pactis dotalibus.* Alii notant superesse hanc utilitatem, quod actio pro legato in solidum datur, at actio pro dote tantum competit in id quod reus facere potest. Verũ cum de concursu harum actionum non nisi post mortem mariti, & contra heredem quæri possit, & constet, beneficium istud competentiæ, quod vocant, non competere heredi *l. sciendum 25 de re ind.* nulla hęc est utilitas: nisi ponas heredem communem filium, cui speciali favore idem beneficiũ datur contra matrem *l. etiam 18. solut. mat.* qui casus est plane singularis. Olim quoque hæc erat utilitas, quod actio pro dote variæ objiciantur retentio-

nes

Digitized by Google

nes l. rei 15. §. 1. fol. mat. ſed & iſtud hodie ſublatum eſt l. un. §. taceat 5. C. de rei ux. Attamen in d. l. un. § 7. annus datur heredi ad ſolvendam dotem: at legatam dotem ſtatim cogitur præſtare. Tertio locus poteſt facere utile legatum ſi alibi potius legatario expediet ſolvi, ut docet l. ſin autem 29. de legat. 1. Quarto utile efficitur ad qualitatem debiti, ſi poterat forte elidi per exceptionem l. ſi creditori 28. de leg. 1. Et denique facit utile qualitas actionis, etiamſi debitum ſit purum, veluti ſi pro ſtricti juris aut perſonali actione, legatarius conſequatur actionem bonæ fidei aut in rem, vel etiam ex teſtamento actionem civilem, ut ſcriptum eſt in d. l. 28. in pr. de leg. 1. & in §. 1. textus ejuſdem valere legatum, ſi legetur, quod ex ſtipulatione (contractu ſcil. ſtricti juris) debebatur, & proinde perſpicue falſum eſt, quod Weſemb. hic ſcribit, non ob id plus videri eſſe in legato, quod actio pignior ſit. Sed poſteriori huic membro valde obſtat, quod ita legatum ſemper fere ſit utile futurum, ut maxime purum & ipſum & debitum ſit, & etiam ex juris veteris ratione: ſiquidem per vindicationem legatum ponamus: competit enim hoc caſu, & in rem, & ex teſtamento actio, quæ in multis naturam bonæ fidei actionum imitatur, quod plane non videtur ad mentem Juſtiniani in §. ex contrario h. t. & contradicit aperte Paulus in l. debitor 82. de leg. 2. ubi ſcribit, quod ſi cum eſſet debitum conditionale vel in diem, dies conditione ſupervenerit, legatum reddi inutile, cum tamen maneat hic ea quâ diximus, commoditas, quæ eſt poſita in qualitate actionis. Poteſt forte reſponderi, quod interſit, an legati tempore ſola ſit qualitas actionis, quæ legatũ utile faciat: an vero quid aliud magis principale. Ad illum caſum referam d. l. 28. de legat. 1. Sed ad hanc d. l. 82. cum quod ex die vel ſub conditione debebatur, legatum eſt: cum enim intelligatur teſtator legando iſtud debitum pure reſpexiſſe utilitatem repræſentationis, hoc ſublato, non poteſt legatum utile facere commodum ſolum, quod eſt in ſola actionis qualitate quam non reſpexit teſtator. Aliam rationem iſta componendi non video: neque enim tollet nodum, quod, ut mox dicemus, Juſtin. cum aliis ſententiam Pauli in d. l. 82. de legat. 2. non videtur approbaſſe: quoniam non hanc rationem Juſtinianus reddit pro ſententia Papiniani, quod ſuperſit commodum in actionis qualitate, quæ fuiſſet expeditiſſima: ſed quod initio conſtiterit legatum.

Videtur autem omnino addendum, quod ab aliis miror non moneri: totam hanc diſputationem hodie videri ſupervacuam aut inutilem, nec dubitari poſſe, quin hodie fere ſemper & omnimodo utile ſit legatum debiti: poſtquam legatarius ſemper terminis poſitis habilibus, non tantum actionem in rem, ſed etiam hypothecariam habet ex l. 1. C. Com. de legat. quis enim dubitet, jus pignoris in omnibus bonis defuncti, facere, ut utile ſit legatum rei vel pecuniæ, quæ ſine pignore aut hypotheca debebatur. Videamus jam quæ ſuperſunt.

Neque ab herede eius.] Producit enim hoc legatum exceptionem in rem, quæ heredi etiam accommodatur: niſi tamen teſtator ſolam perſonam debitoris deſignaverit l. non ſolum 1. §. tale 3. de lib. legata. nam & pactum de non petendo in perſonam ſolius debitoris concipi poteſt.

Qui heredis loco.] Hæres prætorius, bonorum poſſeſſor, vel reſtituta hæreditate fideicommiſſarius.

Ad tempus iubere.] Vel etiam tantum partem debiti legare l. non ſolum 7. in pr. de liber. legat.

Quod ſi in diem &c.] Hoc ſaltem exempli cauſa propoſitum eſt accipiendum, oſtendunt enim quæ diximus, longe plura eſſe, quæ legatum utile faciunt.

Quia ſemel conſtitit.] Potuit enim dies vel conditio ſupervenire poſt mortem teſtatoris: & quod ex accidenti aliter contingit, legatum inutile facere non debet. Et forte id ideo receptum fuit, quoniam adhuc ſupereſt utilitas in actionis qualitate juxta prædicta. Ubi tamen non diſſimulo ſcrupulum, quem nectit hic textus in fine. Nimirum Juſtin. ibi rationem diverſæ ſententiæ, quæ effici inutile legatum dicebat, ſuperveniente die vel conditione, hanc reddit, quod in eam cauſam deducatur res, à qua non poteſt incipere. Et igitur ſi initio purum fuiſſet debitum (hoc enim, ut purum legatum vel debitum potius ſit, facit conditio aut dies ſuperveniens) legatum non valuiſſet. Atquin hoc diſertiſſime repugnat his quæ ſupra diximus ex l. ſi creditori 28. de legat. 1. quod ſola qualitas & commoditas, quæ in actione eſt faciat ut legatum ſit utile. Nec alia eſt iſtorum inter ſe componendorum ratio, quam ut ponantur termini, quibus nulla utilitas eſt in actione pro legato, præ actione, quam habebat pro debito creditor, veluti ſi legaſſet quis per damnationem (ex quo genere legati tantum ex teſtamento perſonalis actio erat) quod ipſa ex contractu nonæ fidei debebat. Idque

& hodie obtinebit, ſi v.c. pecunia debeatur: ceteroquin ſi corpus ſit certum, cum ex *l. 1. C. comm. de legat.* actio in rem locum habeat, erit utique in actione hæc utilitas, quæ facit ut ſubſiſtat legatum. Ex quo apparet, quam anguſtis finibus, hodie iſta quæſtio ſit circumſcripta, & pauciſſimos & plane ratos eſſe caſus, quib. recte poſſit quæri & dubitari an legatum utile ſit: ſed omnino pene ſemper legatum utile futurum.

¶ Sed ut ponamus caſum habilem, quo † nihil in legato futurum ſit amplius, inter ſe opponuntur hic, & quaſi colliduntur, rationes duæ oppoſitæ, quando dies vel conditio ſupervenit. Altera eſt, valere legatum, quia initio conſtitit, altera negat valere, quia in eam cauſam perveniit à qua incipere non poteſt. Ille uſus eſt Papinianus. Actum nimirum qui initio conſtitit propter ſuperveniens aliquid extrinſecus, invalidum reddi non debere, quod nec novum eſſe ait JCtus *in l. in ambig. 85. de reg. iur.* Hac Paulus *in d. l. 82. de leg. 2.* uſus videtur: Actum redigi in irritum, ubi in eum ſtatum deductus eſt, à quo principium capere haud poſſet. Sunt iſtæ videlicet regulæ & propoſitiones probabiles ſaltem, & quæ exceptiones ſuas habent: ut proinde mirum non ſit, non omnibus JCtis in huiuſmodi quæſtionibus, ſemper idem placuiſſe. Eſt autem difficile, certam normam reperire & certos limites præſcribere, quibus alterutra harum propoſitionum habenda ſit vera vel falſa. Placet, inquit idem Paulus, extingui obligationem, ſi inciderit in eum caſum à quo incipere non poteſt *l. pluribus 140. §. 2. de verb. oblig.* exempla ſunt *in §. 2. verſ. Item contra infra de inutil. ſtip. & in §. ſi ſervus 6. infra de noxal. act. l. ſi à me 11. de iudic. l. 3. in fin. de his quæ pro non ſcr. l. quia 16. ad L. Aquil. l. pra parte 11. de ſervitut.* Nec tamen iſtud omnibus placuiſſe, indicium præbet *l. exiſtimo 98. eod. tit.* ibi, *maxime ſecundum illorum opinionem*, & fallit iſta regula quoque in ſpecie *l. 9. §. 1. de duobus reis*, & generale id non eſſe docet *l. in ambig. 85. de reg. iur.* Forte id admiſſum fuit facilius ab aliis in contractibus, quam in teſtamentis limitationem certam utique hæc regula habet, ut non ſit ei locus in actionibus, qui perfectionem ſuam adepti ſunt, veluti furor, qui impedit quidquam agi, quod tamen rite actum eſt, non tollit, ſi ſuperveniat. Et proinde fortaſſis non abſurde Paulus, in ſpecie legati de quo tractamus, putavit, ſuperveniente die vel conditione vivo adhuc teſtatore, inutile id fieri, quoniam legatum dictum morte teſtatoris habet exitum & affectum. Et male olim illi quorum meminit Faber hic, verba huius loci, *quia initio conſtitit*, ita acceperunt, quaſi ſignificarent, actum omnimodo eſſe perfectum: ceteroquin numquam aliud viſum fuiſſet Paulo & poſſit etiam quis eodem modo dicere, ex contractu naſci obligationem perfectam, eodem non extingui, licet in eum ſtatum res perducatur à quo non poteſt incipere, quia utique initio obligationem conſtitiſſe verum eſt, & id tamen repugnat diſerte textibus *in d. l. 98. & 140. de verb. oblig.* itaque ut actus maneat firmus, oportet eum omnino completum & abſolutum eſſe. Poteſt tamen ſuo modo legatum quoque pro perfecto haberi, & forte propter regulam Catonianam, quæ noluit ad teſtamenti tempus omnia referri, & ſtatui ex eo de validitate relictorum, quod moviſſe potuit Papinianum. Et ſunt hæc & talia eius generis, ut in utramque partem poſſit probabiliter diſputari. Illud apparet, oportere perſonam diſponentis, itidemque legatarii in eodem ſtatu manere, ſi enim quoad hos res deducatur in eum ſtatum à quo incipere non poteſt, mutato eorum ſtatu, dubio procul irritum fit legatum, velut ſi legatarius deportetur, eodemque refero caſum *l. 2. in fin. de his quæ pro non ſcr.* Et ita omnino limitandum eſt, quod dicimus, non extingui actum perfectum, licet in eum ſtatum perveniat à quo incipere non poteſt: niſi quod ſupervenit poſt, omnino repugnet naturæ actus, & cum illo, ut loquuntur, non ſit compatibile, veluti, ſi poſt teſtamentum perfectum, teſtator capitis diminutionem patiatur, conſtat irritari teſtamentum, ſicut & pro ſoluto habetur matrimonium, ſi alter conjugum fiat ſervus aut deportetur. Et hinc fit etiam, ut ſi cui ſervus furtum fecit, eius dominium conſequatur, actio noxalis extinguatur *l. falſus 43. §. ult. de furtis*, & in hanc ſere ſententiam etiam concludit Joh. Fab. hic.

TEXTVS.

13. Sed ſi uxori maritus dotem legaverit, valet legatum: quia plenius legatum eſt, quam de dote actio. Sed ſi quam non accepit, dotem legaverit, Divi Severus & Antoninus reſcripſerunt, ſiquidem ſimpliciter legaverit, inutile eſſe legatum: ſi vero certa pecunia, vel certum corpus, aut inſtrumenta dotis in prælegando

Digitized by Google

gando demonſtrata ſunt, valere legatum.

COMMENTARIUS.

AD primam partem huius §. diximus ad §. præc. cur valeat legatum dotis, & an hodieq; plenius ſit. Supereſt pars altera huius §. ſi maritus dotem, quam non accepit, prælegaverit. Et diſtinguitur quod aut ſimpliciter legavit maritus dotem, & inutile eſt legatum, aut legavit cum demonſtatione corporis alicuius vel pecuniæ, & utile eſt legatum, veluti Lego uxori centum, quę accepi in dotem. Et ratio expedita eſt, quoniam ſive illa verba, *quæ accepi in dotem*, accipiantur pro demonſtratione falſa, ſive pro falſa cauſa, neutrum legato nocet, de quo *infra h. tit. §. huic proxima* 30. *cum §. ſeq.* quod etiam in genere de debito falſo reſponſum eſt *in l. legavi* 25. *in f. de liber. legat.* & confirmatur reſponſio Pii in terminis legatæ dotis, & probat *l. 3. in f. C. de falſ. cauſa. l. ſi ſic.* 75. §. 1. *in fin. de legat.* 1. Videtur tamen contra reſponſum *in l. 1. §. adeo 5. de dot. præleg.* ſi quis legaverit centum quæ in arca habet, aut corpus, quod penes ſe depoſitum ſit, ſi nihil in arca, nec quidquam depoſitum fuerit, nihil deberi; idque etiam ad caſum non acceptæ & legatæ dotis adcommodatur: Ut paucis agam, placet diſtinctio Joh. Fabri, quod aut legatur quantitas, ut quantitas, & falſa demonſtratio non nocet, aut legatur corpus certum, vel quantitas ut corpus, veluti centum, quæ in arca habeo *l. ſeq. ſi 51. de legat.* 1. & hic aut corpus ſive ut ſpecies legata quantitas extat, & utile eſt legatum, aut non exſtat, & legatum eſt inutile.

Divi Severus & Antoninus] Atquin *in l. legavi* 25. *in fin. de liber. legat.* hoc tribuitur D. Pio. Forte idem repetierunt Impp. hic nominati. Sed & quod duobus tribuitur hoc loco, ſine vitio poteſt alterutri tribui, & conſtat Antoninum quoque Caracallam Severi filium licet indigniſſimum, Pii nomine uſum, eundemq; poſt mortem Divum appellatum.

In prælegando.] Dos dicitur prælegari & relegari, *tit. de dot. præleg.* quia non de novo legatur, ſed quod acceptum eſt, relegatur.

TEXTVS.

14. Si res legata perierit ſine facto heredis, legatario decedit. Et ſi ſervus alienus legatus ſine facto heredis manumiſſus ſit, nō tenetur heres. Si vero heredis ſervus legatus ſit, & ipſe eum manumiſerit, teneri eum Iulianus ſcripſit: nec intereſt, ſciverit an ignoraverit à ſe legatum eſſe. Sed & ſi donaverit ſervum, & is cui donatus eſt, manumiſerit eum, tenetur heres, quamvis ignoraverit, à ſe eum legatum eſſe.

COMMENTARIVS.

1 *Quid iuris, ſi res legata facto hominis perierit.*
2 *De ceſſione actionis.*
3 *Ad l. 18. §. ult. de dolo malo.*
4 *Quid ſi res legata fuerit evicta.*

HOc magis pertinet ad locum communem de modis tollendæ obligationis: nec enim proprium hoc eſt obligationi qua heres legatario tenetur, ſed commune, ut ſicut quivis debitor interitu naturali rei debitæ liberetur, *l. non amplius* 26. §. 1. *l. Titia* 36. §. *ult. de leg.* 1. Interitu naturali, inquam,

1 nam ſi perierit facto hominis, † non idem ſtatuitur. Et nimirum aut periit facto debitoris, ut ad hunc §. facto hæredis, & teneri debitorem ut æſtimationem præſtet, certi juris eſt *l. ſi ex* 23. *de verb. obligat.* aut facto alterius citra ullam culpam hæredis & hic, aut poſt aditam hæreditatem, & dari actionem L. Aquil. ipſi legatario ſcriptum eſt in *l. liber* 13. §. *ultim. Ad L. Aquil.* quoniam recta tranſit legati dominium, aut ante aditam hæreditatem; & cum hæres dominus retro fuiſſe intelligatur, quæritur de ceſſione actionis, & an pro ea cedenda ex teſtamento agere legatarius poſſit. Nimirum

2 hoc caſu hæreditatis, & conſequenter hæredi † poſt adeunti actio quæritur *d. l. 13. §. penult. Ad L. Aquil.* Et in *l. huic* 1. *eod. tit.* ait Ulpian. quod actio remaneat in hæreditate; Et non eſſe eam cedendam, ex altero caſu, quo ante aditam hæreditatem ſervus vulneratus fuit, (& ſcilicet poſt hæreditatem aditam mortuus) apparet, quo, legatario actionem cedendam eſſe reſpondet] Ctus. Cuius diſtinctionis hæc ratio eſſe videtur, quod ubi ſervus ante aditam hæreditatem mortuus eſt, ſuſpenſis adhuc viribus teſtamenti, non poteſt agnoſcere legatarius legatum; hoc enim demum facto intelligitur legatum recta à defuncto tranſiſſe in legatarium. At ubi adhuc vixit ſervus hæreditate adita, agnitionī locus eſt. Et cum ſervus eſſet vulneratus ante aditam hæreditatem, quo puncto illati vulneris actio naſcitur, ea non potuit adquiri re-

Digitized by Google

&a legatario, sed hæreditati, & per eam hæredi quæsita cedenda est. Ex quo fit perspicuum, quod dicitur vulgo, hæreditatis aditionem retrotrahi ad tempus mortis, non simpliciter verum esse, sed tantum quo ad jus hæredis, & quo ad hoc, ut ne umquam sine hærede testator intelligitur fuisse. Sed objicitur *l. arbitrio* 18. §. *ultim. de dolo.* ubi servo

3 † promisso per alium occiso, debitori denegatur actio L. Aquiliæ, quoniam obligatione sua per factum tertii sit liberatus, & ob id actio doli creditori proponitur, quæ ultimum subsidium est, & omni alio remedio deficiente datur, cui non esset locus, si actio cedi posset. Cum igitur & hic per vulnerationem servi & mortem eius subsequutam liberatus sit heres, & pariter ei deneganda erit actio L. Aquiliæ, quam adeo nec cedere poterit, & legatarius actionem doli erit remittendus. At contra cum debitor sit utique adhuc dominus servi, non potest negari, quin ipso jure actio L. Aquilæ ipsi quæsita sit, quam cum adeo cedere possit, non videtur ad actionem famosam doli recurrendam. Mihi hæc primum ratio differentiæ occurrit, inter casum quo servus vulneratus ante hereditatem aditam, post eam aditam obiit, & quo adita hæreditate occisus est; Hoc nimirum casu statuemus idem quod in *l. arbitrio* 18. §. *ult. de dolo.* ut liberato hæredi, contra occidentem sit danda actio de dolo: ubi videlicet servus per damnationem est legatus, quo casu tantum actio personalis ex testamento contra hæredem dabatur. Cetero-quin contra ipsum occisorem competit actio L. Aquiliæ legatario, ubi per vindicationem legatus est servus, ad quem casum *d. l. lib.* 13. *ult ad L. Aquil.* referenda est. Atquin ubi servus legatus vulneratus est ante aditam hæreditatem, actio illo ipso puncto est ipsi hæreditati quæsita plene & perfecte, cum nec dum certum esset, an forte legatarius agniturus an repudiaturus esset legatum; nec adeo dici potuerit certo, per factum tertii hæredem esse liberatum; itaque agnoscente post legatario recta agitur ex testamento, ut actio L. Aquiliæ cedatur. Hoc est primum quod responderi esse puto. Deinde videtur hæc res in quadam subtili ratione juris, ut alia multa posita; & diversa ingeniâ JCtorum, diversas rationes videntur secuta: ubi servus debitus per alium sive culpa debitoris decciditur, liberatur debitor ab obligatione; & actio L. Aquiliæ competit ei cuius interest: debitoris autem, qui liberatus est, servum occisum esse non interest itaque nec videbitur ipsi danda actio L. Aquil. quam rationem est secutus JCtus in *d. l.* 18. §. *ult. de dolo.* Ubi ait denegari liberato debitori actionem L. Aquiliæ; quæ res necessariam actionem de dolo facit; cum actionem quæ ipsi negatur, non possit cedere debitor. Sed alii, ut putarent posse cedi actionem, hac ratione moti videntur, quod utique, ut dixi adhuc ipso jure debitor fuit dominus, cui adquisita fuit actio L. Aquiliæ, & licet debitori agenti obstatura fuisset exceptio, quod ipsius non interesset; non ob id ea exceptio posset obstare agenti creditori, & ipsa verba *dict. leg.* 18. § *ultim. de dolo denegari debitori actionem*: efficiunt, quod ipso jure ipsi actio competat. Hic enim sensus est propositionis hujus, *denegari actionem*, quod actio ipso jure competens, non admittatur à prætore, quemadmodum in *l. si ita* 4. *in pr. de re indic.* Hæc ad istius controversiæ explicationem; quam vides à nullo Interpp. extricari. Insubtilis enim plane & divinatoria est Bartoli & aliorum distinctio, sive inter causam lucrativam & onerosam; sive an servus debitus sit occisus odio & contemplatione debitoris an creditoris; Ut illo casu quæsita sit actio debitori, quam cedere teneatur; hic autem creditori detur actio doli, cum ipsi utpote non domino actio L. Aquiliæ haud potuerit quæri. Jam ad materiam & §. nostrum regrediamur. Liberari diximus hæredem, si alterius facto res debita pereat, & scilicet si servus occidatur ab alio; sive occidatur, qui servus proprius fuit testatoris, aut hæredis; sive servus alienus quem testator legavit. Idem est, si facto domini servus alienus legatus manumittatur sine culpa hæredis *l. si heres* 35. *de legat.* 1. quæ manumissio hactenus morti comparatur *l. si mihi* 91. *de solutionibus*, ideoque nec ad æstimationem tenebitur, quia ad hanc tenetur si res extat, quam dominus vendere non vult §. *non solum* 4. *sup. h. t.* Liberatur itidem naturali interitu rei; si videlicet ante moram res perierit. Certa enim est juris nostri regula, quod mora perpetuet obligationem, & quod si post pereat res, perinde teneatur reus, ac si adhuc superesset, *leg. si ex* 23. & *leg. si servum* 91. §. *sequitur* 3. *de verb. oblig.* Hæc nimirum regula est. Quod si enim debitor ostendere possit rem debitam fuisse æque naturaliter perituram apud creditorem, & nihil ad eum ex re etiam soluta perventurum commodi, exceptione defendi & absolvi poterit, de quo infra in materia obligat. commodius dicemus.

4 Quid autē si res legata non † perierit, sed à tertio evicta fuerit & ablata legatario? Hic prima distinctio est, quod, aut legatus fuit, verbi causa, homo in

mo in genere, aut in ſpecie, ſeu, potius in individuo. Evictionis cauſæ duæ ſunt, vel quia res aliena fuit, quam evincit dominus; vel quia obligata pignori (quam creditor evincit. Et ſiquidem per creditorem ut pignori obligata evicta fuerit, ſimpliciter tenetur hæres, non tantum ſi homo in genere legatus fuerit, ſed etiam ſi in ſpecie: quoniam ſi teſtator leget rem quæ nexa eſt pignori, hæres luere etiam & liberam præſtare tenetur, ut tractatur *ſupr. h.t. in* § *ſed & ſi* 5. Sin evincatur ut aliena, à domino, ſiquidem in ſpecie Stichus, aut Pamphilus legatus fuit, nihil præſtat hæres, qui præſtatione corporis legati liberatus eſt, dum tale præſtat, quale fuit apud teſtatorem *leg. cum pater* 77. §. *evictis* 8 *de legat.* 2. Ubi videlicet legavit tamquam ſuam. Quod ſi enim legaverit tamquam alienam, utique eam præſtare tenetur legatario hæres; ſed legaverit teſtator rem, quæ putabatur eſſe Titii, & hæres eam redemptam à Titio præſtiterit legatario, & poſtea alius eam evincat legatario; pariter negabo teneri heredem, quippe qui precium bona fide pro re dedit, ſed contra Titium regreſſum habebit legatarius, vel potius, aget contra heredem, qui rem emit à Titio, ut ſibi actionem de evictione cedat. Quod ſi homine in genere legato, Stichus ſolutus ſit evictus omnino hæres tenetur, *l. ſi à ſubſt* 45. §. 1. *de leg.* 1. *l qui concub.* 29. § *ſi hæres de leg.* 3. qui textus cum loquantur de ſervo generaliter legato, hoc ipſo argunt, ſecus eſſe ſi ſervus in ſpecie fuiſſet legatus. Atq; hæc hactenus.

Diximus ob factum ſuum hæredem teneri: Factum duplex eſt, ſi occidat ſervum, ſi manumittat ſervum, hactenus enim manumiſſio morti comparatur *l. ſi mihi* 92. *de ſolut.* neque enim libertas data poteſt revocari. Utrumque, ſive occidat, ſive manumittat ſervũ, qui fuit teſtatoris; ſive qui fuit ipſius: quoniam adita hæreditate confunduntur patrimonia, & teſtator cum honoret hæredem jus habet pene de bonis ejus (quo ad legandum & fideicommittendum) ac de propriis ſtatuendi. Nec rurſum intereſt utrobique, an hæres ſciens, an ignorans ſervum legatum, eum occiderit, aut manumiſerit; neque enim facto ſuo, obligatione, quæ per aditionem hæreditatis contracta eſt, liberare ſe poteſt.

Nec multum obſtat *lex in ſumma* 61. §. *penultim. de condict. indeb.* ubi, qui ſervum ſibi indebite ſolutum bona fide manumittit, non tenetur; Quoniam condictio indebiti, datur ex æquitate ad auferendum injuſtum lucrum vel ſaltem iniquum. Itaque non æquum eſt eum teneri hac actione, qui bona fide manumiſit ſervum, qui facto præſertim ipſius putativi debitoris domini in alium translatus fuit. Atquin quod hæres ignorans ſi quid faciat contra legatum non teneatur diſerte probatur ex *l. cum hæres* 24. *de liber. leg.* An diſtinguimus inter legatum & fideicommiſſum? Sed vix apparet ratio, & ea hodie nulla fuerit. An inter rem legatam, & quod in facto conſiſtat? Nec hic rationem video. An potius an quid faciat hæres ante aditam hæreditatem, an poſt; ut hoc caſu omnimodo teneatur, poſtquam adeundo obſtrictus eſt legatariis, non autem illo, ſi bona fide quid fecerit, & ignorans legatum à ſe eſſe; ſi enim ſciens fecerit, ob dolum tenebitur *d. l.* 24. Et ita Accurſ. ad *d. l.* 24. quæ ſane eſt ad hunc §. inſignis & notanda limitatio. Idem eſt porro, ut in fi. hujus §. traditur, ſive manumiſerit hæres ſervum, ſive eum quocunque modo alienaverit, & novus dominus ſervum manumiſerit; quod utrumque traditum quoque eſt in *l. ſi quis* 112. §. 1. *de leg.* 1. Hæc ſatis, quinimmo forte plus ſatis adhuc §.

TEXTUS.

15. Si quis anciſſas cum ſuis natis legaverit, etiamſi ancillæ mortuæ fuerint, legato partus cedunt. Idem eſt, & ſi ordinarii ſervi cum vicariis legati fuerint: qua licet mortui ſint ordinarii, tamen vicarii legato cedunt. Sed ſi ſervus fuerit cum peculio legatus, mortuo vel manumiſſo ſervo, vel alienato, peculii legatum extinguitur. Idem eſt, ſi fundus inſtructus, vel cum inſtrumento legatus fuerit, nam fundo alienato & inſtrumenti legatum extinguitur, ſi grex legatus fuerit, & poſtea ad unam ovem pervenerit, poteſt vindicari quod ſuperfuerit. Grege autem legato, etiam eas oves, quæ poſt teſtamentum factum, gregi adjiciuntur, legato cedere Julianus ait. Eſt autem gregis unum corpus ex capitibus diſtantibus: ſimul ædium unum corpus eſt, ex lapidibus cohærentibus. Ædibus denique legatis columnas & marmora, quæ adjecta ſunt poſt factum teſtamentum, legato dicimus cedere.

COM-

Digitized by Google

COMMENTARIVS.

1 *Si quid deceſſit legato.*
2 *Si quid legato acceſſit.*
3 *De forma legati mutata.*

LEgatum, vel res legata, aut manet in eodem ſtatu quo tempore teſtamenti fuit, aut non manet. Circa quod triplex eſt inſpectio, aut enim aliquid ei decedit, aut aliquid accedit, aut forma rei aliquo modo mutatur; de quo poſteriori caſu hic non agit Juſtinian. Et ponimus hæc accidiſſe vivo teſtatore; quod ſi enim eo mortuo poſt diem legati, cedentem tale quid accidat, non magnam ea res habet dubitationem, videamus de ſingulis.

1 Circa primum ſi aliquid † deceſſerit, ita jus eſt, ut nec extinguatur, nec ab hærede ſuppleatur legatum ſed quod ſupereſt, præſtetur; cujus rei quatuor hoc tit. ſunt exempla. 1. ſi ancillæ ſint legatæ cum natis: Illis enim licet mortuis, hi debentur, *h. text. in pr. & l. ſi ancilla 62. cum l. ſeq. de leg. 1.* Deinde, ſi ſervi ordinarii legati ſunt cum vicariis: illis enim mortuis hi nihilominus debentur *h. text. verſ. idem eſt & l. 4. de pecul. legat.* Rationem addunt Dd. quia perſonæ non accedant perſonis. Ex quo fere concludit Angel. hic ſecus forte ſi quis legaverit vaccam cum fructu, quod ego falſum eſſe puto; licet idem probet Joh. Fab. Tertium exemplum eſt, ſi grex legatus ſit, & aliquot capita deceſſerint; quæ n. ſuperſunt debentur, etiamſi vel unicum caput ſuperſit *h. text. verſ. ſi grex & l. ſi gregem 22. de legat. 1.* in qua ipſa lege eſt ratio dubitandi, quod ita deſierit eſſe grex; atquin gregem legavit teſtator. Sed ratio decidendi eſt, à præſumpta voluntate teſtatoris, qui appellationem retulit ad facti teſtamenti tempus, & ad quem gregem integrum voluit pertinere, ad hunc quod ſuperfuit, & unum vel alterum caput pervenire etiam voluiſſe intelligitur; ut perinde ſit, ac ſi ſingula capita diſtinctim legaſſet; & eo pertinere videtur, quod Juſtinian. ſubjicit eſſe gregem unum quidem corpus, ſed ex diſtantibus capitibus; quo ipſo differt ab ædibus, quas mox addit eſſe unum corpus, ſed ex cohærentibus; quæ diſtinctio corporum etiam proponitur in *l. in rem 23. §. Item quæcunq; §. verſ. at in his de rei vindic. l. rerum 30. in princ. de uſucap.* Itaq; ædibus legatis dirutis vivo teſtatore, cementa & lapides non debebuntur. Quod autem hic de grege dicitur, id nimirum locum habet in legato proprietatis, ſecus ſi uſus fructus gregis relictus fuerit *l. fin. quibus mod. uſufr. am.* rationem differentiæ dedimus ad §. *finitur 3. in fin. ſup. de uſufr.* Quartum exemplum eſt, ſi peculio legato aliquid deceſſerit: de quo quia pleniorem tractatum habet, dicemus ad §. ſeq. Hæc autem propoſitio: Quod ſupereſt, deberi, limitatur, niſi iſtud quod deceſſit, ſit principale: quo ſublato nec debetur acceſſorium quod ſupereſt, *lib. 2. de pecul. leg.* Id oſtenditur duobus exemplis hoc textu, primum eſt, ſi ſervus, qui fuit legatus cum peculio, manumiſſus mortuus, aut alienatus fuerit; tum enim nec peculium debetur *h. text. verſ. ſed ſi ſervus. & l. 1. de pecul. legat.* Iſt enim peculium putum acceſſorium, 1. ſi fundus legatus cum inſtrumento alienatus fuerit, (videlicet voluntarie citra neceſſitatem, juxta notata ſup. *ad § ſi rem ſuam 12.*) hic enim nec inſtrumentum, ut puta fundi acceſſorium debetur, *h. text. verſ. idem eſt & l. 1. §. 1. de inſtruct. leg.* quia tamen in re ſibi contradicere videtur ipſe Paulus (cujus eſt *d. t. 1.*) *in l. ſi cui 5. eod. tit.* Nam cum Juſtinian. hic idem juris ſtatuat, ſi inſtructus fundus & fundus cum inſtrumento fuerit legatus, eademque conjungat Paulus in *d. l. 1.* idem tamen in *dict. leg. 5.* ea ſeparat, & fundo inſtructo legato, licet fundus ſit alienatus, tamen inſtrumentum peti poſſe ait, Hottoman. id refert ad æmulationem Pauli cum Labeone. Sed enim præſtat cum *gloſſ. Bart. & alii* diſtinguere, an legatus ſit fundus cum inſtrumento, an fundus & inſtrumentum, ut quidem ipſe Paulus diſtinguit in *dict. leg. 5.* atquin in *dict. leg. 1. & in h. §.* agitur de fundo legato cum inſtrumento. Aut erit dicendum, inſtrumentum, homonyme ſumi; modo pro inſtrumento ruſtico quod fundo alienato nullo modo poterit peti; modo pro rebus quæ ibi ſunt pro uſu patriſfamilias, & faciunt, ut fundus ſit inſtructus; quod genus inſtrumenti etiam fundo alienato debeatur. Hæc ſunt duo exempla quæ doceat acceſſorium legatum extingui, ſi ſublatum fuerit principale quod vere tale eſt, non ſaltem aliquo modo; quod cujuſdam quaſi ſublimitationis loco notandum eſt; propter ſuperiora exempla, quibus diximus deberi ex legato, quod ſupereſt. Nam & nati poſſint videri acceſſiones matris, & magis vicarii, ſervorum ordinariorum. Sed re vera ita res ſe non habet; liberi enim ut editi ſunt primum, ſe paratam penitus habent exiſtentiam. Ita quoque vicarii ſervi, qui quaſi ſunt ſubjecti ordinariis, ex ſe acceſſiones non ſunt ordinariorum, ſed revera ſunt conſervi, ut Horatius quoque 2. Serm. 7.

Seu vicarius eſt qui ſervo paret, uti mos
Veſter ait, ſeu conſervus.

Eſtque

Eſtq; ea qualitas vicariorum ex ſola & eadem mutabili domini deſtinatione. Attamen procedit ſententia huius §. ſi diſerte ſint legati vicarii cum ordinariis; nam quatenus conſiderantur vicarii, ut ſunt in peculio ordinariorum *l.17. in fin. de pecul.* ſi ordinarius legatus ſit cum peculio, & alienatus fuerit, prorſus vicarii, qui in peculio ſunt, non debebuntur. Illud denique annotandum, illa quæ diximus acceſſoria, ut non debeantur, ſublato principali, non ſimpliciter eſſe acceſſoria, nec ita ut etiam principale neceſſario aſſequantur; ſiquidem ſervo ſimpliciter legato peculium non debetur, *l. ſi legatur 24. de pecul. legat.*

Hæc de priori membro, ubi legato aliquid de-
3 ceſſit. Si quid acceſſerit,† quod poſterius membrum erat, hæc regula eſt, quod una cum ipſa re legata debeatur quod acceſſit, aut adjectum eſt. Eius rei tria exempla proferuntur h. t. 1. ſi gregi legato poſt teſtamentum adjiciantur plura capita, & ipſa debentur *h. t. & verſ. grege l. grege 22. de legat.* 1. Deinde ſi ædibus legatis aliquid fuerit poſt adjectum *h. t. verſ. ædibus.* 3. ſi peculio legati aliquid acceſſerit, de quo agemus in textu ſeq.

Supereſt ut de mutatione rei aliquid dicamus; quæ tamen aliquando in ſpeciem, vel caſum de-
3 ceſſionis,† aut acceſſionis incidit, veluti ſi areæ imponatur ædificium, aut deſtruatur ædificium, acceſſio &, deceſſio eſt, & tamen ſimul mutatio formæ; ſiquidem cum ædificium imponitur deſinit eſſe area. Quod ſane in exemplis ſuperioribus non eodem modo ſe habet. Et hæc tamen eſt ſimilitudo, quod ſicut, quod ſupereſt, & quod acceſſit ſimul debetur; ita & in hac mutationis ſpecie, ut nimirum domo legata deſtructa debeatur adhuc area, *l. ſi grege 22. de legat.* 1. (quod in uſufructu ſecus eſt *l. repeti 5. §. 2. quibus mod. uſusfam. am.*) & areæ legatæ ædificium impoſitum ſimul cum ipſa area debeatur *l. ſervum 44. §. ſi areæ 4. de legat. 1. l. ſi areæ 39. de leg. 2.* Cui tamen contradicit ſatis expreſſe *l. ſi chorum 79. §. penultim. de legat. 3. & l. ſi ita 65. de leg. 1.* ubi ait JCtus, ſi ædibus legatis & deſtructis ædificaverit teſtator novas, has non deberi, quæ tamen poterant videri ſubrogatæ in locum priorum: & multo minus ergo debebuntur, quæ cum area tantum legata eſſet, de novo impoſitæ fuerunt. Nihil habet Acc. quod reſpondet, niſi in his caſibus mutatam fuiſſe voluntatem. At enim hæc quærimus, An voluntatis mutatio ex hoc præſumatur, quod areæ ædificium impoſuit teſtator; quod ſane ſatis perſpicue affirmatur his duobus textibus, quibus legatum peti poſſe negatur; contra *d.l. 44. de leg. 1.* Ego priorem ſententiam quod legatum non ſit extinctum magis probaverim; non enim revera hæc eſt mutatio, quam nullam in ſe patitur area, ſed eſt acceſſio. Ex quo etiam eſt, ut ſiquis in alieno ſolo ponat ædificium, non habeatur pro ſpecificante, & quaſi qui effecerit ſpeciem novam, & formam novam introduxerit; ſed ædificium domino ſoli cedit §. *ex diverſo 31. ſupr. de rer. diviſ.* Itaque hæredem oportebit probare, mutatam eſſe voluntatē juxta *d.l. 44. §. 4. de leg. 1.*

In altero caſu principali; quando poſt factum teſtamentum, res legata novam ſuſcipit formam; videatur eadem diſtinctione utendum, cum quæritur an legatum extinguatur, an res debeatur, quam propoſuit Juſtin. in § *cum ex aliena 25. ſup. de rer. div.* an nimirum ſpecies poſſit facile redire ad priorem materiam an poſſit: ut hoc caſu extinctum cenſeatur legatum, illo autem ſpecies debeatur adhuc, cum forma tam facile mutabilis non videatur dare verum eſſe: quæ etiam non obſcura eſt ſententia Pauli in *l. quæſitum. 78. §. illud. 4. de legat. 3.* ubi ait, argenti appellatione etiam argentum factum contineri; ex hac ratione, quod quæ talis naturæ ſunt, ut in initia ſua ſæpius redigi poſſint, ea materiæ potentia victa, umquam eius vires effugiant. Quæ ratio ſi eſt bona, omnino concludit, pocula, quæ facta ſunt ex maſſa argenti legata, adhuc deberi; quod in aliis ſecus erit, velut, ſi ex marmore ſtatua facta ſit; de quo in *diſt. leg. 78.* reſpondet Paulus ex contraria ratione, marmore legato, non etiam ex eo factas ſtatuas ſed tantum rude marmor legatum videri quamvis pluſculum in hac materia, videatur formæ tribuere Africanus (in iisdē terminis quos Paulus ponit in *d.l. 78.*) in *l. qui uſumfructum 36. in pr. de uſufr.* Et convenienter ſuæ illi ſententiæ Paulus in *l. una 88. de leg. 3.* reſpondet maſſa legata deberi ſcyphos ex ea factos: ſecus ſi ex tabulis legatis navis vel armarium, aut ex lana legata veſtis facta fuerint: quoniam in his potior eſt ratio formæ; neque hæc ita commode ad ſua principia & materiam priſtinam redigi poſſunt; imo vix poſſunt; licet de lana legata & veſte ex ea facta contrarium reſponſum ſit, in *l. ſervum 44. §. 1. de legat. 1.* ubi refertur & probatur Juliani ſententia. Divinatorium enim & commentitium eſt, quod Acc. reſpondet, in *diſt. leg. lana 88.* demū poſtquam dies legati ceſſerat ex lana veſtimentum factum fuiſſe. Quidam forte in dubio maluerunt reſpondere pro conſervatione voluntatis defun-

Digitized by Google

cti, ut ea ſalva maneret, niſi voluntatis mutationẽ probaret hæres, ſed & quam ſupra notavimus in §. *eum ex aliena de rer. div.* ſententiarum varietas, eadem in hac affini quæſtione JCtos agitaſſe videtur; neque facere potuerunt compilatores, ut non huiuſmodi diſſenſionum aliquam multa nobis veſtigia reliquerint.

TEXTVS.

16. Si peculium legatum fuerit, ſine dubio, quidquid peculio accedit vel decedit, vivo teſtatore, legatarii lucro eſt vel damno. Quod ſi poſt mortem teſtatoris ante adiram hæreditatem, ſervus aliquid adquiſiverit, Iulianus ait, ſiquidem ipſi manumiſſo peculium legatum fuerit, omne quod ante aditam hereditatem adquiſitum eſt, legatario cedere, quia huiuſmodi legati dies cedit ab adita hæreditate. Sed ſi extraneo peculium legatum fuerit, non cedere ea legato, niſi ex rebus peculiaribus auctum peculium fuerit. Peculium autem niſi legatum fuerit, manumiſſo nõ debetur, quamvis ſi vivus manumiſerit, ſufficit, ſi non adimatur: & ita Divi Severus & Antoninus reſcripſerunt. Iidem reſcripſerunt, peculio legato non videri id relictum, ut petitionem habeat pecuniæ, quam in rationes dominicas impenderit. Iidem reſcripſerunt, peculium videri legatum, cum rationibus redditis liberẽ eſſe juſſus eſt, & ex eo reliqua inferre.

COMMENTARIVS.

DIximus nos ſeparatim acturos de hoc §. qui alias pertinet ad materiam textus præc. de eo quod accedit & decedit legato: Utrumque enim in legato peculii vel ideo facile accidit, quod peculium, eſt inſtar cuiuſdam univerſitatis, & in eo inſunt res, nomina, jura active & paſſive *l. ſi ex duobus* 32. *in fin. princip. & paſſim t. t. de pecul.* ideoque dicitur, creſcere, decreſcere, mori *l. peculium* 40. *in prin. de pecul. l. peculium* 65. *de legat.* 2. Et de peculii legato, ubi quid peculio decedit vel accedit, aliquot caſus hic proponuntur, quorum omnium & ſingulorum decidendi ratio ſumenda eſt ex eo, quod ipſe Juſtinian. in uno caſu tradit, nimirum ex tempore quo cedit dies. Cedere enim diem, in jure noſtro ſignificat, incipere deberi *l. cedere* 213. *de V.S.* inde enim fit, ut quod iſto tempore in peculio eſt, id debeatur legatario. Diverſimode autem pro diverſitate caſuum in hoc legato, cedere diem hic textus oſtendit. Et nimirum (quæritur enim de eo quod acceſſit peculio) acceſſit aliquid peculio, aut ex rebus peculiaribus, & omnino tamquam purũ putum acceſſorium, cuicunque ſit legatum peculium, debetur, aut acceſſit aliunde, & hic, aut acceſſit ante mortem teſtatoris, & itidem debetur omnimodo aut poſt mortem teſtatoris; & hic iterũ, aut fuit peculium ipſi ſervo manumiſſo legatum, aut alii; & hoc caſu non debetur, quod acceſſit, ſed illo caſu debetur, quidquid etiam ante aditam hæreditatem acceſſit. Ratio eſt, quam jam diximus, quoniam iſto caſu, ubi legatum eſt peculium ipſi ſervo manumiſſo, ſicut libertatis, ita & legati peculii dies cedit demum ab adita hæreditate, hoc textu, *& l. hæredis* 7. *§. ult. cum leg. ſeq. quand. dies leg. ced.* atquin ubi legatum eſt peculium alteri, dies ſicut & in aliis legatis cedit à morte teſtatoris *leg. à Titio* 64. *de furtis l. un. §. in fin. C. de ead. toll.*

Et hoc generale eſt in omnibus legatis, quibus aliquid acceſſit; neque enim poteſt ad legatarium pertinere, niſi id quod in legato eſt, cum incipit dies cedere, id eſt, cum incipit res deberi, & in obligatione eſſe *dict. leg.* 213. *de V.S.* & tempus iſtud neceſſario inſpici debet, ubi quæritur quantum ſit in legato. Et hæc eſt ſumma huius § uſque ad *verſ. peculium*: quæ etiam proponitur in *leg. denique* 8. *§. ultim. de pecul. leg.* hoc addito, quod ex voluntate teſtatoris, ſi ea probetur, (quod generale eſt) etiam extraneo debeantur, quę poſt mortem acceſſerunt. Et tamen illud ibi inſubtile videtur; quod in principio ſcribit JCtus, ſi ipſi ſervo ſit legatum peculium, ſpectari tempus quo dies cedit; ſin alii, mortis tempus, neque enim hoc caſu mortis tempus, eſt illud quo dies cedit. Neque hoc aliter defendi, aut excuſari poteſt, quam quod tempore Juriſconſultorum ex Lege Julia Papia, dies legati non à die mortis, ſed à die apertarum tabularum cedebat. Itaque ſtante hac conſtitutione L. Juliæ Papiæ quærenda fuit alia ratio, cur ubi peculium extraneo legatum erat, illud tantum eſſet & veniret & legato, quod fuit tempore mortis. Idque veſtigium juris veteris notandum eſt.

Peculium autem.] Sequuntur hic tres caſus deciſi conſtitutione Impp. Severi & Antonini. Primus,

mus; peculium nisi nominatim legatum fuerit, manumisso servo per testamentum, non deberi *l. ult. Codic. de pecul. eius qui lib.* Sed ratio diversitatis quæritur, cur aliud sit, si servus inter vivos manumissus fuerit, cui hoc ipso, quod non adimitur, peculium concessum intelligitur, *h. text. & d. l. ult. l. si Stiebo 53. de pecul.* cum tamen voluntates ultimas latius interpretari soleamus. An forte quod hic etiam agitur de præjudicio hæredis, quem testator ultra id quod expressit, non intelligitur velle gravare. Job. Faber hanc reddit rationem, quod liberalitas inter vivos propter merita dari soleat, non ita in ultimis voluntatibus, in quibus solent homines alios esse liberaliores. Glossa. & pleriq; hanc rationem dederunt, quod manumissus debeat operas patrono pro quib. credatur peculium relictum ipsi esse; Cui male objicit Faber, quod etiam testamento manumissus operas filio debeat; quod ego puto esse falsum; Orcinus enim libertus qui vocatur, directo manumissus, nullitenetur præstare operas. Neque obstat *l. si operarum 29. de oper. lib.* Ibi enim vivus libertatem dedit; sed quæritur ibi de præjudicio operarum cœpto, in hæredem transferendo mortem patroni v. tamen quæ noto ad *fin. §. 2. inst. de sing. reb. per fideic.*

Peculio legato.] Alter hic casus est. Quod si peculium relictum sit servo, non propterea petere possit, quam in rationes domini impendit pecuniã. Rationem dubitandi puto hanc fuisse, quod hoc modo, dominus peculiaris debitor servi constituitur *l. quam 7. §. sed & 6. de pecul.* Sed est illud non verum debitum, & quod hactenus esse in peculio intelligitur, ut veniat in actionem de peculio; cum eam servo nulla ex hac causa competere possit actio, & ut Theoph ait, tantum quæ in promptu sũt & in parato legasse dominus appellatione peculii censetur. Ex quo etiam fit, ut licet servo manumisso inter vivos non sit ademptum, & ita permissum peculium, nihil tamen exigere à debitoribus peculiaribus servus possit *l. si Stiebo 53. de pecul.*

Peculium videri legatum.] Tertius casus, cum liber esse servus jussus est rationibus redditis, & ex eo reliqua inferre videri peculium legatum; nimirum ex posterioribus verbis, quibus reliqua & scilicet quæ debet, inferre jussus est, *l. denique 8. §. Item Sabinus 7. de pecul. legat.* priora enim non inferunt legatum peculii; nec quidem, si vetuerit testator rationes exigi à servo *l. domianus 23. §. servus 2. de pecul. legat.*

* * *

TEXTVS.

17. Tam autem corporales res legari possunt, quam incorporales: & ideo quod defuncto debetur, potest alicui legari, ut hæres actiones suas præstet legatario: nisi exegerit vivus testator pecuniam: nam hoc casu legatum exstinguitur: Sed & tale legatum valet: Damnas esto heres meus demum illius reficere, vel, illum ære alieno liberare.

COMMENTARIVS.

Tam autem corporales.] Est quasi conclusio ad tractatum de rebus, quod sc. omnes res etiam jura & res sc. quævis incorporales legari possint *l. cetera 41. in pr. de leg. 1. §. ult. sup. de serv. prad.* Est autem in his verbis trajectio: & dicendum potius erat; legat posse res tam incorporales, quam corporales, quoniam de his dubitatio minor est.

Et ideo quod defuncto.] Diximus *ad §. si quis debitori 13. supr. h. t.* posse legari & quod quis debet, & quod sibi debetur; & hoc rursus tum debitori ipsi, quod dicitur legatum liberationis, de quo ibidem egimus: tum alii, quod est legatum nominis; de quo hic agendum est. Et illud initio instituendum est, valere huiusmodi legatum: Centum quæ mihi Titius debet ex mutuo, lego Sempronio. Quæstio est, quis sit effectus huius legati. Quid enim si Titius forte non sit solvendo, quæritur an legatarius nihilominus centum ab herede exigere possit. Quod hic satis negat, dum docet Justinianus, legato hoc contineri, ut actiones suas hæres legatario præstet: *l. si sic legatum 75. §. quod si 2. in fin. & l. legatum 104. de legat. 1. iunct. l. nominis 18. Codic. eod.* Sed quid si hæres non cesserit actiones, an nullo alio remedio legatario poterit esse consultum? olim fuit nullum plane, nec enim aliquid legatarius contraxit cum debitore, nec ex legato creditori actio contra debitorem legatario parari potest. Quæ in casibus aliis ratio quoque est, si nomen fuerit venditum, aut donatum. Sed cũ fieret aliquando, ut actionum cessio differretur, aut etiam non posset fieri, ut in specie *Cod. de oblig. & act.* succurrit Imp. Pius & constituit, ut etiam citra cessionem (qua facta nomine cedentis directa exercetur actio & cessionarius sit procurator in rem suam (competeret utilis actio emptori no-

Digitized by Google

minis & aliis similibus, *l.si cum 16. in princ. de pact. l. nominis* 18. *Cod. h.t.* qua de re accurate in *Tract. de actionib. disp.* 4.

Nisi exegerit vivus] Si testator sibi debitum, quod legavit, ipse exegerit à debitore legatum extinguitur *h* §. *& leg. si sic.* 75. §. 2. *de legat.* 1. *argum. l. non solum* 7. §. *liberatio* 4. *de lib. leg.* perinde ut si quis quod legavit, alienaverit juxta §. *si rem* 15. *inf. h.t.* Et tamen hoc nostro casu maior est ratio: nam legatum etiam alienæ rei debetur; atquin cum hic solum teneatur hæres ut actiones præstet, exacto debito, & sublatis ita actionibus, nihil deberi amplius legatario potest, qui agere ut sibi cedantur actiones, utique non potest; quam rationem differentiæ ipse reddit JCtus in *l. fideicommissa* §. *ergo etsi* 15. *de leg.* 3. ubi tamen addit, aliquando secus fore, & non extingui fideicommissum, si exactam pecuniam depositio testatore habuerit, ex quo voluntatem non mutatam colligatur. Itaque hoc casu non ut actiones cedantur, quæ nullæ amplius sunt, legatarius experietur aut fideicommissarius. Sed recta legatum patet. Alterum autem in d. §. 13 huc proprie non pertinet, si scil debitor ipse pecuniam obtulit, quam cum creditor accipere teneatur, non potest mutata intelligi voluntas: hoc autem §. nostro fuisse pecuniam exactam proponitur: & potuit eius actionis justa fuisse causa, quod forte debitor incipiebat labi bonis, & hic itaque si præsertim pecuniam exactam in depositio apud se testator habuit, dicemus eam deberi: videtur autem utrumque conjunctim requiri, ut & ultro oblata sit, & in depositio habita: etenim per solutionem factam extingui legatum nominis simpliciter responsum est *in l. si id* 21. *in pr. de lib. leg.* vix enim est, ut id restringi possit ad casum, quo testator petiit. Plane in dubio, animo adimendi exactam pecuniam præsumimus: itaque onus probandi incumbet legatario, *l. pen.* §. *ult. de adim. leg.* Sed quid si testator instituta actione contra debitorem, antequam sententia sequeretur & solutio, decesserit? an debebitur legatum? videtur quod non: tum quod ex instituta actione præsumitur mutatio voluntatis, tum quod actio in judicium deducta consumitur, (quamvis nova judicati nascatur) & plane quod improbus debitor moram nexuit non debet prodesse legatario. Sed contra facit, quod res nec-dum desiit plane esse integra, & supra ad §. 12. diximus, venditione non præsumi sublatum legatum, nisi secuta sit traditio, sed tamen alia ratio est, quod traditio est voluntatis, at condemnatum facere debitorem non est penes creditorem. Neque obstat *l. neposi* 6. *de instr. leg.* quia ibi legatum ita fuit: *Quod meum est* quamvis Bart. ibidem aliter sentiat, & post eum Angel. hic per illum textum: qui tamen plane nihil facit cum apertum sit, inde sumi rationem dub. cur non videretur deberi, quia nondum exactum sit, ut appareat, nec dubitare JCtum, qui contineatur legato si fuerit exactum, quia ut dixi, ita legavit testator. *Quod meum est.*

TEXTVS.

18. Si generaliter servus vel res alia legetur, electio legatarii est, nisi aliud testator dixerit. Optionis legatum id est, ubi testator ex servis suis vel rebus aliis, optare legatarium jusserat, in se olim habebat conditionem, & ideo nisi legatarius optasset, legatum ad heredem non transmittebat. Sed ex constitutione nostra & hoc in meliorem statum reformatũ est: & data est licentia heredi legatarii, optare servum licet vivus legatarius hoc non fecerit. Ex diligentiore tractatu habito, & hoc in nostra constitutione additum est, sive legatarii extiterint plures, quibus optio relicta est, & dissentiant in corpore eligendo: sive unius legatarii plures heredes sint, & circa optandum inter se dissentiant, alio aliud corpus eligere cupiente, ne pereat legatum, (quod plerique prudentium contra benevolentiam introducebant) fortunam esse optionis huius judicem, & sorte hoc esse dirimendum: ut ad quem sors pervenerit, illius sententia in optione præcellat.

COMMENTARIVS.

1 *De legato generis.*
2 *Cuius sit aut fuerit electio.*
3 *Optionis legatum.*

HOc ad modum quoq; legandi pertinet: quod legatur specialiter, aut generaliter. Intelligi-
1 tur a. per genus hoc loco, ut & alibi passim species infima, ut Logici loquuntur Proculn. dubio legatum fuerit nullum, si quis substantiam corpoy aut etiam animal legaverit. Et tamen circa hoc ipsum genus legati distinguendum est, ubi an valeat,

leat, quæritur : hoc enim ante omnia constitui oportet. Et nimirum si species habeat certam à natura determinationem, veluti, homo, equus, bos, non dubitatur, quin valeat legatum, licet nullum individuum expressum fuerit, idque omnimodo, sive talis species aut individus potius, fuerint in dominio testatoris, sive nulla fuerint. De fundo & ædibus in genere legatis quæritur. Et quamvis Raph. referente Angel. hic putaverit, fundi quoque simpliciter relicti utile legatum esse, si modo fundos habuerit testator regionibus distinctos, quod & post *Iac. & Pet.* probat *Ioh. Fab.* tamen ut post gl. habet communior opinio, legatum est inutile simpliciter: idque tum arg. stipulationis *l. ita 115. de v. obl.* tum per textum indistincte loquentem *in l. cum post 69. §. gener. 4. de iur. dot.* ubi nominatim quoque hac ipsa in re, stipulatio & legatum conferuntur: Porro ædium legatum ita valet, si testator ædes habuerit *l. si domus 71. in pr. de legat. 1.* Et proinde comparatio ædium & fundi *in l. quod in 14 §. ult. de legat. 1.* accipienda est secundum quid: Hactenus nimirum, ut & verba habent, quod fundi & ædes nostra destinatione constituantur. Sed enim cum ædes ab ipso jure gentium sint habitationi hominum destinatæ, efficitur omnino, determinationem ædium, longe certiorem esse quam fundi. Neque vero destinatio hominis potest facere ædes, quæ non possint utiles esse ad habitandum & illæ revera non possint dici ædes. Quod ad res fungibiles attinet constat illarum legatum inutile esse, nisi, quantitas, pondus, numerus aut mensura adjiciantur. De qua re vide plenius tractantes *Bart. & Dd. in d. l. 115. de ob. & d. l. 71. de legat. 1.*

Electio legatarij est.] Certum & exploratum est, 2 tum † olim hac in re aliud in legato vindicationis, & damnationis jus fuisse, & in illo electionem habuisse legatarium, in hoc, heredem: quoniam hic tantum actio personalis legatario competebat: & regulariter electionem debitoris esse constat, probatur hoc ex *l. plane 34. §. pen. de leg. 1. l. si à subst. 45. § 1. l. si heres 11. eod. l. si is 19. l. si ita 43. §. ult. de leger. 2.* sed cum hodie exæquarit legata, & differentiam formularum sustulerit Justinianus, ambigi possit, an non simpliciter electio legatario sit tribuenda: neque enim dubitari hodie potest, quin licet formula damnationis in legando usus sit testator, vindicatio legatario competat: cui autem concedimus jus vindicandi, ei jus eligendi negari non posse videtur, pro quo etiam hic noster textus facit, qui legatario electionem indefinite tribuit, nisi aliud expresserit testator. Rationi tamen hoc convenire non videtur, ut contra voluntatem testatoris electionem tribuamus legatario: parum enim interest, an expresse jusserit heredem eligere testator, an ipsum damnaverit ut hominem præstaret, vel quod in alternativo legato apertius est, ut hominem aut decem daret legatario: Eadem autem legati generalis & alternativi ratio est. Et hæc quoque est sententia Dd. communiter recepta *in l. legato 37. de legat. 1. Angeli* (qui multos refert) *Ves. & aliorum hic.* Et supra monuimus, ita accipiendam esse illam exæquationem, ut ne quid fiat contra ipsius testatoris voluntatem. Secundum quod legatarius si quid per damnationem in genere vel alternative relictum sit, & verba executiva, ut interpretes loquuntur, directa ad heredem, dari non poterit vindicatio, ante factam declarationem ab herede, quid præstare velit. Obiicitur *l. si domus 71. in pr. de legat. 1.* ubi sane domus videtur per vindicationem legata, & tamen electio est heredis, secundum veriorem lectionem. Doctores notant speciale esse, ubi legatur certum de incertis: dubio enim procul sensit testator de ædibus certis, ideo electionem damus heredi, ne & nimis gravetur, & quia melius creditur scire voluntatem defuncti: Inter ædes & ædem, nimis magna distantia est, cum ista ex hominum destinatione & arbitrio pendeant, non autem tanta intercedit inter hominem & hominem: quo casu non creditur testator sensisse de certo homine: & tamen ita conceditur hic electio legatario, ut optimum eligere non possit *l. legato 37. de legat. 1.*

3 *Optionis † legatum.*] Magnam adfinitatem habet hoc legatum cum legato alternativo, & generali, nec quidquam fere aliud interesse videtur, quam quod in legato optionis, expresse legatario electio datur fere, inquam, nam à legato generali, si quis legaverit, hominem quē volet legatarius optionis legatum diversum fuisse probabile omnino est: cum & optio, nominatim inter actus legitimos referatur *l. actus 77. de reg. iur.* & Justin. hic scribit, optionis legatum olim fuisse conditionale quod juris non fuit in legato generali, licet facultas eligendi expressa fuerit.

Habebat olim in se conditionem.] Scilicet, si ipse legatarius optasset, & itaque optandi jus erat mere personale: ita ut ante defunctus legatarius legatū ad heredes non transmitteret: & sic veræ conditionis & eius quæ veniret ex testamento, & voluntate

quadam tacita teſtatoris, haberet poteſtatem & effectum, cum alias conditiones quæ tacite inſunt, & nec ex teſtamento veniunt, non impediant tranſmiſſionem *l. conditiones 99. de cond. & dem.* & diximus ad *§. ea 7. ſup. h. t.* Nec obſtat *l. ſi ſic. 75. §. pen. de leg. 1.* vel quoniam intereſt, ut diximus, inter legatum ſimplex cum jure eligendi, & inter legatum hoc quod in ſpecie dicitur optionis legatum: vel quoniam ibi agitur de eligendi facultate per contractum quæſita, cui etiamſi conditio ineſſet, tamen in heredem tranſiret, ut conſtat hactenus inter contracta & legata eſſe differentiam *§. ſub. cond. 4. de v. ob §. pen. de inutil. ſtipul.* ut proinde manifeſto erret Donel. *in l. ſi ſtipul. 76. de v. obl.* ubi putat electionis jus ex contractu adquiſitum omnino ita perſonale eſſe, ut non tranſeat in heredes, cum tamen ipſa *d. l. 76.* probet contrarium, quem locum inepte ipſe accipit, quaſi tranſeat obligatio citra eligendi jus contra mentem JCti, qui patrem & dominium (ubi nimirum ſervus aut filius ſ. ſtipulati ſunt,) qui non habent eligendi jus, opponit heredi, & contra *d. l. 75. de leg. 1.* ubi hæres eius qui ita ſtipulatus erat & jus ſibi quæſitum legaverat, præſtat legatario & obligationem cui ineſt jus eligendi, quod præſtare hæres non poſſet, niſi prius tranſmiſſum in ſe fuiſſet. Magis obſtat huius loci aſſertioni, quod hoc legatum conditionem olim habuerit, textus *in l. illud 19. de opt. legat.* ubi dicitur tranſmitti legatum: Aut intelligimus, ſimplex legatum tranſmitti, citra jus electionis: aut vero negatione à Triboniano detractam dicimus: aut cum locum de legato electionis ſimplici, non legato optionis in ſpecie dicto accipiemus. Sed adhuc magis obſtat & ſibi ipſi Juſtin. *in l. ult. in pr. C. comm. de legat.* quo loco in terminis optionis legatæ, & legatarii defuncti antequam eligeret, dubitatum ait inter veteres fuiſſe, quid ſtatuendum eſſet, ſi non poſſet cõvenire inter plures heredes. Dubitatio enim fuiſſet ſtulta, ſi jus eligendi in heredes non tranſiiſſet. An forte inter ipſos JCtos olim hac de re non convenit? an Tribonianus per incogitantiam confudit caſum plurium legatariorum de jure eligendi cõcertantium: cum caſu plurium heredum unius legatarii. Quid aliud dici poſſit, mihi non concurrit, & à nemine hoc attingi miror. Amplius *in d. l. ult. C. comm. de leg.* tantum hoc ſancitur, ut controverſia per ſortem dirimatur, at ut liceat optare etiam heredibus, verbo nullo ibi ſancitur, ſed controverſia veterum refertur. Et tamen hic textus arguit, una conſtitutione utrumque fuiſſe diſpoſitum, & ut facultas eligendi tranſiret in heredes & ut controverſia ſorte decideretur, juxta hunc *§. verſ. & diligentiore.* Tractare autem, quando & quibus caſibus res ſorti permittatur, non eſt huius loci.

TEXTVS.

19. Legari autem illis ſolum poteſt, cum quibus teſtamenti factio eſt. Incertis vero perſonis, neque legata olim, neque fideicommiſſa relinqui conceſſum erat: nam ne miles quidem incertæ perſonæ relinquere poterat, ut reſcripſit Divus Hadrianus. Incerta autem perſona videbatur, quam incerta opinione animo ſuo objiciebat teſtator: veluti ſi quis ita dicat: Quicunque filio meo filiam ſuam in matrimonium dederit, ei hæres meus illum fundum dato. Illud quoque quod iis relinquebatur, qui poſt teſtamentum ſcriptum, primi conſules deſignati eſſent, æque incertæ perſonæ legari videbatur, & deniq; aliæ multæ huiusmodi ſpecies ſunt. Libertas quoque incertæ perſonæ non videbatur poſſe dari: quia placebat, nominatim ſervos liberari. Sub certa vero demonſtratione, id eſt, ex certis perſonis incertæ perſonæ recte legabatur veluti: Ex cognatis meis, qui nunc ſunt, ſi quis filiam meã uxorem duxerit, heres meus ei illam rem dato. Incertis autem perſonis legata vel fideicommiſſa relicta & per errorem ſoluta, repeti non poſſe ſacris conſtitutionibus cautum erat.

COMMENTARIUS.

SEquitur jam aliud principale caput, de his quibus legari poteſt, quod tamen liquidum eſt, extit. & materia de heredibus inſtituendis, ſiquidem ut *in pr. huius textus* habetur, illis tantum poteſt, dari legatum, cum quibus teſtamenti factio eſt, id eſt, qui heres inſtitui poſſunt. ſi enim accipias generaliter pro hic quicunque quocunquetitulo capere poſſunt, petitio fuerit principii, aut fuerit reſtrictio in verbis, *teſtamenti factio.* ex quibus intelligamus, legata tantum poſſe relinqui teſtamento, non etiam codicillis ab inteſtato. Id adeo

ſecundum hanc explicationem de legatis in ſpecie dictis fuerit accipiendum: quod præſertim ex titulis Caii & Ulp. & aliunde conſtat, & præcipue *infr. de fideic. hered. in pr.* olim quibus directo nihil relinqui poterat, per fideicommiſſum aliquid datum fuiſſe, & nominatim ſcribit Ulp. Latinis Junianis, quibus legari non poterat, per fideicommiſſum relinqui potuiſſe. Speciali etiam favore incapacibus alimenta legari poſſe admiſſum fuit *L. ſui* 11 *de alim. legat.* Hodie autem ſublatis iſtis differentiis, & caducis & variis ex L. Julia Papia & aliis LL. ſpeciebus incapacium, inter legata & fideicommiſſa diſtinguendum non erit, & Juſtin. de legatis & fideicommiſſis mox confuſim exponit.

Incertis perſonis.] Hinc olim videtur civitatibus legari non potuiſſe, quibus per fideicommiſſum relinqui poterat; de quo ſunt textus apud *Vlpian. titul. de legat.* 2. *§. civitatibus* 26. *l. ſi quod* 117. *l. civitatibus* 122. (id enim poſtea permiſſum, ut legare liceret) *de legat.* 1. *l. cum Senatus* 20. *de reb. dub. l. omnibus* 26. *Ad Senat. Trebell. Plin.* 5. *Epiſt.* 7. poſtea admiſſum, ut & heredes inſtituerentur *l. hereditatis* 22. *C. de inſtit. hered.* & ex conſtitutione Juſtin. quæ non exſtat, etiam heredes incertas perſonas inſtitui poſſe creditur *arg. §. ſed nec* 27. *infra h. t.* Ratio autem hujus juris, ob quem incertæ perſonæ nihil poterat relinqui, (adeo ut nec miles, qui plurima privilegia habet, exciperetur *h. §. in pr.* nec libertas (cujus tamen maximus favor) *h. §. verſ. libertas.* quia placebat, inquit Juſtin. ut libertas nominatim daretur, quod videtur fuiſſe, ex L. Fufia Canin. *Vlp. §. ult. tit.* 1. videtur hæc fuiſſe, quod certum debet eſſe conſilium teſtatoris, ut ſcribit *Vlp. §. 3. de hered. inſt.* & legatum ut donatio quædam in benemerentes confertur. Hæc incertitudo feciſſe videtur ut olim pauperibus relinqui non poſſet, quod mutatum poſtea *l. id quod* 24. *C. de Epiſc. & cler.* Objicit tamen Joh. Fab. *l. ſi quis* 14. *de rebus dub.* & per eam putat intelligi jus vetus, quod ante Digeſta & compilationem eorum obtinuit. Ridiculè, quaſi perſolam, autoritate Juſtiniani factam compoſitionem, jus novum fuerit effectum, cum etiam conſtet anteriorem fuiſſe primum Codicem Digeſtis. Et facilis eſt reſponſio ad *d. l.* 14. *de reb. dub.* quæ agit de ſignatoribus teſtamenti, qui certi fiunt, adhibitione ipſa per factam teſtatoris & temporeteſtamenti, tunc enim proprie dicitur fieri teſtamentum, non cum privatim ſcribitur à teſtatore, ſed cum ſuprema conteſtatio peragitur & teſtibus ſubſignandum teſtamentum exhibetur.

Non obſtat etiam *l. in tempus §. 1. de hered. inſt.* quoniam ibi teſtator perſonam deſignavit: ſed incertitudo accedit ex eo, quod plures ſunt ejuſdem nominis amici teſtatoris: itaque admittitur probatio voluntatis defuncti: facit *l. falſa* 33. *§. 1. de cond. & dem.* quamvis dubio procul Triboniani ſint poſtrema ejus §. verba. Magis videtur obſtare *l. quidam 5. de reb. dub.* ibi *ſive quis alius.* An hoc fit quia datur aliquid pro beneficio quod ſperat, an aliud hic in fideicommiſſis; prius verius eſt: nam cum nec libertates incertæ perſonæ dari poſſint nec poterunt fideicommiſſa; & nihil in his ſpeciale eſſe docet *Vlp. tit. 26. de fideicomm. §. pœna* 11.

Sub certa vero.] Non eſt omnino certa demonſtratio: nam & illa demonſtratio habet aliquam ex poſt facto certitudinem, de qua in præmiſſis agit. Sed intelligit demonſtrationem certam ordinis & qui in ſe certus eſt, veluti cognatorum, ut ipſe mox explicat. Ita enim limitatur incertitudo & reſtringitur; & incertitudo non eſt ita vaga ſed limitata: idemque tradit *Vlp. tit de legat.* 24. *§. Incerta* 17. & notandum quod demonſtrationi additur, *Qui nunc ſunt*, & proinde certi,

Incertis autem perſonis.] Subtilitatem quandam habet, quod incertæ perſonæ nihil relinqui poteſt. Cur enim non admittatur, ut ei qui filiam meam ducturus eſt uxorem, aliquid legari poſſit. Et hinc videtur ex hujuſmodi voluntate teſtatoris heres naturali quadam obligatione obſtringi: quæ cauſa fuit, ob quam Impp. jus retinenti ex hoc legato dederint, hic enim eſt effectus naturalis obligationis, ut quamvis actionem non pariat, producat tamen exceptionem & ſoluti retentionem, *naturalis* 10. *de obl. & act. l. naturaliter.* 13. *de condict. indeb.* Et ineptit hic Pacius in notis *poſt Myns.* dum hunc locum ad ea quæ piis cauſis ſunt relicta reſtringit.

TEXTVS.

20. Poſtumo quoque alieno inutiliter antea legabatur. Eſt autem alienus poſthumus, qui natus inter ſuos heredes non eſt futurus teſtatori. Ideoque ex emancipato filio conceptus nepos extraneus erat poſthumus avo. Sed nec hujuſmodi ſpecies eſt penitus ſine juſta emendatione relicta: cum in noſtro Codice conſtitutio poſita ſit, per quam & hinc parti medemur,

Digitized by Google

demur, non ſolum in hæreditatibus, ſed & in legatis & fideicommiſſis: quod evidenter ex ipſius conſtitutionis lectione clareſcit. Tutor autem incertus nec per conſtitutionem noſtram dari debet, quia certo debet judicio quis pro tutela ſuæ poſteritati cavere. Poſthumus autem alienus heres inſtitui & ante poterat, & nunc poteſt, niſi in utero ſit ejus, quæ uxor jure noſtro eſſe non poteſt.

COMMENTARIUS.

1 *Poſtumus alienus quis.*
2 *Et an ei quid relinqui poſſit.*
3 *Ad l. penult. de legat.*

CONnexio oſtendit, hanc quoque rationem fuiſſe, cur poſthumus non potuerit olim inſtitui, quod pro incerta perſona habebatur: qua ratione etiam Theoph. hic utitur, Weſemb. hic addit rationem quod v. c. legare poſtumo alieno non careat turpi ſuſpicione: Verum ea ſuſpicio ceſſat utique in cognatis, & ita nec infantes poſſent inſtitui aut iis legari. Propoſuimus ſupra varias ſpecies poſthumorum ad §. poſtumorum *de exhered. lib* ſed exiere ſunt ſpecies poſtumi, qui dicitur ſuus. Ceteroquin diſtinctio prima poſthumi † eſt in ſuum & alienum. Suus dicitur, qui 1 ſi naſceretur tempore quo factum eſt teſtamentum, ſuus heres teſtatori eſſet: veluti qui in uxoris, vel propriæ, vel filii aut prædefuncti, aut poſt conceptionem emancipati, uxoris utero eſt. Itaq; alienus eſt, qui naſcitur ex nuru filio adhuc ſuperſtite in poteſtate: & porro magis alienus, (ſunt enim hujus rei gradus) qui naſcitur ex uxore filii emancipati, conceptus ſcilicet poſt emancipationem: & porro ſi fœmina faciat teſtamentum, magis illi alienus poſtumus erit, qui naſciturus eſt ex filia vel uxoris filii; magis adhuc alienus, qui ex collaterali linea naſciturus eſt *l. pen. de legat.* 1. denique adhuc magis qui ex uxore omnino extranei. Video quidem Baronem & *Hottom. hic & ſupra de exhered. lib* tantum pro poſthumo alieno habere eum qui ex nuru naſciturus eſt, quando filius adhuc ſuperſtes & in poteſtate eſt. Sed nullam video ejus rei rationem & ex definitione poſthumi ſui, apparet: omnes reliquos eſſe alienos; & ſiquidem ex filii emancipati uxore naſciturus, (eſt autem hic filius jure civili omnino extraneus) dicitur alienus poſthumus, quid ni & reliqui alieni dicantur: quia & in *d. l. pen. de legat.* 1. dicitur fratris poſthumus à quo poſſim relinquere fideicommiſſum; qui autem fratri meo ſuus eſt, ille mihi recte dicitur alienus; quomodo & diſerte eo loco appellatur. Ait autem Juſt. poſtumo alieno 2 † inutiliter antea legatum fuiſſe: & in *pr. infr. de bon. poſſ.* jure civile eum adire hereditatem non potuiſſe. Cui ſententiæ objicitur, quod mox *hoc ipſo text. in f.* ſcriptum eſt, poſthumum alienum ante quoque inſtitui potuiſſe: & in *d. l. pen. de leg.* 1. poſthumum alienum poſſe nobis fieri heredem legitimum. Item in *l. quidam 6. de reb. dub. in f.* proponitur quis rogatus poſthumo ſuo vel alieno reſtituere hereditatem: & mox in *l. ſeq.* continua oratione poſtumi inſtituti & qui legatum acceperat, mentio fit. Ut ab hoc poſteriori loco incipiamus, ſunt illi textus diverſorum autorum, nec proinde quod de poſtumo alieno dicitur quoad reſtitutionem hereditatis, protinus in *l. ſeq.* repetendum eſt, quoniam illa principalis ejus loci eſt quæſtio, an & quando poſthumus partem faciat; aut *d. l. 6.* adjus prætorium erit referenda: quomodo etiam frequentius accipitur textus hic noſter in f. qui poſthumum alienum inſtitui olim potuiſſe ait. Et mihi tamen iſta explicatio non videtur ſcrupulo carere. Etenim particul. *autem*, arguit, eſſe opinionem ad illud quod ante de poſtumo dictum erat: atquin ante itidem erat actū de poſthumo alieno. Video *Vigl. in §. ſervus ſup. de hered. inſt. Duar. Hottom. Mynſ.* oppoſitionem in eo conſtituere, quod prius de legato, deinde de inſtitutione agatur. Et itaque jure prætorio inſtitui quidem poſthumum alienum, ſed nec hoc jure ei legari potuiſſe. At mihi primo parum convenire videtur, ut credamus illic, de utroque vel potius mixto, poſt tantum de prætorio jure Juſt. egiſſe, nullo nec verbulo ejus rei mentione facta: cum *inf. in pr. de bon. poſſ.* hac ipſa in re tam accurrate à jure civili jus prætorium diſtinguat: & cum præſertim utrobique Juſt. utatur partic. *ante* tanto probabilius eſt de eadem ſpecie juris agi. Quin inſtitutio heredis juris civilis nomen eſt, nec ſolet temere de jure prætorio uſurpari. Et amplius toto hoc titulo, quæ proponuntur, adjus civile pertinet; ut omnino inconcinna ſit explicatio. Sed quod præcipuum eſt, ſi prætor in tota hereditate defendit poſtumum alienum, quis credat, ei quoque eodem jure non ſucceſſum fuiſſe in legato? Neque ego hujus differentiæ rationem ullam afferri video, & commentum eſt arbitrarium, quod prætor nullam habuerit curam legatorum. Quamvis, inquit

quit Hot. jure prætorio inſtitui poterat, tamen prætor legata non curavit: Sed *ουκ ἐφ* non ſatis eſt dicere, probare oportet. Qui poſtumum alienum admiſit ad integram hereditatem, quid ni etiam ad legata ei actionem daret? Addit tamen quaſi pro ratione Hot. ſi filius, inquit, inſtitutus eſſet heres, eidem ipſi legari videretur Ridicule: quaſi non & de exheredato poſtumo quæri poſſit; & quaſi non poſſet habere coheredem, ut ſit locus legato præceptionis. Sed & quærimus de poſtumo alieno, qui nec exheredandus nec inſtituendus eſt. Accedit & amplius, quod cum vix quiſquam teſtaturus ſit poſthumo alieno per fideicommiſſum relinqui potuiſſe, quod & probat *d. l. 6. §. ult. de reb. dub.* Juſtinianus qui nominatim de legatis agit, & negat legari poſthumo alieno potuiſſe: procul dubio nominatim expreſſiſſet, quod prætorio jure inſtitui potuiſſet, ſiquidem in f. huius textus ita ſenſiſſet. Denique contra eam diſtinctionem legari & hereditatis ſive inſtitutionis facit regula *in pr. huius textus*, cum quibus teſtamenti factio eſt, ii legata recte accipiunt: & ridiculum ſit diverſis juribus hoc accipere: Atquin jure prætorio teſtamenti eſt factio cum poſthumo alieno. Ergo & eo jure ipſi poterit legari. Quæ cum ita ſint, mihi fere placet, ut in f. huius textus addita negatione legatus, *Poſthumus autem non alienus*, quod tendat *Alcia. 9. Parerg. 1.* Ita enim recta futura eſt oppoſitio *poſtumi alieni*, & *non alieni*: illa autem duo, *legari poſſe*, & *inſtitui poſſe*, mutuo ſe conſequuntur, imo convertuntur. Et quod Hottom. hanc emendationem docto homine indignam & ridiculam eſſe ait, quod ſcilicet de poſthumis non alienis ridiculum ſit dubitare, qui etiam neceſſaria ſint inſtituendi aut exheredandi: ipſe quam pravo judicio ſit, videndi: ſiquidem quod *Duar. d. cap. 38. diſputat. l. 2.* & paſſim alii notant, olim poſthumus quicunque etiam qui in uxorio utero eſſet, inſtitui non poterat, tamquam incerta perſona: ſed id poſt ex humanitate, imo urgente ratione admiſſum eſt, ut inſtitui poſſet, qui præteritus natus teſtamentum eſſet rupturus, cum abſurdum & iniquum videretur non poſſe parentem efficere ne teſtamentum rumperetur. Hac conſideratione igitur aptiſſime & rectiſſime dicitur, permiſſum fuiſſe jam olim, ut poſthumus non alienus inſtitui poſſet. Quod denique attinet ad † *l. pen. de legat. 1.* dicam aliud eſſe in legitimo herede, id eſt ab inteſtato; ut videlicet qui codicillorum (de quibus ita tractat inſcriptio docet. & mentio fideicommiſſi) tempore quos quis ab inteſtato ſcripſit, in utero uxoris fratris eſt gravari fideicommiſſo poſſit, qui ſcribenti codicillis ab inteſtato ſucceſſurus eſt poſtea natus: nã & ut heres poſtumo alieno reſtituat hereditatem, recte rogatur *l. 6. §. ult. de reb. dub.* Et quod ibi Galli mentio fit, non protinus efficit, ut hoc neceſſario ad inſtitutionem ſit referendum: potuit enim & alia induxiſſe Gallus; aut dicam quod circa inſtitutionem introduxit, porro ad alia eſſe productum, ſed quiſque hac in re ſuo judicio fruatur. Nullo modo defendi poteſt, quod Bart. §. priorem accipit de poſtumo ex uxore, naſcituro: ſed alterum de poſthumo alieno loquentem, de poſtumo naſcituro ex filio adhuc vivente qui inſtitui potuit ex L. Velleia & inventionem Galli. Ita enim inſtituitur nepos in eventum præmortui filii, & ita qui ſuus naſciturus: tum ridiculum eſt, Juſt. in *pr. inſ. de bon. poſſ.* ubi negat poſtumũ alienũ inſtitui potuiſſe jure civili, accipere de antiquiſſimo jure & quod ante L. Velleian. & Gallum obtinebat: quod abſurdiſſime ſcribit Bart. Eſt enim iſtius tractationis nulla hodie utilitas, cum ex textu noſtro *verſ. ſed nec.* non obſcure colligatur (conſtitutio enim cuius meminit non exſtat, quæ forte in priori codice fuit aut alias inierit, ut ex iis quæ notat hic Cui colligitur) Juſti. jus vetus mutaſſe, & permiſiſſe, ut etiam incertæ perſonæ heredes inſtitui & legata accipere poſſent: & cum exceptio confirmat regulam, ex hoc quod excipit tutelam, quæ nec hodie in incertam perſonam conferri poſſit, ſatis arguitur, in ceteris quorum *d. verſ.* meminit, aliud obtinere. Ratio exceptionis hæc ſolida eſt, quod in tutela non agitur de lucro aliquo quod perveniat ad tutorem, ſed de adminiſtratione bonorum & defenſione pupilli in quibus requiritur induſtria perſonæ: & poſſit alias tutela incidere in hominem ignavum & inidoneum cum præjudicio & inſigni damno pupilli. Quærunt tamen, an incertæ perſonæ poſſit dari tutor teſtamento. ſed id inaniter queri videtur, cum non niſi ſuis teſtamento tutor dari poſſit. Et omnino quod attinet ad *d. l. pen. de legat. 1.* poteſt defendi aliam fuiſſe & olim rationem inſtitutionis, quæ non niſi in certam perſonam conferri poſſet: aliam legitimæ hereditatis, quæ etiam poſthumo alieno, ut hactenus pro nato haberetur, deferri potuerit, quod nec male confirmat Faber *dec. 27. de err. pragmat. cap. 4.*

Ex mancipato filio conceptus.] Quoniam ſi ex eo adhuc in poteſtate exiſtente conceptus eſſet, ſuus poſthumus & heres efficeretur avo, cum ſpectetur tempus conceptionis §. *pen. ſup. quib. mod. ius pat. ſolv.*

Non ſolum in hereditatibus.] Poſſit hinc quis colligere contra quam diſputavimus, facilius eſſe ut incerta perſona heres inſtituatur, quam ut ei legatum dari poſſit. Sed huiuſmodi conſecutiones ex huiuſmodi Juſtiniani verbis abſurde nectentur: & Juſtiniani ſcopus eſt hic principaliter tractare de legatis: itaque & in textu præc. circa incertas perſonas tantum legatorum facit mentionem, & eas tamen multo minus heredes inſtitui potuiſſe conſtat: & vel hoc ipſum argumentum eſt, eandem rationem eſſe inſtitutionis & legati, & præmiſſa non ad ſolum legatum pertinent. Quin & amplius, cum legatis hoc textu Juſtinianus fideicommiſſa conjungit: longe autem facilius admittebatur, aliquid alicui per fideicommiſſum dare, quam omnium bonorum heredem per inſtitutionem facere. Ubi obſervandum, quantumvis, ut diximus, poſtumus alienus cum incerta perſona comparetur, non tamen omnino eodem jure hic fuiſſe: quippe cum nec fideicommiſſum incertæ perſonæ dari poſſet, ut ad text. præc. diximus, poſthumo autem huic utiliter relinqueretur fideicommiſſum *d. l. 6. §. ult. de reb. dub.* Et ſane qualiſcunque poſthumus non eſt talis perſona, quæ ita incerta & opinione plane vaga teſtatoris animo, obiiciatur: & utique hos quos numquam vidimus, heredes inſtituimus recte §. *ult. ſup. de heredibus inſtit.*

Niſi in utero eius ſit.] Non multum intereſſe videtur, ſive intelligas eam nullo modo poſſe eſſe uxorem civis Romani, veluti peregrinam aut virginē Veſtalem: ſive quæ teſtatoris uxor eſſe non poteſt, ſorte ob proximam conjectionem ſanguinis. Hæc tamen exceptio probabilior & verior eſt, quam & confirmat Theoph. ſcribens poſſe me inſtituere poſtumum, niſi qui ſit vel futurus ſit in utero eius, quam uxorem ducere non poſſum: & rationis eſt, ut hoc reſpectu eius dictum intelligamus, qui agit de inſtituendo poſthumo: facit *l. ſi quis 9. §. 1. de lib. & poſth.* ubi negatur poſthumus inſtitui poſſe, ex ea naſciturus, quæ alii nupta eſt, quia ſit inſtitutio turpis: neque enim alias, ut poſthumus tamquam ſuus inſtituatur, neceſſe eſt: ut fœmina ex qua naſciturus inſtituitur, aut tum prægnans aut etiam tum uxor ſit. ſed ſufficit eam fœminam poſt teſtamentum uxorem, & ex diſponente prægnantem fieri poſſe; ut apparet ex *l. 4. 5. & d. l. 9. in pr. de lib. & poſth.* Atque ex hoc ipſo confirmatur Alciati, quam magis probo, opinio, quod in *d. §. verſ. poſtumus autem*, agatur de poſthumo qui non eſt alien 9, quippe cum agatur de eo, qui ex eo naſciturus eſt, quæ teſtatoris uxor eſſe poſſit, ex qua non niſi ſuus poſthumus naſci poteſt.

TEXTVS.

21. Siquidem in nomine, cognomine, prænomine, agnomine legatarii teſtator erraverit, cum de perſona conſtat, legatum nihilominus valet: idemque in heredibus ſervatur, & recte. Nomina enim ſignificandorum hominum gratia ſunt reperta, qui ſi alio quolibet modo intelligantur, nihil intereſt. Huic proxima eſt illa juris regula, demonſtratione falſa legatum nō perimi: veluti ſi quis ita legaverit, Stichū ſervum meum vernam, do lego, licet enim non verna ſed tempus ſit, ſi tamē de ſervo conſtat, utile eſt legatum. Et convenienter ſi ita demonſtraverit, Stichum ſervum, quem emi à Scio, ſitque ab alio emptus, ſi de ſervo conſtat, utile eſt legatum. Longe magis legato falſa cauſa adjecta non nocet: veluti ſi quis ita dixerit: Titio quia me abſente negotia mea curavit, Stichū, do lego, vel ita: Titio, quia patrocinio eius capitali crimine liberatꝰ ſum, Stichum do lego. Licet enim neque negotia teſtatoris umquam geſſerit Titius, neque patrocinio eius liberatus ſit, legatum tamen valet. Sed ſi enunciata cōditionaliter cauſa fuerit, aliud juris eſt, veluti hoc modo: Titio, ſi negotia mea curavit, fundum meum do dolo.

COMMENTARIVS.

1 *Nomina quam vim habeant.*
2 *De falſa cauſa.*
3 *Falſa demonſtratio quando noceat.*

TRia hic proponuntur, quæ licet in iis error commiſſus ſit à teſtatore, tamen legatum non vitiant. Primū eſt, falſū nomen, quod † non obeſt, modo cōſtet de perſona, in hereditatib. parites & legatis, *h. tit. & l. 4. C. de teſtam. l. ſi ita 8. §. 2. de bon. poſſ.*

poſſ. ſec. tabb. Ratio elegans eſt, quia nomina ſint reperta ut per ea demonſtrentur & ſignificentur homines: adeoque ſi conſtet de homine & ipſa perſona nomen inutile & ſupervacuum eſt, & conſequenter nec attendi debet ſi falſum ſit: maxime in perſonis, quibus ex mero arbitrio hominum dantur nomina, citra ullam ut plurimum convenientiam cum natura perſonæ: quod in pleriſque aliis rebus, quarum nomina ad ſignificandum naturam earum pertinere putat, ſecus ſeſe habere, prolixe conatur oſtendere *Plato in dialogo, quem Cratylum inſcripſit*: quæ nomina rerum ſunt, ſi non à natura at certe ex jure gentium ita impoſita, ut ſint immutabilia: ut docet JCtus in *l. 4. de leg.*. & ex eo fundamento diverſum ſtatuit in nominib. hominum mutabilibus & mortalibus: facit *l. Labeo 7. §. 2. de ſupell. legat.* ubi tamen, ſi non ſit nimia diverſitas (*fac. l. liberorum 52. §. quæ tum 4. de legat. 3.*) non parum tribui voluntati defuncti docet *l. pen. de test. min. leg.* ſed & attendi communem uſum loquendi docet *l. 3. in f. de ſupel. leg.* (porro quod in nominibus hominum, idem in nominibus fundorum obtineat probat *d. l. 4. in pr. de leg. 1.*) In iſta quæſt. quam de nominibus appellativis vocant Dd. nec ſatis veteribus JCtis conveniſſe apparet *ex d. l. Labeo §. 2. de ſupel. leg.* & quos plus tribuerit Tubero voluntati teſtatoris: contra Servius non exiſtimarit credi debere ſenſiſſe teſtatorem, quod non dixit. Et hoc nimirum, ubi nomen plane non convenit rei: ceteroquin, ſi ut hic Ang. loquitur, nomen ſe poteſt extendere ad mentem teſtantis aliquo colore, & vel uſu loquendi valebit legatum: alias non valebit, per *d. l. 25. de legat. 4. l. 3. de rebus dub.* neque probo gl. quæ in *l. quæ extr. 65. de V. O.* negat nocere, ſi quis corpus præſens, v. c. equum, bovem appellat.

Alterum quod nocere legato negat Juſtin. eſt *Falſa demonſtratio*: quod exemplificat non in perſona legatarii, ut in præc. ſed in re legata. Sed ſane quæ dixit in præc. de nomine agnomine &c. ea tãtum in perſona legatarii & hæredis locum habere poſſunt: ſed quo ad ſimplex nomen etiam v. c. in ſervo legato, veluti ſi quis cum unicum ſervum haberet, dixerit, Stichum ſervum meum do lego, licet ſervus ille Davus dicatur, legatum valebit ex ratione huius. Nec aliud erit, ſi plures ſervos habeat, modo conſtet de quo ſenſerit. Falſæ autem demonſtrationi itidem non tantum in re legata locus eſt, ſed (quod hic itidem ſupplendum) in perſona quoque legatarii, & idem jus, ut ubi de perſona conſtat, falſo demonſtratum legatarium, aut in ea re erratum eſſe non noceat *l. falſa 33. de condit. & dem.*: & eſt hic eadem ratio quæ in præc. quia demonſtratio nominis vice fungitur *arg. l. quoties 9. §. ſi quis 8. de hered. inſtit. l. certum 6. de reb. cred. l. nominatim 34. de condit. & demonſtrat.*

2 Tertium quod non nocet eſt falſa † cauſa adſcripto legato *verſ. longe magis.* Ratio redditur in *l. cum tale 72. §. falſam 6. de cond. & dem.* quod ratio legandi non cohæreat legato: & eſt ea cauſa tantum impulſiva, quæ deficiens, non vitiat diſpoſitionem: Intelligitur enim de cauſa præterita: proculdubio enim aliud fuerit in cauſa finali, quæ adjicitur ut modus: *Lego centum ut hoc facias* in quo ſecus eſſe conſtat. Inſignis autem additur in *d. l. 72. §. 6. limitatio, ut repellatur legatarius exceptione doli*, ſi probet heres non fuiſſe teſtatorem legaturum, ſi falſam cauſam ſciviſſet, & adeo intuitu huius cauſæ, tamquam pro compenſatione accepti beneficii legaſſe. v. c. ut Hottom. ſi quis cum amico negotia peregre curanda commiſiſſet, & exiſtimans probe curata fuiſſe, hac adjecta cauſa centum legaſſet, poſtea autem heres oſtendat, neglecta fuiſſe negotia, repellat legatarium exceptione doli, quæ obſtat omnibus, qui non ex voluntate defuncti aliquid petunt *l. 4. §. uls. de adim. leg. l. apud 4. §. præterea 10. de doli except.* Et ait Papin. in *d. l. 72. §. n.* plerumque hoc fieri ut legatarius probata falſitate cauſæ, per exceptionem doli repellatur: toties videlicet, quoties teſtator erravit, & putavit tale quid à legatario factum eſſe: utique enim intelligitur dediſſe tamquam ob bene meritum, & remota cauſa ſi falſam eam ſciviſſet, non daturus fuiſſe. Et proinde magis id ſummi juris eſſe videtur, quod falſa cauſa non nocet, & ut ipſo jure competat actio, ſed quæ ut plurimum per exceptionem doli excludatur.

Illud omnino circa demonſtrationem falſam addendum eſt, quod per eam non vitietur legatũ, hoc cum mica ſalis accipiendum eſſe: & ita ſi nihil præter falſitatem demonſtrationis adſit, & demonſtratio tantum nominis vice fungatur: ſæpe enim aliud intervenit, quod facit ut nullum ſit legatum, ubi tamen falſa demonſtratio eſt. Id optime oſtenditur ex textu in *l. ſi ſic. 75. §. 1. & 2. de leg. 1.* Proponitur ibi legari à teſtatore, quod ipſe debet, & quod alius ipſi debet, cum tamen nec ipſe deberet, nec ipſi deberetur. Utrumq; ſi fiat ſine adjectione corporis aut quãtitatis, legarum nullum eſt: quod tamẽ non facit falſitas demonſtrationis ſed nimia legati incertitudo. Sed & amplius licet quantitas adjecta ſit, non tamen indiſtincte tale legatũ utile

eſſe docet idem textus. Quod ſi enim teſtator dicat ſe legare quod Titio debet expreſſa quantitate, valere dicitur legatum, nec falſa demonſtratione perimi. Quod intelligo, ſi leget ipſi Titio, cui ſe debere dicit licet revera non debeat: hic enim nihil niſi falſa demonſtratio eſt, quæ non vitiat legatū. Quod ſi dicat ſe legare Sempronio quod Titio debet, jam ex alia cauſa vitium ineſt legato: quoniam quod detracta demonſtratione inutile eſſet, id adjecta falſa demonſtratio utile facere non poteſt. At nemo quod ipſa revera debet alii quam creditori utiliter legare poteſt: ſiquidem actio perſonalis, quæ creditori in debitorem competit, in alium transferri nō poteſt: & actio pro legato ſubrogatur in locum actionis, quæ creditori competit in debitorem. Atque hic eſt primus principalis caſus in *d.l.75. de leg.* 1. Alter eſt, ſi teſtator leget quod ſibi debetur. Et hic caſus eſt duplex: vel enim legat ipſi debitori, vel tertio. Utroque caſu ſi nihil debeatur, licet certa quantitas legato fuerit adjecta, reſponder JCtus legatum eſſe inutile. Prior caſus in *d.l.75. §.2.* proponitur in *pr. d. §.2.* ſi addiderit, *decem quæ mihi Titius debet*, ubi ſc. legat ipſi Titio. Alter in v. *proinde etſi*, (ceteroquin eſſet idem caſus. Illius ratio & cur non valeat legatum, ſi nihil debeatur, hæc eſt: quia legato liberationis continetur hoc, ut vel heres liberet debitorem, vel debitor contra heredem agētem, exceptione defendatur. Neutrum locum habet, ubi nihil debetur. Huius vero iſta ratio eſt, quoniam legato nominis continetur ut heres actiones tertio contra debitorem præſtet: atquin nullas præſtare poteſt, ubi nihil debetur. Hæc libuit notare ad explicationem loci obſcuri, & ideo præcipue, ut removeatur objectio, quæ adverſus iſtud, quod de falſa cauſa non nocente legato in noſtro §. dicitur ex *d. §.2.* moveri poteſt: Cum enim JCtus in *f. §.1. d.l.75.* dixiſſet, non vitiari legatum falſa demonſtratione ubi decem quæ non debebat revera, legavit Titio tamquam creditori; mox in §.2. propoſito caſu quo legatum inutile eſt, ubi quis legavit decem tamquam quæ ſibi deberentur, pro ratione ſubjicit, quoniam multū inter falſam demonſtrationem, & falſam cōditionem ſive cauſam interſit: ex quibus verbis effici videtur, quod falſa cauſa vitiet legatum. Sed nimirum cauſæ verbum non uno modo uſurpatur, & cum in *d. §.2.* cū conditione conjungatur, apparet aliter accipi quā in textu noſtro. Sed & nec vera conditio eſt, quę conferetur in tempus præſens: & *Bart. in d. §.2.* notat vitiari legatum, ſi cauſa faciat deficere ſubſtantiam legati; ſicut & tum facit nullum aut inefficax legatum, ubi alias teſtator non ſuiſſet legaturus: tunc enim cauſa legato cohærere intelligitur; & notavimus ad *§. ſed ſi uxori ſup. h.t.* ſi demonſtratio referatur ad tale quid, quod non extat in rerum natura, & tum legatum eſſe inutile; quia ante omnia de corpore conſtare oportet; quæ etiam ratio eſt decidendi ad *l. ſi ſervus 108. §. qui quinque 10. de legat. 1.* Paulo prolixius hæc annotare viſum eſt, quoniam ad explicationem hujus textus omnino ſunt neceſſaria. Jam quædam breviter ad textus verba annotemus. Ait Juſtinianus:

Siquidem in nomine.] Prænomen erat proprium cujuſmodi nomen, ut *Caius, Paulus, Publius &c.* Nomen erat gentis; quæ abibat in varias ſtirpes & familias, quæ inter ſe diſtinguebantur cognomine. Agnomen denique ab accidenti ſupervenibat nec erat neceſſarium, aut omnibus commune. Exempli cauſa. In his *Publius Cornelius Scipio Africanus*, prænomen eſt *Publius*, *Cornelius* eſt nomen gentis. Gens Cornelia varias habuit familias, *Cefforum, Scipionum, Lentulorum*; *Scipio* itaque eſt cognomen familiæ; à ſubacta provincia acceſſit agnomen *Africani*: & hoc agnomine rurſus rami familiarum diſtinguebantur; fuerunt enim Scipiones, *Africani, Naſica, Aſina &c.* ut pluribus docet *A. Auguſt. de fam. Pop. Rom.* Recte tamen Hottom. monet cognomen aliquando uſurpari generalius, ut etiam agnomē comprehendat. Atque hæc quatuor etiam ponuntur in *l.4. C. de teſtam.*

Stichum ſervum meum vernam.] Duo exempla proponuntur falſę demonſtrationis. 1. dum appellat ſervum vernam, domi natum ſc. qui tamen emptus ſit. 2. dum ait à Seio emptum qui tamē ab alio emptus eſt. Idem autem eſt in aliis veluti ſi ſit falſi officii demonſtratio, veluti, *Stichum ſutorem aut cocum*, licet nec ſutor nec cocus ſit, modo de perſona conſtet *l. demonſtratio 17. §.1. de condit. & demonſt. junct. l. pen. de reb. dub.* Ita in re legata: idem ut ante monuimus, ſi erratum ſit in perſona legatarii, modo de perſona conſtet d. §.1.

Longe magis.] Cur ait, *longe magis*, & cur minus falſa cauſa nocet? Puto, quia nomen & demonſtratio pertinet ad deſignandam rem aut perſonam: ſed cauſa à legato & à perſona eſt ſeparata *l. cum talis 72. § falſam 6. de condit. & dem.* Ita quoque JCtus in *l. demonſt. 17. §. 2. conditione & demonſtrat. hoc vel magis eſt in falſa cauſa, &c.*

Ceterum circa nominis errorem docet Juſtinianus idem eſſe in heredo & legatario, ut nec inſtitutionem vitiet: Idem de falſa demonſtratione affirmat JCtus

JCtus in *l. falſa* 33. *in pr. d.t.* niſi conſtaret, teſtatorem ſi falſam demonſtrationem ſciviſſet, non inſtituturum, ut ſi demonſtratio dirigatur ad deſignandum conſanguinitatem, quę moverit ſola ad agendum, ut ſi inſtituerit ſub nomine patris, filii aut fratris *l.* 4. & 7. *C. de hered. inſt.* An idem quoque in falſa cauſa? Ratio facit, ut idem ſit, cum non poſſit dari ratio differentiæ: & hic militet ratio, ex qua non vitiatur legatum, quod ſcilicet cauſa non cohæreat legato: *d. l.* 72. §. 6. non magis autem cohæret inſtitutioni. Neque obſtat *l. ult. de hered. inſt.* Nam ubi Bart. notat & alii, eſt talis falſa cauſa, quam ſi falſam eſſe ſciviſſet, non inſtituiſſet: & igitur idem eſt quod in legato *d. l.* 72. §. 6.

Sed ſi conditionaliter.] Ita enim ſatis oſtendit teſtator, nolle ſe aliter præſtari, quam ſi ita res ſe habeat quod ipſum docet & JCtus in *d. l. demonſt.* 16. §. *pen. de condit. & dem.*

TEXTVS.

An ſervo heredis recte legetur, quæritur: & conſtat pure inutiliter legari, nec quidquam proficere, ſi de heredis poteſtate vivo teſtatore exierit: quia quod inutile foret legatum, ſi ſtatim poſt factum teſtamentum deceſſiſſet teſtator, hoc non debet ideo valere, quia diutius teſtator vixerit. Sub conditione vero recte ſervo legatur, ut requiramus, an quo tempore cedit legati dies, in poteſtate heredis non ſit. Ex diverſo ſervo herede inſtituto, quin domino recte etiam ſine conditione legetur, non dubitatur. Nam etſi poſt factum teſtamentum ſtatim deceſſerit teſtator, non tamen apud eum qui heres ſit, dies legati cedere intelligitur: cum hereditas à legato ſeparato ſit, & poſſit per eum ſervum alius heres effici, ſi priusquam juſſu domini adeat, in alterius poteſtatem translatus ſit; vel manumiſſus ipſe heres efficitur: quibus caſibus utile eſt legatum. Quod ſi in eadem cauſa permãſerit, & juſſu legatarii adierit, evaneſcit legatum.

COMMENTARIVS.

SUblato apud nos fere uſu ſervorum, huius tractationis exigua eſt utilitas. Proponuntur duo caſus oppoſiti. Primus, ſi domino herede inſtituto legatum fuit ſervo ejus. Et hoc nimirum fit aut pure aut conditionaliter. Pure legatur inutiliter, propter regulam Catonianam, quæ omnia pure relicta refert ad tempus teſtamenti, & ex eo an valeant, æſtimat, & ex poſt facto confirmari non permittit: & quod nulliter legatum eſſet, ſi teſtator protinus facto teſtamento deceſſiſſet, id ex aliquo quod poſt accidit, convaleſcere non patitur *h. §. l. 1. in princ. de reg. Caton.* de qua etiam egimus ad §. *non ſolum 4 ſup. h.t.* Eſt enim eadem hic ratio quæ facit hoc nullum quæ & nullum facit legatum rei, quæ propria eſt legatarii. Itaque ſicut ubi res hæc vivo teſtatore alienata eſt, non convaleſcit legatum: ita nec alienatione ſervi vivo teſtatore facta, legatum vires ſumit: quoniam cum in ſervi perſona nihil conſiſtere poſſit, ſed per ſervum adquiratur domino, perinde eſt ac ſi ipſe ſervus domino ſuo legatus fuiſſet. Quod ſi vero ſtatim deceſſerit teſtator, legatum recta defertur per ſervum domino: qui cum heres inſtitutus ſit nec heredi ipſi legari poſſit à ſe, *leg. & quidem 18. lex legatum 116. §. 1. de leg. 1.* fieri non poteſt ut legatum valeat, cum ratio juris eundem & legatarium & heredem eſſe non ferat, nec ipſo tempore mortis teſtatoris fingi poſſit, quod heres ſcriptus repudiarit hereditatem. Conditionaliter autem ſi legetur ſervo, utique legatum valet, quoniam ad legata conditionalia non pertinet regula Catoniana, nec ad ea, quorum dies tempore mortis non cedit *leg. 3. & 4 de reg. Caton.* cum propter incertum eventum conditionis fieri poſſit, ut ea legata omnino nõ debeantur. Plane ſi conditionis exiſtentis tempore ſervus adhuc ſit in poteſtate heredis, procul dubio legatum annullatur. Idque eſt quod ait Juſtinianus in *verſ. ſub conditione*, ſpectari, an quo tempore dies legati cedit, ſervus adhuc ſit in poteſtate. In conditionalibus autem obligationibus ante exiſtentem conditionem, cum nihil debeatur, nec ante etiam ceſſit.

Itaque hic tempus quo cedit dies, eſt ipſum tempus quo exiſtit conditio, ubi tamen ſcrupulum movet, quod ſi, an legatum hic valeat, ſpectamus tempus quo cedit dies legati, videatur etiam valere legatum purum, quoniam legati dies cedit à morte teſtatoris, antequam poterit ſervus alienari vel

manumitti à domino herede ſcripto. Reſpondeo quo ad tranſmiſſionis jus & alia quædam ſpectari tempus mortis teſtatoris: quin & ſpectari quo ad æſtimandam validitatem legati: ſed ita, ut quo ad hoc, poteſtate & autoritate regulæ Catonianæ tempus utrumque conjungatur, & teſtator ipſo puncto facti teſtamenti deceſſiſſe fingatur: quod docet *l. Cat. 3 de reg. Cat.* ubi JCtus ait, Catonianam regulã ad ea tantum pertinere, quorum dies cedit tempore mortis. Atque hæc de primo caſu. Alter proponitur in *verſ. ſive §. ex diverſo*, ubi ſervo herede inſtituto, legatum eſt domino: quod etiam pure utiliter fieri ſcribit Juſtinian quippe quod etiamſi ſtatim deceſſiſſet teſtator, tamen dies legati non ceſſiſſet apud heredem. Nimirum hereditas non adita non tranſmittitur: nec adeo hereditatis relictæ dies poteſt dici cedere à morte teſtatoris: nec dominus recta per ſervum inſtitutum fit heres, ſed ita demum, ſi juſſu eius adierit: & ſupra monuimus, quod dicitur, tempus aditæ hæreditatis conjungi cum tempore mortis, ſecundum quid, non ſimpliciter, nec quo ad omnia eſſe verum. Itaque ſi ſervus interim alienetur aut manumittatur, & ita vel novus dominus, vel ipſe heres fiat, manet integra petitio legati, domino. Itemque reſponſum eſt in filio, quod eo hærede inſtituto, pure quoque patri legari poſſet *l. à filio 2. de legat. 1. & l. quæſitum 91. in pr. D. eod. fac. l. Iulianus. 86. verſ. cum vero de cond. & dem.* Itemque quod ſervi quoq; perſona, propter ſpem libertatis, inſpicienda eſt, ut diſputatur *in l. debitor 82. §. 2. de legat. 2.* Et hoc procedit, ſi eo tempore quo aditur hæreditas, diverſæ ſint perſonæ hæredis & legatarii, ſervo vid. aut alienato aut manumiſſo: ceteroquin ſi maneat ſervus in poteſtate eiuſdem, & juſſu eius adeat hæreditatem, jam ex rationibus quas diximus ad § præced. cum idem hæres & legatarius eſſe non poſſit, legatum evaneſcit, ut in f. huius text. ſcribit Juſtinianus.

Et hæ rationes utriuſque caſus ſunt in textu. Dd. alias conquiruntur, ut *Angel.* hic poſt alios, quod peiori caſu legatum pendeat à voluntate domini, ſive velit adire hæreditatem ſive repudiare: ſed non poſteriori, cum ſervus poſſit mori aut non adire: & inſuper manumiſſio vel alienatio non eſt directa ad adquiſitionem hæreditatis per ſe aut omiſſionem.

TEXTVS.

Ante hæredis inſtitutionem inutiliter ante legabatur: ſcilicet quia teſtamenta vim ex inſtitutione hæredis accipiunt, & ob id veluti caput atque fundamentum intelligitur totius teſtamenti, hæredis inſtitutio. Pari ratione nec libertas ante inſtitutionem hæredis dari poterat. Sed quia incivile eſſe putavimus, ſcripturæ ordinem ſequi quidem, (quod & ipſi antiquitati vituperandum fuerat viſum) ſperni autem teſtatoris voluntatem: per noſtram conſtitutionem & hoc vitium emendavimus, ut liceat & ante hæredis inſtitutionem, & inter medias hæredis inſtitutiones relinquere legatum, & multo magis libertatem, cuius uſus favorabilior eſt.

COMMENTARIUS.

SUb fin. huius tit. triplex juris veteris mutatio propomitur. prima h. §. ut liceat & ante & inter medias hæredum inſtitutiones, legata dare: *l. ambiguitates 24. D. de teſt.* quæ tamen (cum tantum hoc obiter attingat) non videtur eſſe conſtitutio cuius hic meminit. Olim inſtitutionem tamquam caput & fundamentum teſtamenti præcedere neceſſum erat, *Vlp. tit. 24. de legat. §. ante 14. Paul. 3. ſent. 6. de legat. §. 1.* & cum omnia ab hærede relinquerentur, prius hæres ipſe ſcribendus erat: ita ut ante ſcripta tamquam extra teſtamentum ſcripta haberentur, ut ait Theoph hic. Hoc merito diſplicuit Juſtiniano, potior eſſet ordo ſcripturæ voluntate teſtatoris: Nec magni momenti ratio veterum eſt, ex eo quod inſtitutio eſſet fundamentum, tum quia in nec fideicommiſſo potuiſſent valere, contra quam olim obtinuiſſe ſcribit *Vlp. tit. 25. de fideicommiſſ. §. 6.* tum quod omnia teſtamento ſcripta conſiderantur tamquam unum totum: & utcunque ſint legata ſcripta poſt inſtitutionem, hæc nihilominus fundamentum & caput teſtamenti maner, cum etiam ſit unus continuus teſtandi actus. Addit Juſtin. aliam rationem ex ipſo jure veteri, quod ipſum in pleriſque potiorem voluntatis quam ordinis ſcripturæ rationem ducebat: cuius rei ſunt exempla *in l. cum pater 77. § fidei 12. de legat. 2. l. nec enim C. de ſolution. l. ſi mihi 2. in fin. de leg. 1. l. ſi idem 14. in pr. de legat. 2.* tanto iniquius erat, etiam libertatis dationem ob hoc vitiari, ut hic refert Juſtin.

Juſtin. & ſcribit *Vlp. tit. 1. §. poſt mortem* 15. ubi tamen addit, exceptum fuiſſe teſtamentum militis. Ait Juſtinianus.

Vt liceat.] Ergo permittitur hoc libertati teſtatoris. Et adeo licet mirari an ridere ſapientiam an fatuitatem Notariorum, qui hoc perpetuo obſervant tamquam neceſſarium, ut præcedant legata, ultimo loco ſequatur heredis inſtitutio: adeo ut quidam, referente Mynſing. hic, publicis de arte Notariatus ſcriptis hoc obſervandum moneant: cum tamen ipſi Notarii in inſtrumentis, inſtitutioni hæredis hoc elogium præmittere ſoleant, Auf die Benennung und Einſatzung eines Erben/ iſt ſein Teſtaments weſentlich Stück und Fundament iſt/ &c. quæ ratio faciebat, ut inſtitutio eſſet præmittenda. Sed inepti homines non intelligunt rationem Juris.

Et inter medias.] Hoc etiam olim licuiſſe ſcribit *Paulus de legat. 3. ſent 6. §. 1.* Sed Juſtin. hoc addidit, ut etiam liceret ante inſtitutionem hæredis: quod olim non licuiſſe ibidem Paulus tradit.

TEXTVS.

Poſt mortem quoque hæredis aut legatarii ſimili modo inutiliter legabatur: veluti ſi quis ita dicat: *Cum hæres meus mortuus fuerit, do lego:* Item: *Pridie quam hæres aut legatarius morietur.* Sed ſimili modo hoc correximus, firmitatem hujuſmodi legatis, ad fideicommiſſorum ſimilitudinem præſtantes, ne in hoc caſu deterior cauſa legatorum, quam fideicommiſſorum inveniatur.

COMMENTARIVS.

ALiterum hoc eſt quod mutatur, ut etiam poſt mortem hæredis vel legatarii recte relinqueretur: quod per fideicommiſſum olim quoque fieri potuiſſe teſtatur Juſt. hic & ſcribit *Vlp. de fideicommiſſ. tit. 25. §. 6. fac. l. filiuſf. 114. §. apud 3. de legat. 1. l. ſi fuerit 5. de legat. 3.*

Adeo iſta mutatio conſequitur ex exæquatione legatorum & fideicommiſſorum, de qua, *in §. ſed non uſque ſup. h. t.* Olim non potuiſſe, docet *Vlp. de legat. tit. 24. §. poſt mortem 15.* ne ab hæredis hærede legati videtur; quomodo fideicommitti poterat *d. l. 5. de legat. 3.* Ratio communis ad alias quoque obligationes, (neque enim poterat obligatio conferri poſt mortem debitoris aut creditoris, §. *poſt mortem 12. infra de inut. ſtip.*) hæc erat; quod nulla obligatione tenebatur hæres, niſi qua repræſentabat defunctum: nec poterat eum repræſentare, niſi obligatio prius in perſona defuncti initium cepiſſet, & in ipſum ita tranſmiſſa fuiſſet: atquin ubi poſt mortem collata obligatio erat, non poterat incepiſſe in perſona defuncti. Et ita habebat regula juris veteris ex eodem fundamento: Quod actiones ab hæredibus & contra hæredes incipere non poſſent, quam ſuſtulit Juſtinianus *l. un. C. ut act. ab hared. &c.* Et quod fideicommiſſum valebat, non ob id obligatio ab hærede in hæredem tranſibat, quæ non ceperat, ſed quod benigne receptum erat, ut etiam hæredis hæres per fideicommiſſum rogari poſſit *d. l. 5. de legat. 3.* quod in legatis admiſſum non fuit.

Et tamen cum & olim obligatio poſſet conferri in mortem debitoris vel creditoris, *cum moriar dabo*, vel, *cum morieris, dabis. §. Ita autem 14. infra de inutilib. ſtipul.* & ita quoque legari poſſet; *Hæres cum moritur, dato. Vlp. tit. de legat. §. 15.* videtur illud in mera quadam ſubtilitate juris ſubſtitiſſe, quod poſt mortem non incipere poſſet obligatio: quod adeo non immerito mutavit in univerſum Juſtin. eſt enim omnino ſcrupuloſæ ſubtilitatis, quod punctum mortis vitæ adhuc dicitur deputari: adeoque adhuc ſtandari & radicari in morientis perſona obligatio: de quo agitur pluribus *in ſi. d. §. poſt mortem de inutil. ſtip.*

Item, pridie quam moriatur.] Rationem reddit Theoph. cur nec hoc legatum valeat: ſicut nec olim quævis alia obligatio *d. §. poſt mortem*: quoniam incidit in eam ſpeciem & caſum, ubi quid legatum eſt poſt mortem: quia iſtud pridie non niſi poſt mortem determinari poteſt. Et videtur tamen hæc & nuda ſubtilitas juris fuiſſe, propter illud verbum *pridie*, quoniam *pridie mortis* habet relationem ad mortem quæ relatio demum poſt mortem certa fit: ceteroquin ſi ipſam rei veritatem & quid in natura verum eſt, conſideremus, poſſit dici obligatio, uno die ante mortem cepiſſe.

TEXTVS.

Pœnæ quoque nomine inutiliter antea legabatur, & adimebatur vel transferebatur. Pœnæ autem nomine legari videtur, quod coercendi hæredis cauſa relinquitur, quo magis aliquid faciat: veluti ſi quis

quis ita scripserit: *heres meus, si filiam suam in matrimonium Titio collocaverit*: vel ex diverso: *si non collocaverit, dato decem aureos Seio.* aut si ita scripserit: *heres meus si servum Stichum alienaverit*: vel ex diverso: *Si non alienaverit, Titio decem aureos dato.* Et in tantum hæc regula observabatur: ut constitutionibus quam plurimis principalibus significaretur, nec principem agnoscere, quod ei pœnæ nomine sit legatum. Nec ex militis quidem testamento talia legata valebant, quamvis in ordinandis testamentis aliæ militum voluntates valde observabantur. Quin etiam nec libertates pœnæ nomine posse dari placebat. Eo amplius nec hæredem pœnæ nomine adjici posse, Sabinus existimabat: veluti si quis ita dicat. *Titius hæres esto: & si Titius suam filiam in matrimonium Seio collocaverit, Seius quoq; hæres esto.* Nihil enim intererat, qua ratione Titius coerceretur, utrum legati datione, an adjectione cohæredis. Sed hujusmodi scrupulositas nobis nō placuit: & generaliter, ea quæ relinquatur, licet fuerint pœnæ nomine relicta, vel adempta, vel translata in alium, nihil distare constituimus à legatis ceteris; vel in dando, vel in adimendo, vel in transferendo: exceptis videlicet iis, quæ impossibilia sunt, vel legibus interdicta, aut alias probrosa: hujusmodi enim testamentorum dispositiones valere secta morum temporum non patitur.

COMMENTARIVS.

TErtia hæc est novi juris constitutio, ut etiam pœnæ causa legata dare, adimere liceat, vel etiam transferre: quod olim fuisse illicitum ante Justinianum, docet *Vlp. tit.* 24 *§. pœna* 16. Et ita aperte h.§. Justinian. ut nulla sustineri ratione possit, quod hic plerique Interpp. putant, etiam jure Dig. legata pœnæ causa valida fuisse, & antiquius jus hic à Justiniano intelligi, quamvis ut ita existimarent, aliqui textus juris nostri ipsis præbuerint causam: veluti *l.* 1. *in fin. de privileg.* ibi *heredis in devotione coercenda*, & præcipue *l.* 1. *de his quæ pœn. nomin.* Nam cum Imp. & *in l. un C. eod. & in hoc §. in fin.* excipiat impossibilia & turpia. idem *in D. l. dig.* expressum est, non valere. Si in pœnam illiciti vel probrosi datum est, ut alias honeste data valere videantur: cum & hæc suadeant verba in f. adjecta *talem pœnam.* Sed animadvertit cum aliis *Cujacius ad d. l.* 1. *tract. ad Afric.* 5. illa verba ex constitutione Justiniani à compilatoribus adjecta fuisse: Nec dubium est, quin verba quoque finalia *d. l.* 1. *de pœnis legata*, sint à Triboniano: nullus enim JCtus ita unquam locutus est.

Et tamen *in d. l.* 1. non agitur de legato pœnæ causa, & errat perspicue Faber hic, dum putat *in Leum fine*, *Quando dies legat. ced. l.* 1. *§. si ita ad l. Falcid.* tractari de legato pœnæ causa: & tale esse legatum *Heres pœnam dato.* Sicut enim contrahentes, possunt subjicere pœnalem stipulationem: ita & potest testator sub comminatione gravioris præstationis, jubere hæredem aliquid dare. Sed alio plane sensu hoc §. nostro dicitur aliquid legari pœnæ causa, ut exempla istius §. satis perspicue ostendunt.

Cur autem hujusmodi legata olim non valuerint, hæ rationes reddi solent. 1. quia per ista constringebatur facultas & libertas faciendi, quod quisque jure suo facere alias potest & posse debet: 2. quia hic erat abusus legatorum, quæ non coercendi & terrendi hæredis, sed beneficentiæ causa relinqui solent & debent. 3. quia hoc modo legatum confertur in arbitrium hæredis, quod improbant jura: quæ posteriores rationes cessant apud Theoph. hic conjunctim circa medium §. & sub pr. primam quoque innuit. dum ait testatores ita legando moduni præscripsisse hæredibus τῷ ὅσα ἰδίᾳ αὐτὸς προστίθεσθαι.

Justiniano autem placuit hic quoque voluntatem defuncti servandam esse & legatum valere: excepto ut in f.§ est, si quid impossibile, legibus interdictum aut alias probrosum pœnæ causa adjectum fuerit: cujusmodi dispositiones valere prohibet, hic & *in d. l. un. l. de his quæ pœn. nom.* Sed objicitur, quod conditio impossibilis, vel turpis adjecta hæredis institutioni aut legato, non facit ut legatum sit nullum, sed ipsa impossibilis vel turpis adjectio detrahitur, & legatū valet §. *impossibilis* 10. *sup. de hared. inst.* Non una ad hanc objectionem est responsio. Et prima, hoc velle Justinian. & hoc loco, quod ipsum hoc quod adjecit testator & scil. probrosum,

brosum, non debeat valere, ut tamen legatum præstetur: argum. eius quod adjicit, sectam temporum suorum non pati, ut quid tale observetur, sed vitiosa est hæc responsio. 1. quoniam tantum pertinet ad casum, quo aliquid est adjectum turpe vel LL. interdictum: non ad eum quo adjectum est quid impossibile: in quo nihil committi potest, contra sectam temporum. Et solent quidem turpia quoque impossibilia jure dici à Dd. sed non puto ita in jure dici, & Justinian. utroque textu probrosa & impossibilia distinguit. 2. quia non futura ita esset exceptio ista de regula, quia Justinian. in genere sancit, ut hæc quæ pœnæ causa relicta sunt, jure sint valida. 3. quia si verbi causa legasse hoc modo testatorem fingamus: *Hæres meus nisi uxorem amitam suam duxerit, centum Seio dato*, non sit rationis, ut qui huic voluntati non paret, centum dare teneatur.

Altera responsio est, quod hic ob duplex vitium, & quod legatum pœnæ causa datum est, & quod aliquid turpe adjectum est, legatum irritum censeatur. Verum *pœna causa legare*, post jus novum inter vitia amplius non est: & cum etiam veteri jure turpia vel impossibilia detrahantur, non possent ita esse satis ad vitiandum legatum, nisi cõcurreret quid aliud. Itaque nec illa prior, quæ etiam apud Accurs. extat, neque posterior responsio, quam Wesemb. hic probat, nodum dissolvit. Tertiam responsionem addit Accurs. quod interfit, an aliquid impossibile adjiciatur ipsi honorato, velut legatario, & tunc detrahi: an adjiciatur gravato, velut heredi, & non detrahi, sed ipsum relictũ vitiari. Idque ipsum est quod Viglius, sed nomine Accursii dissimulato, *in §. impossibilis sup. de her. inst. num.* 3. scribit, alium habere sensum quo utrobique scribitur à Justiniano: & aliud scil. esse, simpliciter legare centum, si digito cœlum tetigeris, aliud vero, legare centum in pœnam heredis, si nimirum ipse cœlum non tetigerit. Cum enim impossibilis hæredi ea conditio sit, pœnam non meretur, & fit igitur hic legatum inutile, non quia est adjecta impossibilis aliqua conditio, sed quoniam testator punire voluit eum, qui non fecit, id quod facere non potuit. Et hoc ipsum eleganter explicat Johan. Faber hic, quod pœna non possit committi, nisi ubi est culpa aut mora, nulla autem possit argui culpa vel mora hæredis qui non fecit, quod vel natura vel jure impossibile est aut habetur. Itaque recte etiam addit, insubtiliter distingui an impossibile sit adjectum personæ honorati an gravati, quoniam pœna sui personæ non nisi in personam gravati apponi possit.

AD TITVLVM XXI.
LIBRI SECVNDI Institutionum.

DE ADEMPTIONE LEGATORVM & translatione.

TEXTVS.

Ademptio legatorum, sive eodem testamento adimantur, sive codicillis, firma est: sive ademptio fiat contrariis verbis: veluti si quis ita legaverit: *Do lego*: ita adimatur: *Non do, non lego*: sive non contrariis, sed aliis quibuscunque verbis. Transferri quoq; legatum ab alio ad alium potest: veluti si quis ita dixerit: *Hominem Stichũ quem Titio legavi, Seio do lego*: sive in eodem testamento, sive codicillis hoc fecerit: quo casu simul & Titio adimi videtur, & Seio dari.

COMMENTARIVS.

DUę sunt partes huius tit. De ademptione legatorũ simplici: & de translatione, cum ita adimitur legatum, ut in alium transferatur. Ademptio fit & inducitur vel ipso iure, vel ope exceptionis. Ipso jure tum verbis tum factis, verbis juxta pr. hujus tit. sive sint directo contraria, sive qualiacunque, apta ad declarandam voluntatem testatoris, ita ut pœnituisse eum prioris voluntatis colligatur, ut docet *l. Divi* 13. *de adim. leg.* Estque hæc facultas liberrima quoniam & legatum dare eiusdem est arbitrii. Factis ademptum censetur legatũ, veluti si inducat legatum *l. mihi* 16. *h. t.* si rem ultro & libere sine aliqua necessitate alienet, de quo *in §. si rem* 12. *sup. sit.* 1. si cum nomen legasset, ipse pecuniam exigat, de quo *in §. tam autem* 21. *sup. h. t.* Per exceptionem dico adimi legatum, cum aliquid intervenit, ex quo colligitur mutata voluntas defuncti, veluti inimicitię inter testatorem & legatarium: hic enim licet nec verbis ademerit testator legatum, nec rem alienaverit, petenti legatario obstat exceptio doli, *l. 4. §. ult. de adim. leg. l. 4. §. pra-*

terra 10. *de doli male exc. l. milites* 36. §. *veteranus* 3. *de milit. teſtam.* Et ſane probabilis ſit opinio Dd. quam refert *Angel. hic*, quod ope exceptionis etiam repelli poſſit legatarius, ſi teſtamento imperfecto ſit facta ademptio. Sicut autem libera voluntate ademit legatum teſtato, ita eadem libertate in alium transferat, ut in §. 1. & ſecunda parte hujus tit. docetur. Ait Juſtin.

Sive eodem teſtamento.] Teſtamentum hic recte opponitur codicillis, non alii conditio teſtamento: ſicut & *in l. ſi quis* 16. *de vulg. ſubſt.* quoniam jam nemo decedere poſſit cum teſtamentis duobus, ultro apparet, quod alio facto teſtamento, citra ullam aliam ademptionem legata ex priori teſtamēto, utpote irrito facto, non debeantur. Ergo quod in una parte teſtamenti reliquit, *in* alia adimere poteſt, imo mox ſubjectis verbis revocat, v g. veluti *Stichum Sempronio lego, imo non lego.* Et quod traditur, in legatis noviſſimam ſcripturam ſpectari *l. quod* 87. *cum ſeqq. de cond. & dem.* etiam ad hanc materiam pertinet, *l. Divi* 13. *h. t. l. ſi quis* 16. *de vulg. ſubſt.* ambulatoria enim eſt hominis voluntas *l.* 4. *h. t.*

Et fruſtra objicitur: quod ubi eſt repugnantia verborum, neutrum valeat. Recte enim reſpondet Faber, id procedere, ubi eſt perplexitas & incompatibilitas. Secus ubi ex verbis contrariis intelligitur revocatio prioris voluntatis.

Sive in codicillis] Teſtamento confirmatis facit *d. l.* 16. cum enim olim codicillis legata dari non poſſent ab inteſtato, nec quæſtio eſſe poteſt de legatis per hujuſmodi codicillos adimendis. Quod hodie poſt exæquationem legatorum & fideicommiſſorum ſecus erit. Sed & olim hic differentia erat legatorum & hæreditatis, quæ codicillis adimi non poterat, §. *pen. infr. de codicill.*

Si quis ita dixerit.] Verba enim ſatis oſtendunt priori teſtatorem legatum ademptum voluiſſe, quoniam ut Dd. loquuntur, dat legatum ſecundo ſub commemoratione primi, non autem Titium & Seium in eandem rem conjungere in quam rem aliæ ſunt proditæ verborum formulæ, juxta §. *ſi eadem ſup. tit.* 1. ex quibus colligitur conjunctio: niſi evidentiſſime appareat teſtatorem adimere voluiſſe: quo pertinet *l. ſi pluribus*, § 3. *de legat.* 1. non autem ad hoc loco propoſitam transferendi formulam. Et pertinet huc quod tractatur *in l. non ad eas* 89. *de cond. & dem.* ubi ſi teſtator eandem rem pure & incontinenti ſub conditione legat, diſtinguitur an id factum ſit ſub commemoratione primi, an non: ut illo caſu cenſeatur mutata voluntas, & poſterius tantum legatum valere: hoc autem utcumque ſubſiſtat, & electio ſit legatarii, utrum perſequi velit. Ubi tamen objicitur *l. Iulianus* 15. *in fr. de hared. inſtit.* ubi ex his verbis: *Ex qua parte Seium inſtitui ex eadem parte Sempronius hæres eſto*, colligitur conjunctio & non ademptio. Fab. hic reſpondet, id procedere in commemoratione in continenti facta, ut non præſumatur tum ademptio, ſed in commemoratione ex intervallo facta, ſecus eſſe: veluti, ſi cum quis inſtituiſſet Seium in prima parte teſtamenti, in ſecunda parte ita ſcribat, ut eſt *in d. l.* 17. Quod tamen divinatorium videtur. Et rectius, ut vel diſtinguimus, inter legata & inſtitutiones, quarum ademptionem non ita facile præſumimus, vel rationem differentiæ petamus, ex verbo, *d. l.* 17. EADEM, quod inducit conjunctionem.

AD TITVLVM XXII.
LIBRI SECVNDI Inſtitutionum.

DE LEGE FALCIDIÆ.

TEXTVS.

Supereſt, ut de Lege Falcidia diſpiciamus, qua modus noviſſime legatis eſt impoſitus. Cum enim olim lege XII. tabularum libera erat poteſtas legandi, ut liceret vel totum patrimonium legatis erogare: quippe cum ea L. ita cautum eſſet *ut quisque legaſſet ſuæ rei, ita ius eſto*: viſum eſt licentiam hanc legandi coarctare: idq; ipſorū teſtatorū gratia proviſum eſt, ob id quod plerumq; inteſtati moriebantur ſcriptis hæredibus recuſantibus, pro nullo aut minimo lucro hæreditatem adire. Et cū tam Furia Lex ſuper hoc, quā Lex Voconia latæ ſunt, quarum ad conſummationem rei nulla videbatur ſufficiens: noviſſime lata eſt L. Falc. qua cavetur, ut ne plus legare liceat quam dodrantem bonorum: id eſt, ut ſive unus hæres inſti-

inſtitutus ſit, ſive plures, apud eum eoſve pars quarta remaneat.

COMMENTARIVS.

1 *De Lege Furia.*
2 *De Lege Voconia.*
3 *Lex Falcidia.*
4 *An ea in teſtatorum gratiam inducta.*
5 *An in legatis tantum habeat locum.*

NOtandus eſt progreſſus juris. Initio L. XII. tabb. liberrimam dedit facultatem legandi: quo tamen verbo ea L. dubio procul etiam inſtitutionem comprehendit. Inde autem cum hæredes, nimis multis relictis legatis, exiguum, aut nullum habituri lucrum, repudiarent hæreditates, ut hoc loco ſcribit Juſt. conſervandarum ultimarum voluntatum cauſa: neceſſarium viſum fuit, ut ea legãdi libertas coærctaretur, *h. textu.* Hoc egerunt Leges Furia & Voconia: ſed quæ ut ait Juſtin. inſufficientes fuerunt ad rei conſummationem. An for-
1 tea L. † Furia cuius meminit Cicero pro Corn. Balb. non multo poſt pr. Tulit apud maiores noſtros, inquit Legem C. Furius de teſtamentis. Quod enim ea cautum ſit, non exprimit: nec aliunde quam ex *Vlpiano tit. 1. & Theophilo* hoc diſerte licet: qui teſtantur cautum fuiſſe ea Lege, ut ne cui ultra mille aureos legare liceret, & qui plus legati nomine accepiſſet, quadruplum redderet, ſed nimirum numero legatariorum eludebatur hæc lex, ſi quinque millia aureorum habens, quinque legatariis, ſingulis mille aureos, aut decem legatariis, ſingulis 500. legaſſet. Tum hæc etiam fuit iniquitas, quod non licebat alicui optime de ſe merito ultra 1000. aureos legare.

2 Lata inde fuit Lex Voconia † cujus paulo ante citato loco meminit Cicero, latam fuiſſe de mulierum hæreditatibus: de quo capite v. quæ bene ſcripſit *Ant. Aug. de LL. popul. Romani.*

Alterum autem caput eiuſdem Legis (errat enim Mynſing. qui prout fuiſſe diverſas LL.) fuiſſe probabile eſt, quo ad coercendam liberam facultatem legandi pertinuit: cujus rei teſtis eſt *Cicer. lib. 1. in Verr.* qui eſt *de pratura urbana*: ubi cum mentionem feciſſet primi capitis, quod vetabat mulierem hæredem relinquere: mox ſubjicit, quod ad alterum caput pertinet: *Quod ſi plus legarit, quam ad hæredem hæredefve perveniat, &c.* Hoc enim eo capite cavebatur, quod Theoph. ſcribit, ne plus haberet legatarius quam hæres. Quam itidem Legem potuiſſe eludi refert: ſi quis centum in bonis habens 99. legatariis ſingulis unũ
3 reliquiſſet. Tandem itaq; ſupervenit Lex † Falcidia, quæ diſpoſuit, ne plus dodrante bonorum liceret legatis diſtribuere, ut minimum quarta pars apud hæredem maneret. Lata fuit ſub Auguſto anno V. C. 712. rogante populum Tribuno plebis (tum enim adhuc ſuffragia populus habebat) & ſunt de ea hæc Dionis verba, lib. 48. hiſtor. κ. τ. λ. Ait Juſtin.

Leges iſtas, Furiam, Voconiam & inprimis Falcidiam ipſorum teſtatorum gratia eſſe intro-
4 ductas. Sed † non pauca huic aſſertioni adverſantur. Et 1. quod in militis teſtamento, quod vel præcipue favorabile eſt, L. Falcidia non habet locũ *l. in teſtamentis 7. C. h. t. l. in teſtamento 12. Cod. de milit. teſt. l. ſi certorum 17. §. ult. D. eod.* Deinde quia L. Falcidia locum habuit olim invito teſtatore, qui eam nec prohibere potuit *l. quod bonis 15. §. 1. & ult. h. t.* (ubi plane vitioſe Gothofred. adſcripſit ad verbum *auferri* variantem lectionem, *augeri*: quomodo in nullo exemplari legitur: & plus quam falſum eſt, Falcidiam à teſtatore augeri non poſſe) & adeo inducitur etiam contra voluntatem teſtatoris *l. Titia 86. in fin. h. t.* quo pertinet, quod hoc textu dicitur, per iſtas Leges, legãdi & ita liberam diſponendi facultatem, quæ ante omnibus data erat, coarctatam fuiſſe. Accedit quod utiq; negari non poteſt hæredem qui ſolidum præſtat, ſatisfacere voluntati defuncti: qui etiam commendatur hoc nomine ſi hoc faciat, omiſſo L. Falcidiæ beneficio *l. 1. & ult. C. h. t. l. ſi Sponſus 5. § ſi quis 15. de donat. int. vir. & uxor.*

Quibus conſequens videtur Legem Falcidiam non teſtatoris, ſed hæredis gratia eſſe introductam & ejus gratia latam: quod & nominatim ita ſcriptum eſt *in l. poteſt. 71. h. t.* Reſpondendum eſt, quod L. Falcidia non ſpectaverit hunc vel illum teſtatorem, ſed in univerſum & quaſi in abſtracto omnes, qui ſane intelligantur potius malle, ut pars detrahatur de legatis, quam ut tota voluntas eorũ pereat: quod alias futurũ hoc loco ait Juſtin. hæredibus repudiantibus hæreditatem: cum & hæc cõjectura ſumi poſſit, ideo teſtatorem plura legaſſe, quod amplius fortaſſe de bonis ſuis ſperat *arg. §. 1. ſup. quib. ex caus. non lic.* id alias non facturus. Ne-

que vero alias publice quidquam intereſt, an aliquis decedat teſtatus aut inteſtatus: neque videri poteſt aliud fuiſſe, quod moveret Legislator illos, quam ut validæ eſſent ultimæ morientium voluntates, cum favor earum jure noſtro utique ſit non exiguus. Neque adeo ullo modo pugnant, heredis gratia, & ſimul favore teſtantis introductam L. Falcidiam. Quod enim militis teſtamentum attinet, quandoquidem militis ſola voluntas attenditur, & hoc ipſum militum favori datum eſt, idcirco non potuit Lex Falcidia ad diſpoſitiones illorum porrigi: & miles ſibi imputet, qui favori ſibi conceſſo abutitur, & ita facit, ut teſtamentum ipſius deſtituatur. Neque vero admitti poteſt, quod Portius hic tentat, quia ceſſare voluerunt jura Falcidiam in teſtamento militis, hoc ipſo ſimul cõſtituiſſe aut voluiſſe, ut hæres inſtitutus à milite cogeretur autoritate magiſtratus adire hæreditatẽ: quod nuſquam dictum nec ſcriptum eſt, male adeo probatum à Mynſ. qui adhuc magis errat, dum poſt Coraſium exiſtimat, etiamſi hæres repudiet hæreditatem militis, tamen proximos ab inteſtato ad præſtationem legatorum obſtringi: quod principis juris repugnat: & illi eadem ratione eſſent repudiaturi hæreditatẽ, eam adiit hæres, ceſſante licet Falcidia, ultra vires bonorum non tenetur legatariis: de quibus procul dubio accipienda eſt *l. in teſtamento 12. in fin. C. de teſt. milit.* minime vero de hæreditariis creditoribus. Ait Juſtin.

5 *Ne plus legare liceat*,] Lex † Falcid. equidem locuta eſt de legatis: Sed ad alia per quæ Legi Falcidiæ poſſit fraus fieri, ex identitate rationis producta. Et initio habet locum etiam in fideicomiſſis particularibus, ut & de iis quartam detrahat gravatus hæres. Et video omnibus pene hic & aliis locis placere, Pegaſiano id Senatuſconſult. factum, ut in fideicommiſſis locum haberet Falcidia per §. *ſed quia 5. verſ. ex ſingulis infra de fideicommiſſ. hared.*

Quæ ſententia ex hoc mihi abſurda videtur: quod cum jam ſub Auguſto præſtandi neceſſitatem haberent fideicommiſſa. §. 1. *infra d. tit. & in pr. infra de codicill.* & Senatuſconſultum Pegaſianum factum fuerit ſub Veſpaſiano, & minimum centum annis poſt L. Falcidiam (hæc enim ut ex Dione, lib. 48. colligitur, lata fuit Anno Urb. cond. D.CC. XIV. vel ut vult Ant. Aug. D.CC. XII. Trebellianum autem Senatuſconſultum quod Pegaſiano prius fuit, Anno V.C. D.CCC.XV. ut idem A. Aug. autor eſt) ita nullo negotio bonis exhauſtis per fideicommiſſa particularia fraus legi facta fuiſſet; & ita in vitium priorum LL. Falcidia quoque Lex incidiſſet, nimirum, imperfectionis: neq; ulla ratio dari poterit, quæ potiorem faciat conditionem fideicommiſſorum. Et ut maxime tantũ legatorum fecerit mentionem Falcidius, (de quo tamen dubitari poſſit, ſed imo ille vetuit, ne minus quarta parte bonorum hæres haberet, quæ æque per fideicommiſſa ac per legata minui poteſt) tamen vulgatum illud notum eſt, ubi eadem eſt ratio, ibi idem jus eſſe debere: quod argumentum procedit, etiam ſi antequam fideicommiſſa autoritate Auguſti confirmata, ſancitam ponas Legem Facidiam. Et hinc ſimpliciter in hac materia legata & fideicommiſſa conjunguntur *l. 2. & 3. C. h. t.* & paſſim. Quæ a. ſit ſententia *d. §. 5. de fideicom. hared.* ibi dicemus, ſed poſſit hic quis occurrere, etiam per donationes mortis cauſa fraudem potuiſſe fieri legi Falcidiæ, quæ tamen ad eas demum cõſtitutione & reſcripto Severi & Antonini producta fuerit, *l. ſi mortis 5. C. h. t.* Reſpondeo: donationis mortis cauſæ ante iſtos Impp. hactenus eandem fuiſſe conſtitutionem, quæ donationis inter vivos: & quæ ex bonis teſtatoris ipſo vivo exibant, eorum in computatione Falcidiæ non habitam fuiſſe rationem. Et ſolebat, quod mortis cauſa donabatur, ut plurimum ab ipſo donatore transferri: ſed quoniam tamen revera & perfecte demum morte confirmabatur, cum ante licita eſſet revocatio, placuit Severo & Antonino, iſtud quoque quod ita donatum eſſet computari in bonis hactenus, ut quarta detrahi ex eo poſſet: quæ ratio non fuit in fideicommiſſis, quæ omnimodo demum poſt mortem ab ipſo hærede præſtantur. Et exemplo donationum mortis cauſa, porro admiſſa fuit Falcidia in donatione conjugum, quæ morte confirmatur, *l. in donat. 12. C. h. t.* Sed & ab inteſtato, poſtquam ut diximus etiam in fideicommiſſis locum habet *l. 18. D. h. t.*

Ita autem olim obtinuit, ut invito quoque teſtatore hæres deducere poſſet quartam. Sed diſplicuit hoc *Juſt. N. 1.* ubi inhibet Falcidiam, ſi teſtator eam nominatim prohibuerit.

TEXTVS.

2. Et cum quæſitum eſſet, duobus hæredibus inſtitutis, veluti Titio & Seio, ſi Titii pars aut tota exhauſta ſit legatis, quæ nominatim ab eo data ſunt, aut ſupra modum

dum onerata: à Sejo vero aut nulla relicta ſint legata, aut quæ partem eius duntaxat in partem minuant dimidiam: an quia is quartam partem totius hæreditatis, aut amplius habet, nihil Titio ex legatis, quæ ab eo relicta ſunt, liceat retinere, ut quartam partem ſuæ partis ſalvam habeat: placuit poſſe retinere: etenim ratio legis Falcidiæ in hæredibus ſingulis ponenda eſt.

COMMENTARIUS.

AUt teſtator ſimpliciter relinquit legata, vel ſimpliciter ab hæredibus: aut ab hæredib. vel uno vel pluribus nominatim relinquit legata: veluti cum duobus hæredibus ſcriptis Titio & Gajo, à Gajo nominatim centum relinquit: hæc enim ſolus cogitur præſtare Cajus: cum in priore caſu omnes hæredes legata pro portionibus hæreditariis exſolvere cogantur, ubi itaque hæredes nominatim gravari non ſunt, una tantum Falcidia ponitur in univerſa hæreditate: ceteroquin ut hic *in fin. §. docet Iuſtin.* in ſingulis hæredibus ponitur Falcidia, ut quiſque partem habeat quartam ſuæ partis *l. in ſingulis 77. h.t.* Ratio dubitandi contra hanc ſententiam occurrit non una. Et prima quod Falcidius Legislator reliquit liberam facultatem legandi uſque ad dodrantem. Atquin hoc admiſſo, ut in ſingulis ponatur L. Falcidia, fit ut amplius quadrante maneat penes hæredes, & v. c. Teſtator Titium in dodrante, Mævium in quadrante inſtituit, ab hoc nulla legata dedit, illum legatis gravavit: licet Mævius totum quadrantem & ita quartam partem hæreditatis habeat, tamen Titius amplius duabus unciis deducit: & ita minime uſque ad dodrantem conſequuntur legatarii. Deinde *in pr. & in f. textus praced.* ſcribit Juſtinianus ſufficere quartam, ſive unus, ſive plures ſint inſtituti hæredes. Denique deficit ratio L. Falcidiæ, ne teſtamenta corruant: quoniam cohæredis gravati repudiantis pars, accreſcit alteri cohæredi, Sed nimirum, quod attinet ad Juſtin. *in textu praced.* ille omnino limitandus eſt ex h. §. cuius gratia etiam eũ ſubjecit Juſtin. ut tum illud procedat, quando hæredes nominatim & ſcilic. ſub appellatione propriorum nominum non ſunt gravati legatis. Atq; ita quoque ipſe Legislator ſenſiſſe credendus eſt: teſte ita ipſius mentem acceperunt JCti: & ut diximus, hæredibus quoque proſpectum voluit Falcidius: cuius beneficium inutile redderetur gravato, ſi ſufficeret, alterum quartam integram habere, quippe cui nihil detrahere poteſt cohæres. Itaque nec attenditur, quod ejus pars accreſceret cohæredi, quin & cohæres poſſet ex aliis cauſis repudiare: & quiſquis hæredum adire paratus eſt, & aditione confirmare teſtamentum, huic beneficium L. Falcidiæ denegandum non eſt. Quid autem juris ſit, ubi in his terminis alter cohæredum repudiat, aut alias deficit, & vel onerata portio non oneratis, vel contra hæc illi accedit, latior & intricatior diſputatio eſt, quam ut hic explicari poſſit: rectius feciſſet Mynſ. ſi tacuiſſet, quam nimis parum, imo reipſa, nihil dixiſſet.

TEXTVS.

3. Quantitas autem patrimonii, ad quam Falcidiæ legis ratio redigitur, ſpectatur mortis tempore. Itaque verbi gratia, ſi is, qui centum aureorum patrimonium in bonis habebat, centum aureos legaverit, nihil legatariis prodeſt, ſi ante aditam hereditatem, per ſervos hereditarios, aut ex ancillarum hæreditariarũ partu, aut fœtu pecorum, tantum acceſſerit hæreditati, ut erogatis legatorum nomine centum aureis, partem quartam hæres ſit hereditatis habiturus, ſed neceſſe eſt, ut nihilominus quarta pars legatis detrahatur. Ex diverſo ſi legaverit ſeptuaginta quinque, & ante hæreditatem aditam in tantum decreverint bona (incendiis forte aut naufragiis, aut morte ſervorum) ut non amplius quam LXXV. aureorũ ſubſtantia relinquatur, ſolida legata debentur. Nec ea res damnoſa eſt hæredi: cui liberum eſt non adire hæreditatem: quæ res efficit, ut legatariis neceſſe ſit, ne nihil deſtituto teſtamento conſequatur, in portione cum hærede paciſci.

COMMENTARIVS.

EXhæredariis bonis quartam debet habere hæres, quæ proprie intelliguntur eo tempore quo teſtator mortuus eſt: itaque & in ineunda ratione

L. Falcidiæ ſpectatur quantitas bonorum, quæ iſto tempore fuit, *h. text. & l. in quantitate. 73. h. t.* cui & hæc accedit ratio, quod legata mortis tempore cedunt, & tum incipiunt deberi: ut merito eorum quoque ratio, an integra debeantur nec ne ex hoc ipſo tempore ſit ſumenda: ſiquidem per L. Falcidiam legata ipſo jure minuuntur. Ergo ſi quid decedat poſt mortem, legatariis non nocet: ſi quid accedat, ad augendam hæreditatem iis non prodeſt: quod exemplis perſpicue ſatis illuſtrat Juſtin. Excipiendum tamen eſt, ſi quid acceſſit, quod cauſam ex facto & obligatione à defuncto contracta habuit: Quid enim ſi debitor, qui ſolvendo non erat, aut etiam plane bonis ceſſerat, poſt mortem creditoris factus ſit idoneus? Quid ſi dies aut conditio obligationis à defuncto contractæ venerit & extiterit? horum utiq; in ponenda ratione L. Falcidiæ ratio habetur, & per iſta augetur hæreditas in commodum legatariarum: ex ratione perſpicua *& text. in l. cum quo 56. §. 1. h. t.* Ex quo pugnantes in ſpeciem textus ut hoc obiter addam) circa hanc rē in terminis peculii, cōponi probabiliter poſſunt. Si v. c. pater, cum quo ex contractu filii poterat de peculio agi, hæres extiterit creditori, qui cum filio contraxerat; cum de inunda ratione Falcidiæ quæritur illud in peculii computationem venire quod in eo fuit mortis tempore reſponſum eſt *in l. eo tempore 50. § 1. de pecul. & in d. l. cum quo 56. §. 1. h. t.* Contra autem reſponſum eſt *in l. ſi creditor. 83. h. t.* nimirum in quadrantem imputandam eam peculii quantitatem, quæ aditæ hæreditatis tempore fuit. Diſtinguendum nimirum eſt, an peculium ſit auctum poſt mortem, an diminutum. Illo caſu ſpectatur tempus aditæ hæreditatis, ad quem referenda eſt *d. l. 83.* quoniam peculium eſt nomen juris & univerſitas quædam: itaque eius, quod accedit, habetur eadem ratio ac ſi poſt mortem debitor ſolvendo factus eſſet. aut tum conditio obligationis extitiſſet: quem caſum cum peculii aucti caſu comparat diſerte Marcellus *in d. l. 56. h. t.* Hoc autem caſu ſpectatur tempus mortis, ut id noceat hæredi nō legatariis: Et ita Marcellus *in d. l. 56. cum in pr.* dixiſſet mortis tempus ſpectari, mox tamen *in §. 1. eiusdē l.* aucto peculio, tempus aditæ hæreditatis ſpectari ait: ut neceſſum ſit prius illud in prin. l. ad eum caſum referre, quo peculium diminutum eſt. Ex quo *Cuiac. ad lib. 6. quæſt. Papin. in d. l. 50. §. 1. de peculio* generalem regulam exſtruit. Quo ad computationem Falcidiæ, non poſſe ex eventu minorem hæreditatē fieri, quam fuit tempore mortis, ſed poſſe ex evētu fieri pleniam magis & uberiorem. Et quod jactari vulgo ſolet, eandē eſſe debere rationem damnorum & commodorum, etiam locum hic habet in iis, quæ noviter emergunt & accedunt poſt mortē, juxta *d. l. 73. h. tit. junct. l. 30. in prin. eod.* non in iis, quæ cauſam ex facto teſtatoris habuerunt, &, ſi ſubtilius loqui volumus non demum accedunt poſt mortem, ſed ſunt ad tempus mortis omnino referenda, quo ratione principii & fundamenti jam in bonis fuerunt: quomodo & ſervi, qui poſt mortem teſtatoris ab hoſtibus reverſi ſunt in computationem Falcidiæ veniunt & augent hæreditatem. *l. ſervi. 43. h. tit.* Nec exiſtimandum eſt quidquam hic eſſe correctum, (ut male Bart. relatus hic ab Angelo putat) per *l. ultim. § & ſi præfatum. 4. C. de ſur. de lib.* quoniam eo ſaltem iſte §. pertinet, ut hæres non ſentiat damnum de bonis propriis, non autem, ut hoc caſu, ſi quid ex reb. hæreditariis deceſſerit, & citra pactionem cum legatariis adita ſit hæreditas, integram Falcidiam conſequi hæres poſſit.

Cui liberum eſt non adire] Hæres, qui eſt rogatus de reſtituenda hæreditate, cogitur petente fideicommiſſario univerſali hereditatem adire & reſtituere ex SCto Pegaſiano, de quo *tit. ſup.* ſed non cogitur adire ut conſerventur legata aut etiam fideicommiſſa particularia *h. text. & l. nam quod 14. §. non omnis. 5. ad SCtum Trebell.* Ratio diverſitatis eſt, tum quod favorabilius eſt, ut conſervetur voluntas teſtatoris, quæ concernit univerſitatem bonorum, tum quod Pegaſiano, ſimul hoc conſtitutum eſt, ut ex Trebelliano fiat reſtitutio, & omnes actiones & omnia jura tranſeant in fideicommiſſarium, ut nullum incommodum ſentiat hæres: atquin actiones hæreditariæ non poſſunt transferri in legatarios & fideicommiſſarios particulares, ideoque nec receptum fuit, ut alieni commodi cauſa hæres onerib. & laboribus ſe implicare cogeretur: qua ratione utitur JCtus *in d. l. 14. §. 5. ad Trebell.* Itaque hoc ſolum ſupereſt legatariis, ut cum hærede in portionem paciſcantur: quod illos facile facturos *in fin. huius §.* ait Juſtin. ut partem conſequantur, qui alias repudiante hærede nihil eſſent habituri. Poſſet aliquis dicere, ita nihil opus fuiſſe Falcidia Lege: quoniam ſemper etiam, ſi illa Lex lata non fuiſſet, legatarii paciſcerentur. Sed nimirum hæres facilius aditurus eſt, ſi jure ſuo, quam ſi ex beneficio legatariorum aliquid habeat: & hoc voluit Legislator, ut jure ſuo hæres quartam haberet: cum nec alias ſcopum ſuū & intentionem conſervandi ultimas voluntates obtinere potuiſſet.

TEXTUS

TEXTVS.

Cum autem ratio L. Falcidiæ ponitur, ante deducitur æs alienum, item, impensa funeris, & pretia servorum manumissorum: tunc deinde in reliquo ita ratio habetur, ut ex eo quarta pars apud hæredem remaneat, tres vero partes distribuantur legatariis, pro rata scil. portione eius, quod cuiq; eorum fuerit legatum. Itaq; si fingamus quadringentos aureos legatos esse, & patrimonii quantitatem, ex qua legata erogari oportet quadringentorum esse, legatariis singulis quarta pars detrahi debet. Quod si trecentos quinquaginta legatos fingamus, octava debet detrahi. Quod si legaverit quingentos, initio quinta, deinde quarta detrahi debet: detrahendum enim ante est, quod extra quantitatem bonorum est: deinde quod ex bonis apud hæredem remanere oportet.

COMMENTARIUS.

HÆres debet quartam habere ex bonis defuncti: bona autem intelliguntur deducto ære alieno *l. bonorum 49. de verb. sign.* Itaque ut maxime creditoribus hæreditariis obstrictus maneat hæres, deducto tamen & computato ære alieno Falcidiæ ratio initur, ut seorsim computato eo & deducto, quantum hæres creditoribus, quandocunque conventus, solvere habet necesse, tanto minor censeatur esse hæreditas, & ex eo, quod supereſt habeat quartam hæres. Id ita hic deciditur, & *in l. impon. 6. C. h.t.* ubi additur & illud deduci, quod hæredi tempore mortis debitum fuerit: quamvis per additionem sint confusæ actiones, sed non debet, ubi hæreditas non est solvendo legatis, hæres ita amittere commodum legis Falcidiæ, quod facile accideret, si deductio debiti non permitteretur: nimirum adversus legatarios, non adversus creditores hæreditarios, quibus nisi beneficio inventarii ex jure novissimo & beneficio Justiniani usus sit, omnino in solidum tenetur, ut diximus *sup. de hæred. qual. & diff. ad §. extranei.* Hæc de debitis hæreditariis ante mortem ab ipso testatore contractis. Aliud genus debiti est contracti post mortem testatoris, impensa funeris quæ maxime privilegiata omnino detrahenda est antequam Falcidia ponatur *l. pen. de religios. l. ult. §. in comput. 9. C. de jur. lib.* ubi etiam aliarum impensarum quas hæres fecit, deductio permittitur. Tertium, quod deducendum Justinianus ait, sunt pretia servorum manumissorum: ut tanto minor censeatur hæreditas, & hoc est, quod respondet JCtus *in l. Papinianus §. quarta 9. de inoffic. test.* quod de libertatibus non possit detrahi ulla Falcidia, sed contra, quod per libertates Falcidia sive quarta minuatur: quia dum hæreditas sit minor, quartam quoque ob id effici minorem consequitur: quo argumento defenditur, quod de legato ad piam causam Falcidia non detrahatur: quod & communissime creditor nominatim ita sancitum *N. 131. c. 12. auth. similiter C. h.t* quamvis Neoterici quidam id restringuat ad casum commissæ moræ. Eodem defenditur argumento, quod etiam communiter probatum est ab Interpp. per legatum ad piam causam non aggravari alia legata, ut hinc fiant minora sed quod per legatum hujus modi fiat minor hæreditas & quarta Falcidia, licet hoc ipso partem damni legatarii quoque sentiant. Id tamen Angelus hic limitat, nisi uniduplex legatum datum sit, alterum pium, alterum, ut loquuntur, defalcabile: ex hoc enim & simul pro illo Falcidiam detrahi Dd. opinantur. & igitur deductis, quæ enumeravimus ratio L. Falcidiæ initur juxta hunc §. *vers. tunc deinde usque ad fin.* Aut tunc quod præter legata supereſt, facit quartam: & deductionem nullam patiuntur legatarii, aut non sufficit in quartam: & ex singulis legatis proportionaliter & pro rata detrahitur, quantum ad quartam sufficit, pro quo illustrando tres casus in h. §. distinguuntur 1. si legata exæquant vires hæreditatis, veluti si quis habebat quadringenta in bonis, CCCC. legaverit: & detrahitur quarta ex legatis singulis, ubi tamen putant Dd. si legata plura uni data sint, posse hæredē in una re retinere Falcidiam, si commoda forte non sit divisio. Quin & amplius putarim, si legata pluribus facta divisionem commodam non patiantur: autoritate magistratus posse in una re Falcidiam retineri, ita ut alii legatarii, qui detractionem non patiuntur, alteri in pecuniam condemnentur. Secundus casus est, si legata sint quidem infra hæreditatis vires, sed tamen excedant dodrantem: & hic, quam proportionem pars, quæ excedit dodrantem, habet ad totam hæreditatem: eadem proportione ex legatis fit detractio: veluti, si posita eadem specie, qui CCCC. habebat in bonis CCCL. legaverit ista quinquaginta quæ excedunt

cedunt dodrantem, (centum enim cum habere omnino hæres debeat, trecenta tantum legare jure potuit testator) faciunt octavam partem hæreditatis. Ergo octava pars est singulis legatariis detrahenda: quæ facit quinquaginta, quæ simul cum reliquis quinquaginta, quæ præter legata fuerunt, faciunt quartam hæreditatis totius: Et hoc ita *in h. §. vers. quod si trecentos.* Tertius denique casus est, si legata vires patrimonii excedant: & hic initio quod excedit deducendum, tunc singulis portio, ut in primo casu detrahenda est, *h. §. vers. quod si quingentos.* Atquæ hæc membra exhauriût totum: quod aut legata sunt supra vires hereditatis, aut infra eas, aut hereditatem exæquant; neque quartum dari potest.

AD TITVLVM XXIII.

LIBRI SECVNDI INstitutionum,

DE *FIDEICOMMISSARIIS hereditatibus.*

TEXTUS.

Nunc transeamus ad fideicommissa: sed prius est, ut de fideicommissariis hæreditatibus videamus. Sciendum itaque est, omnia fideicommissa primis temporibus infirma fuisse: quia nemo invitus cogebatur præstare id, de quo erat rogatus. Quib. enim non poterant hereditatem vel legata relinquere, si relinquebant, fideicommittebant eorum qui capere ex testamento poterant. Et ideo fideicommissa appellata sunt, quia vinculo nullo juris, sed tantum pudore eorum, qui rogabantur, continebantur, postea Divus Augustus primus, simul iterumque gratia motus personarum, vel quia per salutem ipsius rogatus quis diceretur, aut ob insignem quorundam perfidiam, jussit suam autoritatem consulibus interponere, quod quia videbatur justum & populare erat, paulatim conversum est in assiduam jurisdictionem: tantusque eorum favor factus est, ut paulatim etiam prætor proprius crearetur, qui de fideicommissis jus diceret, quem fideicommissarium appellabant.

COMMENTARIUS.

FIdeicommissum est vel particulare, sive singulare, de quo *tit. seq.* vel universale de quo prius dispiciendum *in pr. tit. ait Iustin.* nimirum quia expectandum videbatur, ut post tractatum *de Legatis* statim ageret de fideicommissis particularibus, per ea quæ dixit *in §. f. d. non. 3. sup. de Legat.* se distinctim acturum de legatis & fideicommissis, & nimirum particularibus, quæ etiam tantum sunt exæquata cum legatis. Sed sicut materiam testamentorum, ex quibus adquiratur universitas, præposuit tractationi legatorum, ita & recte præmittit de fideicommissariis universalibus, qui sunt instar hæredum. In Digestis quidem fideicommissorum particularium tractatio præcedit, eam de universalibus: sed hoc fit propter exæquationem fideicommissorum cum legatis. Ita in *l. 1. in pr. de rei vind.* ait JCtus, post actiones de universitate, subjici vindicationem rerum singularum.

Sciendum itaque est.] Ait Justin. olim omnia fideicommissa infirma, nec necessitate præstandi, quæ rogati erant hæredes obstrictos fuisse. Nisi edantur enim tantum rogatu & precibus, quæ nullam obligationem inducunt. Sed & bona ratio sumitur ex eo quod subjicit Justin. testatores si quibus hæreditatem aut legato dare non poterant, hæredum fidem imploraſſe, ut illis præstarent & restituerent. Etenim hi qui ex testamento per LL. capere non poterant ii nec civilem actionem habere poterant, qua experirentur contra hæredem. Et an igitur olim ita fiebat, ut hærede servante fidem, incapaces cum effectu bona consequerentur? Utique quod una via prohibitum est, alia admitti non debet, & ita fieret fraus Legibus, quæ aliquos incapaces esse volebant, si hoc modo & per fideicommissum ad eos bona pervenirent. Distingui debent hic ante omnia duo genera incapacium, ut non semel in superioribus diximus. Aliud genus nimirum fuit eorum qui cives Romani non erant, & scil. peregrini, deportati: aliud autem eorum, qui licet cives Romani essent, tamen ex propriis & civilibus rationibus, aut omnino non, aut non solidum, aut non ex omnium testamentis capere poterant. In illorum

Digitized by Google

rum persona videtur aliquanto difficilius admissum fideicommissum: & tamen de hoc faciendo rogatos quoque fuisse hæredes, dubium non habet, & exstat exemplum quod refert *Cicer. lib. 1. in Verrem qui dicitur de pratura urbana.* P. Trebonium voluisse ut hæredes instituti jurarent, se curaturos, ut non minus dimidio ex illo quod ex testamento percepturi essent ad fratrem A Trebonium, qui proscriptus erat perveniret, sed non minus id certum erat, hæredes obligatos non fuisse ad parendum huic voluntati, cum præsertim, ut ibid refertur contra L Corneliam hoc fideicommissum esset, quæ vetabat proscriptos juvari. Alterius generis incapacium exemplum insigne est ex jure veteri in mulieribus, quæ Lege Voconia non poterant instituti hæredes Legem eam se magna voce suasisse ipse Cato apud *Cicer. lib. de senectute* memorat: qui idem L Oppiæ contra mulieres, apud *Liv. lib. 33* defensorem acerrimum egit: & ex ea oratione Catonis, qua Legem suasit Voconiam, verba quædam refert *Gell. 17. Noct. 6.* Legis ejus sententiam refert *Cicer. dict. lib. 1. in Verrem:* Voconius inquit, sanxit ne quis in posterum virginem, neve mulierem hæredem faceret: Florus *Epit. lib. 41.* Q inquit, Volumnius (legendum, *V Voconius* aut erravit ipse Florus) legem tulit, ne quis mulierem hæredem instituerit: ejusque Legis à Voconio de mulierum hereditatibus latæ, etiam in orat. pro Cornel. Balb meminit *Cicer. & Gell. 20. noct.* quid utilius (inquit apud eum Sextus Cæcilius) plebiscito Voconio de coercendis mulierum hereditatibus, in quam sententiam etiam Quintilian. declamat 264. Et Augustin. *de civit. Dei lib. 3. cap. 21.* Inter secundum, ait. & postremum bellum Carthaginense lata est Lex Voconia; ne quis hæredem fœminam faceret, nec unicam filiam. Nec falsum esse quod ibi scribit Augustin. satis apparet ex *Cic 2 de Verbis.* ubi refert Q Fabium rogasse P. Sextilium, ut hæreditas ad filiam perveniret: & *Asc. Ped. in orat. Cic in Verr. de pratura urb.* Voconius, inquit, legem tulerat, ne quis census, hoc est, pecuniosus hæredem relinqueret filiam Et igitur multo minus alias fœminas hæredes facere licebat. Ut proinde erravisse oporteat Paulum qui 4 *sent. 8.* refert, Fœminas ad hereditates legitimas ultra consanguineas sorores non admitti idq; Voconia rogatione videri effectum Etenim Voconia Lex nec filia ad hereditates patrum admisit Id sane postea fuisse sublatum, ex jure nostro apertissimum est, & testis est *Gellius 20. cap. 1.* Aut an intellexit Paulus partem saltem hæreditatis Lege Voconia ad filias aut sorores potuisse pervenire. Id quidem colligitur ex *Ciceron. d. l. 2.* ubi scribit, P. Sextilium rogatum fuisse, ut OMNEM hæreditatem filiæ restitueret: & mox neminem censuisse Plus filiæ dandum, quam posset ad eam ex L. Voconia pervenire. Et in universum non in totum incapaces factas fœminas, fidem facit *Dion. lib. 56.* ubi ait, Augustum quibusdam fœminis veniam dedisse legis Voconiæ, secundum quam nulli fœminæ licebat πλεῖον ἐμεῖν, ἢ τὸ ἥμισυ μυριάδας ἑκατόν, ubi interpres vertit centum millia nummorum, forte secutus *Ant. Aug.* qui 2. *emend. 7.* sestertium nummum ait fuisse quatuor assium. Secundum quod si Dionem accipimus de XXV millibus sestertiorum nummorum: conficient ea C. millia assium, sed enim cum sestertium nummum dicamus, non assem, ita interpres *d. lib. 57.* centum mille asses vertere debuisset. Verum ego nec puto Lege Voconia jus datum fuisse capiendi mulieribus C. millia assium. Etenim cum in genere L Voconia de eo qui census esset, locuta sit, absurdum sit id explicare de maximo censu, qui æstimabatur initio C. millibus assium, teste *Livio lib. 1.* infimus autem census quartæ classis erat XX. millium assium: de quo procul dubio locutus est Voconius: & proinde apud Dionem lib 56, non X X V. millia sestertiorum sed assium Intelligenda erunt. Et tamen si hic capere potuerunt, utique potuerunt, esse hæredes eius qui census esset contra *Ascon. d. loco & Ciceron. d. lib. in Verr. de prat. urb.* puto, post mitigatam legem Voconiam, & amplius concessum mulieribus, ut tantum capere possent, quantum minimus conficeret census: & ut alibi solet, quia primus de hac re disposuerat Voconius, ita id acceptum à Dione, tamquam L Voconia cautum fuisset. Itaque non probo, quod Cui. scribit, in not. *sup. ad L. Fals.* cautum L. Voconia ne quis instituere mulierē ultra quadrantem, nec illud à *Paulo 4. sent.* probari video: adeo nec refert eo recte locum Dionis & ex eo probare conatur, censum fuisse dictum C. millium sestertiorum: & utique quatuor gradus fuerunt census ut apud *Liv. lib 1.* & inferior 25. millium, maximo C milliū nisi id forte post variavit. Quint. decl. 264. de semisse cautum esse L. Voconia sed Cui. hoc à declamatore confictum ait & vide de quadrante permisso ex L. Voconia, & quod census fuerit dictus qui C. millia sestertium haberet, quæ noto *infr. ad § sed nostra 2. de succeſſ. libert.* Et dicam licuisse solum quadrantem communis census C. millium,

ut ne liceret ultra XXV. milliajuxta Dion. qui ita defendetur contra Hott. *de re numm.* ubi de C. millibus HHS. ac putat ſimpliciter quartam licuiſſe licet CCCC. millia quis poſſideret. Et iſtuc referri poſſit, quod aliquot locis de his qui ſolidum capere non poſſunt jure noſtro ſcriptū eſt *l. ſi quis* 62. *de hær. inſt. ſi is* 6. *de vulg. ſubſt. l. ſi ſervus* 82. *de adq. her.* Et tamen huiuſmodi fideicommiſſa non fuiſſe, olim improbata, nec vituperatum, imo laudatum hæredem fuiſſe, qui fidem præſtaret, idem ille locus Ciceronis *de finib.* 2. argumento eſt, ubi refert Sextilium rem ad amicos detuliſſe, an contra L. Voconiam reſtituenda eſſet hæreditas filiæ: & ſubjicit; tenuit Sextilium permagnam hæreditatem, unde ſi ſecutus eſſet eorum ſententiam, qui honeſta & recta emolumentis omnibus & commodis anteponerent, ne nummum quidem unum attigiſſet. Et paulo poſt. Sextus Peduceus, cum ſciret nemo, eum rogatum, à C. Plotio, equite Romano, ultro ad mulierem venit, eique nihil opinanti viri mandatum expoſuit, hæreditatemque reddidit: nam neque uxores à maritis ob eandem L. Voconiam inſtitui poterant: quod ipſum tamen poſtea antiquatum fuiſſe ex jure noſtro liquidiſſimum eſt: & fuiſſe ſcilicet jus invicem capiendi inter conjuges, niſi contra L. Papiam Poppeam matrimonium fuiſſe contractum, ut autor eſt *Vlp. tit.* 16. *de ſolidi capac. &c.* Plane poſtmodum nec licuiſſe hæreditatem reſtituere iis qui capaces in ſolidū vel pro parte non erant, inde apparet, quod favore fiſci conſtitutum erat, ut ſi quis hæres fideicommiſſo huiuſmodi tacite fidem accommodaſſet, hæreditas ei auferretur & fiſco vindicaretur *l. 1. in ſyn. & l. 3. de iur. fiſci.* Aperte autem ſi rogatus fuiſſet hæres, pœna quidem illa ceſſabat, ſed, ut puto, neceſſitate aliqua præſtandi non adſtringebatur: Et videmus paſſim in jure noſtro, fideicommiſſorum exempla proponi, quæ capacibus relicta fuerunt. Facile tamen admiſerim, magiſtratum cuius de ea jurisdictio erat, ex cauſa & pro qualitate incapacis, præſertim primis temporibus Auguſti & proxime ſeqq. cum etiamnum vigerent Lex Voconia & quæ aliæ ſimiles, decreviſſe pro reſtituendis fideicommiſſis, quæ palam ab hærede relicta fuiſſent, quod etiam ex hoc textu perſpicuum fit: ſiquidem Auguſtus voluit coerceri inſignem quorundam perfidiam: quam in eo fuiſſe apparet, quod fidem defuncto datam violaſſent: & nominatim qui eam fefelliſſent, cum eſſent rogati per ſalutem Auguſti: & quod ita rogaviſſet teſtator, ei ſatisfieri voluit in quam rem non opus fuiſſet ſpeciali autoritate Imperatoris, ſiquidem hæres obſtrictus jure fuiſſet. Fuit autem & alias uſus fideicommiſſorum olim, in peregrinantib. & eo loco morientibus, ubi teſtamentum facere non poſſent: quæ ratio fuaſit admitti codicillos, in quibus non niſi fideicommiſſa relinquuntur. Hæc pro explicatione huius loci pleniori.

Gratia perſonarum.] An earum quæ rogaverant an quibus reſtituere hæreditatem hæredes rogati erant? Puto & hoc defendi poſſe veluti ſi quis filiæ aut uxori vel ſorori defuncti aliquid reſtituere fuiſſet rogatus: quomodo & hoc accepit Theoph. ubi bene ponit exemplum, ſi quid peregrinis cognatis fuerit relictum: nam & tum adhuc fines civitatis Romanæ anguſtioribus finibus continebantur: & qui in provinciis erant, Peregrini cenſebantur.

Iuſſit conſulibus.] Ergo & hæc cognitio & jurisdictio primo conſulum fuit: poſtea ad prætores translata, ut innuit hic textus: & eſt in *l. 2* §. *cajus.* 31. *de orig. iur.* à Claudio creatos duos prætores, qui de fideicommiſſis jus dicerent: an forte communis & conſulum & prætorum ea de re jurisdictio fuit? quod conſuadet *Vlpian. tit. de fideicom.* 25 §. 10. ubi ait, cognitionem eſſe Romæ conſulum aut prætoris, in provinciis vero, præſidium: an inter utroſque diſtincta: ut prætor ad certam uſque ſummam, de majori Conſul jus diceret: Claudius itaque conſtitutis prætoribus magis ratum fecit quod Auguſtus primus ſanxit, ut h. textu, & ſuavis eſt hic Mynſ. adeo, qui quod de primis temporibus dicitur, refert ad tempus quod ante ceſſit L. 12. tabb & addit, utiq; ſub Numa Pompilio viguiſſe & valuiſſe fideicommiſſa. Ergo ne Numa Pompilius poſt L. 12. tabb. fuit? Hæc inſignis *anacroſia.*

In aſſiduam jurisdictionem.] Criminalia judicia olim occurrentibus eaſibus, à populo demandari ſolebant: poſtea quæſtiones perpetuæ & prætores qui iis præeſſent, conſtituti ut late tractat *Car. Sig. de publ. iud.* Ex quo dicemus, perpetuam quæ eadem eſt aſſidua, jurisdictionem conſtitutam. Eademque hic ſignificatur aſſidua jurisdictio, non ſolitam ſemper ſpeciatim mandari cognitionem de fideicommiſſis, in quoquo ſpeciali negotio, ſed in univerſum conſtitutum magiſtratum, ut huic uni rei & cognitioni de fideicommiſſis aſſiduo vacaret. Docet hoc in iſtis terminis Sueton. *in Claudio cap.* 23. Jurisdictionem de fideicommiſſis quotannis, & tantum in urbe delegari magiſtratibus ſolitam, in perpetuum atque etiam per provincias, poteſta-

testatibus demandavit. Delegabatur scil. antea cōsulibus singulis annis, ita ut eorum hæc ordinaria non esset cognitio, sed Claudius fecit prætores certos qui de fideicommissis semper perpetuo jus dicerent. Porro prætoris fideicommissarii mentio est *in l. 2. C. qui pot. in pign. l. quæsitum. 78. §. pen. de leg. 3. l. pen. in fin. quib. ad lib. proc. l. si cui 29. in pr. de cond. & demonstr.* & qui cognoscebat tamen extra ordinem, non formula data, ut d. loco Ulp. scribit, id est non dabatur ex hac causa judex pedaneus, sed prætor ipse cognoscebat: de qua distinctione *infr. lib. 4. tit. 6.* agetur Unde persecutiones pro fideicommissis extraordinariæ vocantur *l. pecunia. 178. de V. S.* forte quia ita initio hæc instituit Augustus non ut passim de quibuslibet, sed quibusdam fideicommissis consules cognoscerent. Rursus hic egregie labitur Mynsi. qui quod *in l. 1. C. comm. de legat.* disponitur *junct. l. 3. C. eod.* etiam ad fideicommissa universalia transfert.

TEXTVS.

2. Inprimis igitur sciendum est, opus esse, ut aliquis recto jure testamento instituatur hæres, eiusque fidei committatur, ut eam hæreditatem alii restituat: alioquin inutile est testamentum, in quo nemo hæres instituitur. Cum igitur aliquis scripserit, *L. Titius hæres esto*: potest adjicere. *Rogo te L. Titi, ut cum primum poteris hæreditatem meam adire, eam Caio Seio reddas, restituas.* Potest autem quisque & de parte restituenda rogare hæredem. Et liberum est, vel pure, vel sub conditione vel ex certo die relinquere fideicommissum.

COMMENTARIVS.

UT aliquis recto jure testamento.] Si quis testamento velit relinquere fideicommissum, utique id obtinet, quod hic proponitur: ceteroquin & ab intestato fideicommissum relinqui potest, § *præterea 10. inf. h. t.* Ait autem recto jure, id est verbis civilibus, & ita ut ipse hæres recta capiat hæreditatem: cum fideicommissa obliquis & precariis verbis, relinquantur & non recta à defuncto, sed per manum hæredis capiantur.

Cum primum poterit.] Hoc est fideicommissum purum. Additur autem mox, posse hæredem quoque rogari, ut restituat, sub conditione itemque adjecto die: qua in re alia ratio est hæreditatis directæ, cui dies frustra adjicitur, juxta tradita *in §. hæres & pure supr. de hæred. inst.* fideicommissi autem dies expectandus est Nam ut *Ang. Fab. &c.* hic notant, cum directæ actiones maneant penes alium, & alius maneat hæres jure directo, cessant rationes, de quibus d. loco egimus. Nec tantum sub die sed & utique ad diem restitui, & post porro ut alii restituatur hæreditas, caveri testamento potest §. *eum quoque 11. infr. h. t.*

TEXTVS.

3. Restituta autem hæreditate, is quidem qui restituit, nihilominus hæres permanet: is vero, qui recipit hæreditatem, aliquando hæredis, aliquando legatarii loco habetur. Et Neronis quidem temporibus, Trebelliano Maximo & Anneo Seneca consulibus, SCtum factum est, quo cautum est, ut si hæreditas restituta sit ex causa fideicommissi, omnes actiones, quæ jure civili hæredi & in hæredem cōpeterent, ei & in eum darentur, cui ex fideicommisso restituta esset hæreditas. Post quod Senatusconsultum, prætor utiles actiones ei & in eum, qui hæreditatem recipit, quasi hæredi & in hæredem, cepit dare.

COMMENTARIVS.

AIt restituta hæreditate qui eam recipit, modo hæredis, & aliquando legatarii loco haberi. Quando hæredis loco sit, mox explicat in *vers. sive §. seq.* quando legatarii loco, *in §. sed quia 5.* Nimirū quod accidisse ante L. Falcidiam, *supr. tit. 22.* diximus, ut hæreditate nimis gravata legatis repudiarent hæredes, qui nullum aut nimis exiguum lucrum spernebant, aut etiam ex oneribus hæreditariis, molestiam subire nolebant: ita accidit in fideicommissis, ut hæredes repudiarent hæreditates, & adire eas nollent, quas statim ipsi aliis restituere cogebantur: siquidem ita nec liberabantur oneribus hæreditariis, sed qui adiret hæreditatem, etiam post eam restitutam hæres manebat, ut est *in pr. hujus text.* juxta regulā juris, quod semel hæres factus

Digitized by Google

ctus perpetuo maneat hæres. Huic incommodo subvenit SCtum Trebell. & omni molestia liberavit hæredem, ut scil actiones omnes transirent in fideicommissarium, & ita hæres post restitutam hæreditatem, creditores hæreditarios exceptione repeliere posset *l.* 1. §. 3. & 4. *Ad Trebell.* & ipse vicissim si agere vellet repelleretur exceptione *a. l.* 1. §. 4. dantur enim actiones in fideicommissarium & fideicommissario. Ex quo apparet, tanto magis, quam verum sit, quod hic dicitur, etiam post restitutam hæreditatem manere hæredem qui restituit: cum ipso jure penes eum maneant actiones: ut quod toties scriptum est, restitutione ex Trebelliano facta transire actiones, ita accipiendum sit, quomodo hoc §. mox explicatur: quod prætor post restitutionem, ex auctoritate Senatus actiones utiles det fideicommissario & contra eum. Utiles scil quoniam directæ penes hæredem manent. Et notavimus in *Tract. de actionibus*, ex duabus fere causis actiones utiles esse, non directas, 1 ob causam efficientem, & jus quod inducit actionem: quo sensu omnes actiones prætoriæ, in collatione cum jure civili, sunt & dicuntur utiles; 2. propterea, quod actiones directæ jam in alterius persona hærent & radicatæ sunt. Hinc factum est ut, licet SCta sint pars juris civilis, tamen per SCtum Trebellianum effici non potuerit, ut actiones directæ competerent fideicommissario, quippe per aditionem hæreditatis jam alteri adquisitæ. Atque hoc casu cum ex Trebelliano restituitur hæreditas, & fideicommissario & in eum, quasi hæredi & in hæredem actiones dantur, & ut est in *fin. textus*, fideicommissarius habetur loco hæredis.

Dubitat autem Jason. in addit. ad Porc. an quod de utilibus actionibus dicitur, pertineat etiam ad verba IN EUM, ut utiles actiones etiam sint & fiant, quæ creditoribus competebant in defunctum. Et sane occurrit hæc dubitandi ratio, quod ex accidenti non videtur mutari debere jus creditorum hæreditariorum, nec eorum actiones directæ mutari inutiles, ex eo quod alteri est restituta hæreditas. Sed sane non ferre potest explicationem istam hic locus, ut quod de actionibus utilibus dicitur, referantur tantum ad actiones, quæ competunt hæredi. Et sicut ratio juris hoc non fert, ut actio sit directa, quæ alii quam vero creditori datur: ita eadem ratio non fert, ut sit directa, quæ datur contra alium quam verum debitorem. Et cum creditor, quod facere potest, nomen & actionem suam legat vel vendit, legatario vel emptori non nisi ex cessione actio directa competere potest, utilis autem ex rescripto Pii, ut diximus supra *ex l.* 16. *de pact.* Quod si debitor facere posset, ut obligatio à se in alium transiret, non nisi actio utilis in novum debitorem creditori dari possit. Id autem debitor facere nullo modo, nec nisi per novationem & delegationem, consensu creditoris alium substituere potest debitorem. Hic autem potestate juris, sed citra novationem fit translatio, & novi debitoris subrogatio: eoque non nisi utilis actio in fideicommissarium datur. Video hic etiam quæri, quid juris sit in prætoriis actionibus, v. c. constituit defunctus se soluturum, vel ei à debitore constitutum est: quæ actio ex constituto prætoria est. Et dubitat hic quoque Jason quales & qua transeant actiones. Sed res minime est difficilis. Etenim licet actiones prætoriæ collatæ cum civilib. utiles dici possent, quomodo & passim publiciana utilis appellatur: respectu vindicationis civilis: attamen si quas obligationes prætor introduxit, veluti ex constituto, in quib. terminis nulla præsertim est actio civilis, actiones ex hujusmodi obligatione competentes, recte quoque vocantur directæ: sed quæ hæreditate restituta tantum utiles futuræ sunt & ipsæ: quod & magis Jason probat. Illud autem cuivis patere debet, intelligi hic actiones hereditarias hinc inde: & oppido quam inutilis est explicatio Jasonis d. loco de petitione hæreditatis fideicommissaria: quæ est longe diversa, & restituta hæreditate de novo competit fideicommissario contra eos qui aliquid pro possessore vel hærede tenent, non autem cum restituta hæreditate transfertur, quippe quæ penes hæredem numquam fuit: nisi quis velit eam utilem appellare respectu directæ petitionis, qua hæredi instituto jure civili competit: sed de ea sane hoc 6 non agitur.

Diximus paulo ante, restituta quoque hæreditate, hæredem ipso jure agere & convenire posse, sed agentem repelli, & conventum exceptione uti posse. Quid si igitur non objecta exceptio fuerit, vel ultro extra judicium hæres debitor nomine defuncti, aut qui defuncto debebat hæredi solverit? Existimo per SCtum factam plane inutilem & ineficacem obligationem sublato vinculo quoque æquitatis, ut non nisi quæ dicitur, nuda civilis obligatio remaneat, de cujus natura dicemus *in f. de oblig.* Itaque siquidem solutio fiat à sciente factam restitutionem debitore, aut præsumptio donationis erit, aut ignorantia juris: & hoc utrumque facit cessare conditionem indebiti. Quod si debitor solvat ignorans, bona fide, ei contra hæredem condictio indebiti dabitur. Hæres autem non poterit ignorare factum proprium, ideo vix poterit ipsi competere condictio indebiti: nisi quoniam eius

facto & pecunia liberatus est fideicommissarius, utilem quis ei negotiorum gestationem putarit accommodandam. Neque huc pertinet *l. 1. C. ad Trebil.* ex qua Mynsingerus simpliciter hic scribit, si quidquam solverit hæres ei actionem dari in fideicommissarium. Etenim nos hic tractamus casum, quo ex SC Trebellano restituta est hæreditas, & in fideicommissarium translatæ sunt omnes actiones. Atquin in *d. l. 1.* agitur de casu, quo hæres contra voluntatem defuncti deduxit quartam, quo casu ex ratione juris veteris actiones non transeunt, sed manent efficaces penes hæredem, & in eum efficaciter competunt: itaque quod prododrante (ut nominatim ponitur in *d. l. 1*) solvit creditoribus ex stipulatione interposita repetit à fideicommissario, ut jam ad § seq. dicemus. Ait Justin.

Post quod SCtum.] Ut diximus, Senatus non potuit facere ut actiones hinc inde transirent & competerent directæ. Sed voluit, ut effectu fideicommissarius prolixe de haberetur, & ita qua fieri posset actiones, transferrentur. Hanc voluntatem Senatus subsequitur prætor, & actiones negat hæredi & in eum, utiles autem fideicommissario & in eum concedit.

TEXTVS.

4. Sed quia hæredes scripti, cum aut hæreditatem totam, aut pene totam plerumque restituere rogabantur, hæreditatem adire ob nullum vel minimum lucrum recusabant, atque ob id extinguebantur fideicommissa, postea temporibus Vespasiani Augusti, Pagaso & Pusione consulibus Senatus censuit, ut ei qui rogatus esset hæreditatem restituere, perinde liceret quartam retinere partem, atque ex legatis ex Lege Falcidia retinere conceditur. Ea rebus quoque singulis, quæ per fideicommissum relinquuntur, retentio eadem permissa est. Post quod Senatusconsultum onera hæreditaria hæres ipse sustinebat: ille autem qui ex fideicommisso recipiebat partem hæreditatis, legatarii partiarii loca erat, id est, ejus legatarii, cui pars bonorum legabatur: quæ species legati partitio vocabatur: quia cum hærede legatarius partiebatur hæreditatem. Vnde quæ solebant stipulationes inter hæredem & partiarium legatarium interponi, eædem interponebantur inter eum qui ex fideicommisso recepit hæreditatem, & hæredem: id est ut lucrum & damnum hæreditarium pro parte rata inter eos, commune esset.

COMMENTARIUS.

1 *De Pegasiano SCto.*
2 *Legatarius partiarius.*

PEr SCtum Trebellianum non satis consultum erat fideicommissorum conservationi: quoniam damno tantum & onere liberabat hæredem; sed nihil ipsi lucri & commodi tribuebat. Atquin ut est in princ. huius § hæredes adire hæreditatem recusabant, quam totam aut partem maximam rogati erant restituere: & sic fiebat, ut intercideret fideicommissa. Subvenit itaque hic

1 Senatusc. | Pegasianum: quod Falcidiam ad fideicommissa universalia produxit, ut ex his liceret hæredi gravato quartam partem deducere, sicut per illam legem ex legatis quartam detrahit hæres. Detrahit itaque quod in *vers. ex singulis* additur, hæres quartam, non tantum ex fideicommisso universali, sed etiam ex singulis reb. per fideicommissum relictis. Ex quo vers. diximus sup. ad *pr. tit. de L. Falc.* à plerisque probari quod L. Falcidia demum per SC. Pegasianum sit producta ad particularia fideicommissa, nec antea hæredem, etiam fideicommisso universali non gravatum, sed tantum legatis & fideicommissis particularibus, partem potuisse detrahere. Quam opinionem quas ob causas probare non possim, d. l. exposui. Dico autem male eo referri hunc locum, quoniam SCtum Pegasianum solum deposuit de fideicommisso universali, nihil autem de hærede qui relictis particularibus tantum gravatus esset. Et minime obscura est sententia huius loci. Si & fideicommissum universale relictum sit ab hærede, & simul fideicommissis particularibus oneratus hæres, quod quarta non imputetur soli fideicommissario universali, sed pro rata conficiatur simul ex fideicommissis particularibus: neq; dubium est quin pro rata quoque

Digitized by Google

detrahenda ſit ex legatis, ſi quæ reliquerit teſtator, quod firmat etiam *l. 3. §. 1. ad Trebell.* quorum in ſpecie non fit hic mentio, vel quod non plene relata hic eſt Pagaſiani ſententia, vel quod ſatis hoc ſubintelligi putavit Senatus: ſiquidem L. Falcidia nominatim de legatis locuta erat: & Pagaſianum SCtum principaliter ad fideicommiſſa pertinet.

Pergit Juſtinian. quod poſt hoc SCtum & ubi eius beneficio uſus hæres detraxerat quartam præter aut contra (neque enim eo jure prohiberi potuit) voluntatem defuncti: ipſum onera hæreditaria, & ſcilicet in ſolidum, ſuſtinuiſſe. Ceſſabat enim hic SCtum Trebellianum, quod ab hærede in fideicommiſſarium transferebat actiones: quippe cui tantum locus erat, ubi juxta defuncti voluntatem hæres reſtituiſſet hæreditatem, de quo amplius *ad §. ſeq.* Sed quia erat iniquum, neque conveniebat, cum ut hæres ad quem tantum pars quarta pertinebat, ultra eam aliquid à debitoribus hæreditariis conſequeretur: tum ex adverſo, ut cum dodrans reſtitutus eſſet, ipſe ultra quartam partem aliquid creditoribus hæreditariis ſolvere cogeretur, ſine ſpe repetendi, introductum remedium fuit, per quod effectu hæres tantundem conſequeretur, ac ſi per SCtum Trebell. actiones fuiſſent translatæ: ut nimirum interponantur inter hæredem & fideicommiſſarium ſtipulationes, quæ ſolebant interponi inter hæredem & partiarium legatarium. Diximus ſup. *ad pr. tit. de legat.* partiarium legatarium fuiſſe, qui accipiebat partem bonorum quotam, id eſt ſub appellatione tertiæ vel quartæ: non ita ut ſucceſſor juris fieret, & in eum tranſirent actiones, ſed ut quotam bonorũ citra onus aliquod haberet: idque hic locus evidenter oſtendit: nec enim alias his ſtipulationibus opus fuiſſet, ſi tranſiiſſent actiones: quomodo in terminis reſtitutæ hæreditatis ex Trebelliano ex quo tranſeunt actiones, nuſquam & nunquam eiuſmodi ſtipulationum fit mentio. Et erant mutuæ ſtipulationes: hæres promittebat, ſi quid conſecutus fuiſſet ultra partem ſuam, ſed id legatario præſtiturum: viciſſim legatarius promittebat, ſi quid præſtitiſſet hæres ultra ſuam partem, illud ſe reſtituturum. Hę igitur ſtipulationes productæ ſunt ad iſtum quoque caſum, quo deducta quarta ex SCto Pegaſiani autoritate, non fiebat translatio actionum. Ita enim & remedio harum ſtipulationum fiebat, ut commune eſſet lucrum & damnum pro rata, inter hæredem & fideicommiſſarium, quomodo ſcribit Juſt. *in fin. hujus §.*

Quæ ſpecies legati partitio.] Ita quoque *Vlp. de legat. tit. 24. §. ſicut* 23 Eſt autem appellatio abuſiva: neq; enim ipſum legatum proprie loquendi partitio, ſed aliquanto minus abuſive legatum partitionis dici poteſt.

Legatarius partiebatur hæreditatem.] Verbum quoque hæreditatis paulo pinguius accipitur, pro rebus hæreditariis: neque enim ſucceſſor juris legatarius efficiebatur: ſed ita dicitur, quia univerſorum bonorum fiebat diviſio: quomodo & hæreditas vendi dicitur: & hoc quoque ſenſu dicitur legari pars hæreditatis / *ſi quis 8. §. ult. de legat. 2.* quamvis, quo ad alia, differentia ſitan pars hæreditatis an bonorum legetur. ut docet *d. l. 8. §. ult. cum l. ſeq.* quæ tamen differentia explicatu difficilis eſt. In *l. 8. §. ult.* ait JC. legata parte hæreditatis, nec funeris impenſam nec pretia manumiſſorum deduci. Sed *in leg. 9.* legata parte bonorum, manumiſſorum pretia deducenda eſſe. Equidem Bart. ibid. putat legata parte hæreditatis tranſire onera & actiones in legatarium non minus quam in fideicommiſſarium. Sed ego iſtud falſum eſſe non dubito: tum quia nullum circa hoc factum eſt SCtum, atque huc transferri poteſt SCtum Trebell. tum quia Juſtin. hic apertiſſime etiam, ubi dividitur hæreditas inter legatarium, interponi ait ſtipulationes illas Et alias quoque non video, quid in effectu interſit, an deduci dicamus nec ne pretia ſervorum. Et *in d. l. 9.* dicitur, deduci & dotem & pretia. Ergo ſi conſtat oppoſitio, non deducentur, ubi pars hæreditatis legata eſt, Etan igitur partem oneris illius non ſentiet legatarius? Hoc perabſurdum ſit, ut totum onus ſit hæredis, & ille de reliquis bonis partem præſtet legatario etiam æſtimationis ſervi manumiſſi & funeris impenſæ: cum contra appellatio hæreditatis magis implicet onera. An igitur partem pretii ſervi manumiſſi pro rata imputabit hæres legatario partis hæreditatis? Hoc ſumma ſuadet ratio, ſed ita perinde effectu erit, ac ſi pretium ante omnia ex hæreditate fuiſſet deductum. Et igitur aut conſtitit hoc in mera quadam ſubtilitate. aut offendit inepte Tribonianus, dum diverſorum JCtorum reſponſa ita connexuit. Et ego hic ſubſiſto, videantur autem apud *Cont. 2. ſubſec. lect.* loca, quæ ex Cic. de hoc partionis legato citat, ſed nodum iſtum non explicat.

Stipulationes.] Quas §. ſeq. vocat ſtipulationes *partis & pro parte* quomodo & Ulp *de fideicomm. tit. 25. §. 13.* & diſtinctius formulas earum proponit Theoph. hic. Itaq; hoc caſu reſtitutę hęreditatis ex fideicommiſſo, qui eam accipit, eſt loco legatarii partia-

partiarii:& eopertinet , §.*restituta.3.sup.h.t.* & hic casus ibi intelligitur,dum dicitur,quod aliquando fideicommissarius legatarii loco habeatur, scilicet partiarii: vitiose autem ibi Hottoman. id accipit de fideicommissario particulari : cui utique non dicitur restitui hæreditas. Adnotandum autem est hoc loco, quod ante SC. Trebellian. fideicommissarius restituta hæreditate, id agente hærede & fidem servante, erat emptoris hæreditatis loco. Nimirum cum nondum possent transferri actiones, si hæres , rogatus restituere hæreditatem , vellet servare fidem, ut tamen indemnis esset , tradebat bona interpositis stipulationibus emptæ & venditæ hæreditatis : quibus hoc efficiebatur, ut quidquid præstitisset creditorib. hæreditariis, id actione ex stipulatu repeteret à fideicommissario, & vicissim , quod à debitoribus hæreditariis exegisset, id actione ex stipulatu conventus restitueret fideicommissario. Duplex autem ita incommodum sentiebat hæres, & quo ad actiones hæreditarias movendas & excipiendas ; & quo ad actionem ex stipulatu hinc inde excipiendam & instituendam: itaque cum non facile hæres in fideicommissarii gratiam his oneribus illigari se pateretur, succurrit SCtum Trebellianum: idq; ita scribit Theophilus hic *in §. restituta* & probabile , imo ut existimo plane verum est. Illud postremo notandum nec Consules Trebellium , & Senecam; nec Pegasum & Pusionem in fastis consularibus reperiri: itaque oportere illos suffectos fuisse, in locum aut demortuorum , aut quod tum frequens erat sub Impp. remortuorum. Fasti autem tantum priores & primos anni Consules annotare solent.

TEXTVS.

Ergo siquidem non plus quam dodrantem scriptus hæres sit restituere rogatus, tunc ex Senatusconsulto Trebelliano restituebatur hæreditas, & in utrumque pro parte rata hæreditariæ actiones dabantur : in hæredem quidem jure civili: in eum vero , qui recipiebat hæreditatem ex Senatusconsulto Trebelliano tamquam in hæredem. At si plus, quam dodrantem, vel etiam totam hæreditatem restituere rogatus esset , locus erat Pegasiano SCto, & hæres, qui hæreditatem adierat semel , si modo adierat sua voluntate) sive retinuerat quartam partem, sive retinere noluerat, universa ipse onera hæreditaria sustinebat, sed quarta quidem retenta, stipulationes quasi partis & pro parte interponebantur , tamquam inter partiarium legatarium & hæredem : si vero totam hæreditatem restitueret , emptæ & venditæ hæreditatis stipulationes interponebantur. Sed si recusabat scriptus hæres adire hæreditatem, ob id quod diceret eam sibi suspectam esse, quasi damnosam, cavebatur Pegasiano Senatusconsulto , ut desiderante eo , cui restituere rogatus esset , jussu prætoris adiret , & restitueret hæreditatem : Perindeque ei & in eum, qui reciperet hæreditatem actiones darentur, ac juris est ex Trebelliano , quo casu nullis stipulationibus opus est : quia simul & huic, qui restituit, securitas datur & actiones hæreditariæ ei & in eum transferuntur , qui recipit hæreditatem: utroque Senatusconsulto in hac specie concurrente.

COMMENTARIUS.

ERgo *siquidem.*] SCtum Pegasianum in duplicem casum prospexit principaliter, quo hæres non habet quartam ex voluntate defuncti, ut eam possit detrahere. 2. ut si nolit adire ex quacunque causa , petente fideicommissario citra suum onus id facere cogatur. Et itaque si hæres ex voluntate defuncti quartam habeat aut amplius, siquidem adire nolit compellitur adire & commodum amittat, ut *inf. h. tit.* dicemus: Sin vero adeat, nihil opus est SCto Pegasiano , sed restitutione facta transeunt actiones ex Trebelliano: neque de hoc casu quidquam egit Pegasianum, idque est, quod *in pr. hujus* §. ait Justin. tum pro parte in singulos & hæredem, & fideicommissarium translatas fuisse actiones: imo translatas fuisse pro rata in fideicommissarium : nam alias jure civili pro rata apud heredem erant Ita recte Justin. hic, quod in hæredem jure civili datæ fuerint actiones : sed in fideicommissarium ex Trebelliano , ubi notat Hottom.

jus

jus civile sumi in specie, pro jure civili antiquo & vere Lege 12. tabb. sicut & hoc sensu jus civile scilicet vetus opponitur constitutionibus Impp. *in §. sed cum prædicta, 3. sup. de testam. ordin.* Ita Hott. haud scio, an satis recte: nam ut notavimus *ad §. Et Neronis 4 h. t.* licet SCtum sit pars juris civilis, & possit dare directas actiones, tamen quod jam civiles actiones essent penes hæredem, nullas novas actiones dedit aut introduxit Trebellianum: sed voluit pro hærede in effectu haberi fideicommissarium: & ita excitavit jurisdictionem prætoris, qui utiles actiones dedit: ut *d. §. 4.* explicatur: quamvis tamen cum SCtum Trebell. sit prima causa hujus rei, & non prætor, nec videantur hæ actiones prætoriæ dici posse: & ex Trebelliano dicuntur passim transire actiones, & nominatim actiones *h. 3. ex Trebelliano dari.* Et prætor tamquam custos juris civilis, actiones juris civili quoque introductas dare dicitur: Plane tamen actiones creditorum hæreditariorum sunt aliæ nec novæ, sed quas prætor Senatusconsulti Trebelliani autoritate concedit in fideicommissarium: ad quæ fideicommissario dantur in debitores hæreditarios, videntur eæ sane novæ quadantenus esse: non secus ac utiles, quæ ex rescripto Pii, legatario aut emptori nominis dantur: & plane tales sunt hæc, quæ dantur fideicommissario: sed ita constituntur in nuda subtilitate juris.

At si plus dodrantem.] Istud hic habet scrupulum, quod Justinian. scribit: hæredem, qui rogatus erat restituere hæreditatem totam sive ultra dodrantem, si ultro adiisset hæreditatem & juxta voluntatem defuncti quarta etiam non deducta, restituisset eam, tamen hæreditaria onera universa sustinuisse, & ita actiones non fuisse translatas. Etenim hoc utique casu ante Pegasianum SCtum transisse actiones dubitari non potest. Et SCtum istud pro beneficio, quod dedit hæredi, ut detrahere posset quartam, & simul quod eam detrahendo offenderet voluntatem defuncti, hoc quasi onere eum affectum voluit, ut actiones in solidum contra eum darentur: cum nec ad hunc casum ad SC. Trebel. porrigi posset. Atquin ubi hæres satisfacit ultro defuncti voluntati, quæ tandem ratio esse potest, cur non fiat translatio actionum ex Trebelliano, cujus utique potestas hoc casu etiamnum esse integra videtur, non minus, quam ubi ex voluntate defuncti quartam habet hæres, & residuum juxta eandem voluntatem restituit: quo casu scindi actiones *in pr. hujus §.* scribit Justin. & quid si igitur datis sibi duabus unciis, decem restituit hæres, cur non æque possit restitutio fieri ex Trebelliano, si duabus illis unciis contentus hæres, quod superest restituere sit paratus? Alia ratio diversitatis dari non potest, quam quod priori casu, ubi quartam habet hæres vel amplius, uti tum Pegasiano Senatusconsulto hæres non potest, ut maxime velit: igitur nec ad hunc casu Senatusconsultum pertinere potest. At ubi dodrantem amplius restituere hæres rogatus est, tum uti potest eo Senatusconsulto, quod in hunc casum prospexit, & quodammodo vim & potestatem Trebelliani extinxit: & pro ex habuit, ut hæres ultro adiens, beneficium Pegasiani & quartam videretur remisisse, & fideicommissario donasse: & proinde obligatus, maneret oneribus hæreditariis, ac si detracta quarta restitutionem fecisset hæreditatis: quo facit, quod *Paul.* scribit, *4. sent. 3. § ult.* eum qui totam hæreditatem restituit, cum quartam deducere potuisset, repetere quartam non posse. Atqui ita summo jure obtinuisse videtur: aut hoc ad eum casum referendum, quo hæres simpliciter restituit aditam hæreditatem. Quod si enim contestetur expresse se velle uti veteri jure, & restituere totum ex defuncti voluntate hac lege ut tranleant actiones ex Trebelliano, audiendum eum esse & ratio suadet, ne fit deterioris conditionis, quam qui coactus adit, & diserte scribit *Paul. 4. sent. 3. 9. 1.* quo loco utique ex §. omnino supplendus videtur: & explicanda *l. qui totam 45. ad Trebell.* quæ quodammodo hoc jus dubium fuisse innuit: eoque monet ibi JC. us ut hæres potius suspectam dicens ex justit adeat: quo modo omnino ex Trebell. transferentur actiones.

Quasi partis & pro parte.] De his stipulationibus jam diximus *ad §. præced.*

Emptæ & venditæ hereditatis.] Ubi totam hæreditate restituit, diximus posse eum implorare beneficium Trebelliani, & nullis tum opus est stipulationibus, ut mox sequitur: cæteroquin iis opus est ut licet, onera sustineat, tamen beneficio stipulationis ea effectu in fideicommissarium transferantur. Quæ porro fuerint stipulationes emptæ & venditæ hæreditatis est nusquam diserte expressum. Constat id agi vendita hæreditate, ut id jus haberet emptor, quod est penes hæredem / 2 *de hæred. vend.* effectu scilicet, siquidem per illum contractum fieri non poterat, ut onera hæreditaria & actiones transirent. Itaque probabile est, hinc emptorem stipulatum, ut sibi præstaretur, quidquid hæreditarium apud hæredem esset, aut ad eum perventu-

venturum esset : hinc venditorem, ut si quid ipse conventus præstitisset, eo nomine sibi satisfaceret emptor, ut ita hic hæredis vicem effectu sustineret. Quamquam enim invicem essent actiones empti & venditi, (quæ etiam hodie sufficiunt, cum nullibi quidquam de istis stipulationibus ut necessariis aut usitatis tradatur) tamen aliquando expeditius & utilius potuit fuisse, experiri ex stipulatione. Vestigium autem est huius stipulationis ex parte emptoris *in l. in illa* 50. *de verb. sign.* stipulatum fuisse emptorem. *Quanta pecunia ad te pervenerit, dolove malo tuo factum est, eruve quo minus perveniat*, unde ad contrariam formulam venditæ hereditatis ex parte venditoris ejusmodi fuisse suspicatur Hottom. *Quintam pecuniam hereditatis causa præstitero, tantam dari* spondes.

Sed si recusabat.] Ad pr. diximus, hoc alterum principale caput fuisse SCti Pegasiani, ut heres scriptus, qui ex quacunque causa recusabat adire, jussu prætorio cogeretur adire & restituere. *l. quia* 4. *l. s. l.* 6. §. 2. *l. nam quod* 14. §. *pen. & l. cogi.* 16. *in l. ita* 27. §. 2. *& posse. ad Trebell.* ubi hæres dicitur cogi & compelli adire hæreditatem. Sed quomodo cogetur hæres cum adire sit facti, ad quod nec servus institutus præc. se per dominum cogi potest, *l.* 3. *in fin. C. de her. inst.* omnino liquidum existimo præcise cogi non posse. An itaque habebitur hæreditas pro adita, ut potestate juris transeant actiones, nec locus sit venientib. ab intestato? An in præjudicium contumacis pro adita habebitur, ut persecutione fideicommissi ad æstimationem hæreditatis, & universum interesse teneatur? Ego hoc posterius magis crediderim convenire rationi juris : sed prius videtur probasse Justin. *in l. pen.* §. 1. *C. ad Trebell.* licet enim agat nominatim de hærede gravato, contumaciter absente, tamen eadem ratio est, si quis præsens contumaciter restituere recuset.

Quasi damnosum.] Satis hoc est allegare hæredem, licet causam satis non probet, ut docet *l. quia* 4. *ad Trebell.* quo argumento utuntur Dd. ut probent, posse recusari judicem ut suspectum, licet recusans nullam alleget causam. Sed est plane vitiosa comparatio : quia recusatio hæc pertinet ad injuriam judicis, & in præjudicium partis vergit, dilata causæ tractatione : quorum neutrum hic contingit, nec quidquam interest fideicommissarii, an ultro, an jussus quis adeat : & cum, ut ante diximus, qui sponte adiit cum non habeat quartam omnia onera hæreditaria sustineat, vel hæc justa causa est recusandæ hæreditatis : ex quo hoc ipsum suadet JCtus, ut quis potius jussus adeat quam ultro *l. qui totam* 45. *ad Trebell.*

Quo casu nullis stipulationibus.] Ubi sc. transferuntur actiones ex Trebelliano. Quod accidit cũ quis, suspectam dicens hæreditatem, jussus restituit. Et quidem transeunt omnino omnes, sicuti enim incommodo heres liberatur, ita ex adverso omne incommodum, nimirum & quartam, & quod ex voluntate testatoris ut hæres alias habuisset, amittit, ut docent *l. quia* 4. *l. nam quod* 14. §. *qui compulsus* 4. *l. ita* 27. §. 2. *ad Trebell.* Idq; est, quod in extremo hujus § dicitur, securitatem tribui hæredi, & omnes actiones transferri in fideicommissorium. Illo adfertur damnum : hoc, tollitur omne commodum.

Utroq; SCto concurrente.] Trebelliano, quoad translationem actionum : & Pegasiano, quoad illud caput, quod est de cogendo hærede, ut & Theophil. hoc loco explicat, & ipse contextus hujus loci docet.

TEXTVS.

Sed quia stipulationes ex SCto Pegasiano descendentes, & ipsi displicuerunt antiquitati, & captiosas eas casibus quibusdam homo excelsi ingenii Papinianus appellat : & nobis in legib. magis simplicitas quam difficultas placet : ideo omnib. nobis suggestis, tam similitudinibus quam differentiis, utriusq; SCti, placuit explosa Senatusc. Pegasiano, quod postea supervenit, authoritatem omnem Trebelliano SCto, præstare : ut ex eo fideicommissariæ hæreditates restituantur ; sive habeat hæres ex voluntate testatoris quartam, sive plus sive minus, sive penitus nihil : ut tunc quando vel nihil, ut quarta minus apud eum remanet, liceat ei, vel quartam, vel quod deest, ex nostra authoritate retinere, vel repetere solutum, quasi ex Trebell. SCto, pro rata portione actionibus tam in hæredem, quam in fideicommissarium competentibus. Si vero hæreditatem totam sponte restituerit, actiones omnes hæreditariæ fideicommissario, & adversus eum competant. Sed etiam id, quod præ-

Digitized by Google

cipuum Senatusconsulti Pegasiani fuerat, ut quando recusaret scriptus hæres sibi datam hæreditatem adire, necessitas ei imponeretur, volenti fideicommissario restituere totam hæreditatem, & omnes ad eum & contra eum actiones transferre; & hoc transposuimus ad SCtum Trebellianum, ut ex hoc solo hæredi necessitas imponatur, si ipso adire nolente, restitui sibi hæreditatem desideret fideicommissarius: nullo nec damno, nec commodo apud hæredem remanente.

COMMENTARIUS.

FAcilis hic §. est, nec magnam desiderat explicationem. Continet mutationem juris veteris. Vult inprimis Justin. circa restitutionem hæreditatis tantum obtinere SCtum Trebellianum: & ex eo quoque cogi hæredem restituere & adire: quatenus scilicet hoc tribuit ei Justinianus, transfusa potestate Pegasiani in SCtum Trebellianum. Tum, quod præcipuum est, ut indistincte tamquã ex Trebelliano fiat actionum translatio pro qua parte restitutio facta est: sive quis detraxerit quartam: sive quis eam habeat ex voluntate testatoris, sive non: & sive ultro adeat, an coactus. Ex quo ipso, post translatum ad omnes istos casus, SCtum Trebellianum, consequitur, nullam amplius utilitatem aut necessitatem esse stipulationem illarũ quarum in præmissis facta mentio est: siquidem non erant necessariæ, ubicunque transferebantur actiones ex Trebelliano, ut *in fin.* §. *præced.* docuit Justin. Hæc est huius §. summa, cuius jam verba percurramus. Ait Justin.

Antiquitati displicuerunt] Debuisset hoc explicare quomodo displicuerint antiquitati & cui: Quod si enim displicuerunt oportet, ut alii remedio expeditiori factus fuerit locus. De quo sane mihi non constat: sic nec de eo, quod mox addit, Papinianum eas stipulationes captiosas judicasse. Neque vero placet, ideo dictas captiosas, ut Wesemb. & Mynsing. quod ambages ita necterentur & an fractus litium & actionum: & sæpe ob inopiam alterutrius, alter quod præstiterat, vel quod præstandum erat, consequi non posset. Non enim ob hoc captiosæ recte dicuntur: nisi forte verbum, *Captiosus* laxius hic usurpetur: nam & Theophil. reddidit ἐπιζήμιος, quod significat, *damnosus*. Porro quod *in princip.* §. vocat stipulationes ex Pegasiano descendente, intelligit quo ad hanc tractationem, in quam cum eas receperit & probarit Pegasianum, hactenus quasi descendisse ex eo videntur. Cæteroquin ex antiquiori jure eas à Senatusconsulto Pegasiano acceptas, & huc translatas ante dicta ostendunt.

Omnibus nobis suggestis.] Ita Justin. loqui solet, vel imo Tribonianus quasi ipse Imp. causa cognita accurate, LL. tulerit: sed id paucis persuadet: non certe mihi.

Quod potestate supervenit.] Atquin cum posteriores LL. & constitutiones sint potiores, Pegasiani quoque SCti potior habenda ratio, & potius Trebell. explodendum videbatur. Hic perbelle & suaviter nugatur cum aliis Porcius: & 1. hanc proponit rationem, quod magis dilexerit Trebellium: scilicet, qui 400. & amplius ante annis mortuus erat. Adquiescit autem ipse in hac ratione, quod Trebellianum SCtum in nullo peccaverit, sed peccaverit Pegasianum, dum admisit illas stipulationes. Inepte: Ratio mihi manifesta videtur: quod cum Justin omnino voluerit aut in solidum, aut pro rata transferri actiones, & vero ex SCto Trebell. esset actionum translatio, merito, cum ita ex Trebelliano esset principale, non magni momenti cætera huic adjecit.

Pro rata portione.] Objicit post alios Wesembec. ita hæredem non habiturum quartam liberam, si pro ea teneatur respondere creditoribus. Nescio & non capio quid respondeat, mihi videtur insubtilis objectio. Hæreditas non tantum restitui dicitur actuali præstatione, sed etiam verbis *l. facta 63. in pr. ad Trebell.* & tum protinus fit divisio. Cæterum cum hæres dicitur teneri pro rata, intelligitur quarta commixta cum ære alieno. Quarta quidem dicitur computari deducto ære alieno, sed scilicet ut subducatur ratione inita quantum æris alieni, & quantum eo deducto in bonis sit: non autem recta & statim potest actu omne solvi æs alienũ. Fingamus defunctum reliquisse DCCC. ex his CCCC. esse æris alieni utcunque jam tum creditores non agant, nec iis solvi possit, quod forte absentes sint, tamen deducitur æs alienum, ut sciatur quid in bonis superfit: scinduntur nihilominus actiones, & si tantum paratæ pecuniæ, vel in aliis bonis adsit, ut conficiantur præsentia ista DCCC. fideicommissario dabuntur DC. & reliqua ducenta retinebit hæres: ita perinde erit, an habeat ista ducenta una cum ære alieno, & eius scilicet quarta parte:

parte: an habeat centũ tantum libera ab ære alieno. Sed ratio juris facit, ut pro rata reſpondere creditoribus hæreditariis teneatur: quem enim alias illiconveniant?

Vel repetere ſolutum.] Pertinet hoc ad tract. de condictione indebiti, & proinde præſupponendi ſunt termini habiles, quod nec à ſciente ſolutum fuerit, nec per ignorantiam juris *l. error 9. C. ad L. Falcid.* Et difficilius his repetitio datur, quod credi poteſt hæres, non per errorem, ſed ut pleniorem fidem defuncto præſtaret, totum reſtituiſſe, *l ſi hæres 61. §. 1 ad Trebell.* ſed utique audietur, ſi alleget errorem *d. §. 1.* & apertius *l. hæres 21. eod.* Illud cuivis perſpicuum eſt, quod nimis operoſe monet Hott. verba *ſeqq. quaſi ex Treboll.* non eſſe referenda ad iſtud quod de repetitione præcedit: neque enim ex Trebelliano poteſt repetitioni locus eſſe: ſed pertinere ad id quod protinus ſequitur, actiones competere in fideicommiſſarium, perinde ac ſi ex Trebelliano, ratione ſcil. verborum Trebelliani & ſententiæ Senatus, hæreditas eſſet reſtituta: quoniam caſib. pleriſque quos præmiſit Juſt. non tranſibant actiones, ſed hodie tranſeunt, perinde ac ſi de his caſibus ipſum Trebellianum diſpoſuiſſet.

De appellatione quartæ iſtius colophonis loco aliquid addendum eſt: vocatur à Doctoribus Trebellianica: ſed inſubtiliter: & maiori ratione appellaretur Pegaſiana: quoniam Pegaſiano SCto factum eſt, ut liceret detrahere quartam, à Trebelliano autem tantum eſt actionum translatio, ſed enim nego adduci poſſe ullum textum, quo quarta iſta, quam deducit hæres gravatus, appelletur Pegaſiana, ſed perpetuo aut vocatur ſimpliciter quarta aut appellatur Falcidia: quomodo *in l. 1. & in l. ſi ut 11. C. ad L. Falcid. l. lex 47. §. 1. D. eod. l. 2. § ult. de iur. codicill.* & paſſim alibi. Et aperta ſolidaque huius rei ratio eſt: quam ſuppeditat ipſe Juſtin. *in §. ſed quia 5. in pr. ſup. h. t.* quod Pegaſiano SCto non nova quarta introducta eſt, ſed per SCtum Pegaſianum lex Falcidia ad fideicommiſſa univerſalia producta: Unde Ulp. *tit. de fideicom. 26. § Is qui 12.* ubi agit de fideicommiſſo univerſali & hærede gravato: *Lege Falcidia*, inquit, *locum non habente*: & mox: *Lege autem Falcidiã interveniente.* Et adeo nec poſtquam Juſtinianus Pegaſianum SCtum in Trebellianum transfudit, iſta quarta dici poteſt Trebellianica: quoniam, ut dixi, à Pegaſiano SCto quarta nova non eſt. Nec eſt, quod quis iſtam nudam eſſe putet ſuæ ilitatem. Ego enim hinc defendo, poſitis terminis habilibus & in dubio, ubi jure differentia non eſt conſtituta inter quartam, quam hæres ex relictis particularibus, & fideicommiſſo univerſali detrahit, quidquid de Falcidia diſponitur, ad eam quartam quoque pertinere, quia detrahenda eſt ex fideicommiſſo univerſali. Atqui hinc ego intrepide defendo; cum ſimpliciter diſpoſitum ſit, quod hæres non conficiens inventarium, non poſſit detrahere Falcidiam: Item, quod Falcidiæ detractio poſſit prohiberi: idem hoc obtinere etiam in quarta, quam detrahit alias hæres ex univerſali fideicommiſſo. Adeo ſi hoc animadvertiſſent Dd. & quod etiam appellatione Falcidiæ, proprie quarta, quam ipſi Trebellianicam vocant, contineatur, non tot inanes & jejunas quæſtiones moviſſent: nec in duabus illis quas modo attigi in quæſtionibus, ita in partes contrarias iviſſent, ut utra ſententia ſit communior, diſcerni vix poſſit.

TEXTVS.

Nihil autem intereſt, utrum aliquis ex aſſe hæres inſtitutus, aut totam hæreditatem, aut pro parte reſtituere rogatur: an ex parte hæres inſtitutus, aut totam eam partem, aut partem partis reſtituere rogatur. Nam & hoc caſu eadem præcipimus obſervari, quæ in totius hæreditatis reſtitutione diximus.

COMMENTARIVS.

NImis quam perſpicuus hic locus eſt: & jam ſupra monuit *in §. 2.* poſſe hæredem rogari etiam de parte reſtituend. Quod autem eſt *in verſ. am ex parte.* hoc nititur vulgata illa juris regula: Quod juris eſt in toto quo ad totum, idem juris eſt in parte quo ad partem. Hæreditas nimirum, ut audivimus *ſup. de hæredib. inſt. in §. 7.* habet locum totius, de cuius partibus ibi nominatis, non de ſingularibus rebus hic agatur, utroque caſu ſciſſio actionum fiet. & qui recuſat adire hæreditatem, juſſu prætoris id facere compellitur.

TEXTVS.

Si quis una aliqua re deducta ſive præcepta quæ quartam continet, (veluti fundo vel alia re hæreditatem ſit rogatus reſtituere ſimili modo fiat ex Trebelliano reſtitutio: perinde ac ſi quarta parte retenta, gatus eſſet reſtituere rel. quam hæredita-

tem. Sed illud intereſt, quod caſu altero, id eſt, cum deducta ſive præcepta aliqua re, reſtituitur hæreditas, in ſolidũ ex Senatuſconſulto actiones transferuntur, & res, quæ remanet apud hæredem, ſine ullo onere hæreditario remanet apud eum, quaſi ex legato ei adquiſita: altero vero caſu, id eſt, cum quarta parte retenta rogatus eſt hæres reſtituere hæreditatem, & reſtituit, ſcinduntur actiones, & pro dodrante quidem transferuntur in fideicommiſſarium, pro quadrante remanent apud hæredem. Quin etiam licet una re aliqua deducta, aut præcepta rogatus ſit aliquis reſtituere hæreditatem, in qua maxima pars hæreditatis, cõtineatur, æque in ſolidum actiones transferũtur. Et ſecum deliberare debetis, cum reſtituitur hæreditas, an expediat ſibi reſtitui. Eadem ſcilicet interveniunt, & ſi duabus pluribusve deductis præceptisve rebus hæreditatem reſtituere rogatus ſit. Sed etſi certa ſumma deducta præceptave, quę quartam vel etiam maximam partem hæreditatis continet, hæreditatẽ reſtituere aliquis rogatus ſit, idem juris eſt. Quæ autem diximus de eo, qui ex aſſe inſtitutus eſt, eadem transferimus & ad eũ, qui ex parte hæres ſcriptus eſt.

COMMENTARIUS.

DIximus *ſupr. ad §. hæreditas 7. de hær. inſt.* Eum, qui in re ſingulari ſolus inſtitutus eſt, detracta mentione rei certæ, totum & in ſolidũ eſſe hæredem: ſin habeat cohæredem, eſſe pro legatario. Iſtud non inepte huc accommodabimus. ſiquidem fideicommiſſarius, cui ex re certa ſcriptus rogatus eſt reſtituere, & inſtar cohæredis, ubi ex fideicommiſſo accepit hæreditatem. Quod ſi enim hæres ſcriptus adierit & cui reſtituere juſſus eſt, repudiat hæreditatem, procul dubio ille ſolus & in ſolidum hæres manebit, ſed ubi hic accepit fideicomiſſum, jam cum cohæredis inſtar videatur eſſe, hæres ſcriptus ſubit locum legatarii: idque totum eſt, quod prolixe hoc §. exemplo rei, & eius licet maximæ, exemplo ſummæ & quantitatis, & exemplo plurium rerum, illuſtratur: *l. ſilegatus. 30. §. multum 3. ad Trebell.* Nihil ſupereſt ad hunc locum, niſi ut verba quædam textus percurramus.

Deducta ſive præcepta una re.] Deductio, quæ conſiſtit in jure, vel parte juris facit, ut actiones pro parte maneant penes gravatum, veluti ſi deducta quota, & aliqua parte hæreditatis juſſus ſit reſtituere hæreditatem §§. *præcedd. 6. & 7.* ſecus in deductione, quæ eſt in re ſingulari, ex ratione jam dicta.

Ex SCto Trebell. reſtitutio fit.] *l. 1. §. ſi hæres 10. ad Trebell.* Olim ſi hæres ex voluntate teſtatoris quartam vel amplius habebat, reſtitutio fiebat ex Trebelliano, id eſt, transferebantur pro parte actiones: hæc enim eſt certa & perpetua jure noſtro huius verbi ſignificatio & phraſis, *transferri vel reſtitui ex Trebellian. hæreditatem.* Si minus quarta habuiſſet hæres, cur poſt Pegaſianum non tranſierint actiones, diximus *ad §. ergo 6. h. t.* Hodie omnimodo pro parte tranſeunt actiones, quæ transfertur *§. ſed quia 7.* utroque autem jure veteri & novo in caſu huius §. reſtitutio fit ex Trebelliano, in ſolidũ translatio actionum, licet hæres rem retineat: quoniam legatarii inſtar eſt. Sed quomodo transferet actiones, qui eas non habet, utique enim legatarius actiones hæreditarias non habet? An dicimus eas transferri ſimplici poteſtate SCti? Sed ita poſſent eſſe directæ, ſi nulle umquam fuiſſent penes hæredem ſcriptum. An potius, hæredem ſcriptum & in hoc caſu ipſo jure eſſe hæredem, & adquirere actiones? quid enim ſi fideicommiſſarius repudiet fideicommiſſum? utique tum ſolus ille hæres manebit: ſed eo ipſo dum alter ſuſcipit reſtitutam ſibi hæreditatem, jam degenerare in legatarium, & actiones in alterius perſona quaſi evaneſcere: quod ſane ſingulare & notabile eſt.

Perinde ac ſi quarta.] Comparatio in hoc eſt, quod actiones ex Trebelliano tranſeunt: ceteroquin magna eſt differentia: quæ & ſtatim ſubjicitur.

In qua maxima pars.] Valor enim rei non mutat rationem juris: & nihilominus eſt res ſingularis. At videbantur hic ſaltem interponi debere ſtipulationes partis & pro parte: quibus locus eſt, ubi omnes actiones manent apud hæredem, & fideicommiſſarius eſt loco legatarii *ſed quia 5. h. t.* Cur igitur non hic, ubi actiones tranſeunt omnes, & hæres eſt loco legatarii? Sed differentiæ ratio pendet à ſubtili ratione juris, quod illo caſu hæreditas reſtitui juſſa eſt, & ſubtilis ratio ſaltem juris.

tis obſtat, quo minus tranſeant actiones: cum tamen effectu hæres ſit, effectu quoque ipſo per conſequentiam eo res reducitur, ac ſi actionibus hæreditariis teneretur: hic autem tantum res ſingulares penes hæredem manet: quæ facit, ne ullo modo amplius habet locum hæredis. Eoque penitus falſum eſt, quod hic ſcribit Mynſing. ultra id quod excedit teneri hæredem creditoribus hæreditariis. Etenim diſerte hic dicitur eſſe pro legatario. Et imputet ſibi fideicommiſſarius, qui accepit fideicommiſſum. Sed ſi forte hic non ſit ſolvendo cognitio erit magiſtratus, an manus debeant porrigi in hæredem: quod vix puto, cum creditores habeant alia remedia, & præcipue, ut petant ſeparationem bonorum, ſi putent hæredem non eſſe ſolvendo. Magis autem falſum eſt, quod ait fideicommiſſarium non teneri ultra id quod accepit: cur enim alias diceretur deliberare eum debere an expediat accipere hæreditatem? Peſſime etiam ibidem confundit rem hæreditariam cũ quota & parte hæreditatis.

Et ſecum deliberare.] Vel maxime, quia in effectũ ſolus hæres eſt, altero tantum legatarii vices fungẽte. Cæterum etiam tum deliberatio utilis & neceſſaria eſt, ſi tantũ pro dodrante tranſeant actiones, ſed & tum magis, ubi ex ratione juris manentibus licet actionibus omnibus penes hæredem ſtipulationes emptæ & venditæ hæreditatis interponebantur, juxta ſupra dicta.

Si duabus pluribuſve.] Quia ſunt res ſingulares: & ſemper eadem manet ratio juris.

Et ſi certa ſumma.] Nec enim hæc nomen juris, ſed pro re ſingulari eſt.

Eadem ad eum qui ex parte.] Juxta terminos præmiſſos: veluti ſi Titius ex ſemiſſe inſtitutus, & idem deducto fundo hæreditatem reſtituere juſſus ſit: tranſibunt enim pro ſemiſſe actiones. Hæc tamen comparatio non ſimpliciter accipienda eſt. Nam priori caſu ubi unus ſolus eſt hæres ſcriptus & reſtituere rogatus, nihil intereſt, an ſit ſcriptus hæres ſimpliciter & deducto fundo reſtituere hæreditatem juſſus, an ſit ſcriptus ex fundo & reſtituere juſſus. Hoc autem caſu idem quidem erit, ſi ſcriptus ſit ſimpliciter aut ex ſemiſſe hæres, & deducto fundo juſſus reſtituere. Verũ ſi ſcriptus ſit ex fundo, & eum reſtituere juſſus, ratio juris magis facit, ut ſit tantum peculiare fideicommiſſum, (quia ex ratione juris hic tantum legatarius eſt) & cohæres habeat integram hæreditatem, Sed & priori caſu, ſi quis ſolus ſit ex fundo ſcriptus & eum reſtituere juſſus, erit quæſtio voluntatis, an teſtator voluerit integram hæreditatem reſtitui, an tantum fundũ, reliquo penes hæredem ſcriptum manente: quippe cum ex ratione juris detrahatur inſtitutioni mẽtio fundi quæ an etiam detrahatur in fideicommiſſo, amplius quærendum eſt.

TEXTVS.

Præterea inteſtatus quoque moriturus, poteſt rogare eum ad quem bona ſua vel legitimo jure vel honorario pertinere intelligit, ut hæreditatem ſuam totam, eiuſque partem, aut rem aliquam, veluti, fundum, pecuniam, hominem, alicui reſtituat: cum alioqui legata niſi ex teſtamento non valeant.

COMMENTARIVS.

HOc jam diximus ſup. *ad* §. 1. non tantum teſtamento, aut codicillis teſtamento confirmatis poſſe relinqui fideicommiſſum: ſalva ſemper portione debita ſive aliis hæredibus, ſive liberis & parentibus, de cujus auctione ex N. 18. diximus *ſup. ad tit. de inoff. teſt.*

Legitimo vel honorario.] Hæreditas ab inteſtato à cauſa proxima plerumque in ſpecie legitima dicitur: & quidem ut legitima ſignificet eam quæ defertur jure civili: cui ſolet opponi prætorium (ut & hic) ex quo multi ſunt ordines ſuccedentium ab inteſtato, de quibus agitur lib. 38. Digeſtorum, & *in f. lib. 3. tit. 10.*

Eum ad quem pertinere intelligit.] Poteſt & nominatim quem ſcit ſibi ab inteſtato hæredem futurũ gravare, & indefinite quoque eum eoſve qui ſibi ab inteſtato ſucceſſuri ſunt *l. ſi quis, 3. in pr. de iur. codic.* Et de utroque jure prætorio & civili probant textus, *in l. 1. §. hoc autem 5. & §. bonorum 7. l. recuſare 6. §. 1. ad SC. Trebell Vlp. tit. 25. §. 3* Ratio dub. quod cui nihil do, eum nec gravare poſſum: ſed reſponſio facilis eſt, hoc ipſo ſatis eum dare videri, dũ, quod facere poterat, non adimit, quod & diſerte reſpondit Ulp. *l. 1. §. ſciendum 6. d. leg. 3.* cum & illos hæredes inſtitutus gravare potuiſſet, eoque neceſſe eſt, ut qui gravat ſucceſſuros ab inteſtato, teſtamentum facere poſſit, ut *Vlp. d. tit. 20.* ait: & certi iuris eſt, eum qui teſtari nequit, eum nec codicillos ab inteſtato facere poſſe. *l. Divi 6. §. pen. de iur. cod.* & in hanc ſententiam elegãter JCtus *in l. conficiuntur 8. §. 1. eod. tit.* ideo fideicommiſſa dari poſſe ab inteſtato ſuc-

cedentibus, quoniam creditur hic paterfam. ſponte ſua relinquere legitimam hæreditatem. Sed quid ſi aliquis gravatus ab inteſtato, repudiet, an ex ſequenti gradu amiſſus debebit fideicommiſſum? Negat *l.* 1 §. *pen. de leg.* 3. contradicere videtur *l. ſi Titio* 61. § 1. *de leg.* 2. Ego interim reſpondebo & diſtinguam cum Acc. & Interpp. vulgo, an nominatim quis gravatus ſit, an ſaltem ſub appellatione gradus.

Aut rem aliquam.] Iſtud pertinet *ad ſeq. tit.* non ad hunc, in quo agitur de fideicomiſſo univerſali.

Legata niſi ex teſtamento.] Hoc non ſemel ſupra attigimus: hodie id ſecus. Et tamen probabile eſt ut plurimum verbis obliquatis legata codicillis relicta in vim fideicommiſſi valuiſſe *arg. l. Scævola.* 76. *ad Trebell.*

TEXTVS.

Eum quoque cui aliquid reſtituitur, poteſt rogare, ut id rurſum alii, aut totum aut partem, vel etiam aliquid aliud reſtituat.

COMMENTARIUS.

FIdeicommiſſarius primus poteſt porro rogari, ut quod accepit alteri vel totum, vel partem reſtituat: ſed quæritur hic tum de translatione actionum in ſecundum fideicommiſſarium: tum de detractione quartæ, an & ſecundus non minus ut primus eam detrahere poſſit. Et quod ad prius attinet reſponſum eſt in *leg.* 1. §. *de illo* 8. *& l. ſi patroni* 55. §. 2. *ad Trebell.* hoc quoque caſu ex Trebelliano tranſire actiones: ut ille intermedius fideicommiſſarius videatur eſſe quaſi miniſtri loco. Sed quid ſi non pure ſed verbi cauſa poſt mortem rogatus ſit reſtituere? utiq; dum vixit, habuit actiones: An ergo aliæ erunt actiones, primo gradu quæ dicantur utiles, aliæ ſecundo gradu, quæ in ſecundum transferuntur? Cum Lex ſimpliciter dicat transferri actiones ex Trebelliano, dicam transferri ſicut in fideicommiſſarium primum: & utiles iſtæ actiones non deſcendunt ex conventione, ſed dantur à prætore & competunt ex SCti autoritate: neque adeo aliquid à primo fideicommiſſario tranſit in ſecundum, ſed ex SCto itidem hic habet utiles actiones: ſicut habet fideicommiſſarius primus, in quem hæres poſt mortem ſuam eſt juſſus transferre hæreditatem. Quod ad poſterius attinet, verius eſt, quod ſecundus fideicommiſſarius non detrahat quartã: quod probatur non tam ex *l. mulier* 22. §. *ult. ad Treb.* quam citat Mynſingerus, (quoniam loquitur de legatario bonorum in quam nõ tranſeunt actiones) ex *l. Lucius* 78. §. *hæres inſtit.* 11. *h.t.* ubi in terminis quæritur, an fideicommiſſarius primus, quod ſibi detractum fuit ab hærede poſſit ſaltem imputare fideicommiſſario ſecundo: ſed reſpondetur totum reſtituendum: & quatenus cepiſſet (id eſt accepiſſet) fideicommiſſo obſtrictum, item ex *l. Lex Falcidia* §. *numquam, ad L. Falcid.* quod non utatur L. Falcidiæ beneficio, cui ex Trebelliano reſtituta eſt hæreditas: Item ex l. 1. §. Inde 19. h.t. ubi licet hæres non deducta quarta reſtituerit hæreditatem, tamen non poteſt fideicommiſſarius primus deducere ſecundo, niſi in primi gratiam hæres quartam non detraxerit. Quod tamen in *d. l.* 78 §. 11 negatur poſſe primum fideicommiſſarium deductionem ſibi factam, imputare ſecundo, oportet omnino ad eum caſum referri, quo totum quod accepit reſtituere eſt rogatus: cæteroquin ſi partem eius juſſus ſit reſtituere, quod ſibi hæres detraxit, pro rata imputabit ſecundo, cum non ſit æquum ipſum ſolum deductionem pati: idque etiam in legatariis vel fideicommiſſariis particularibus obtinet qui partem tantum eius quod acceperunt reſtituere rogati juſſi ſunt. *l. pœnales* 32. §. *ſi Titio* 4. *ad L. Falcid.* eoque pertinet cautio, §. *cui plus quam per L. Falcid. &c.* quam etiam præſtandam eſſe legatario, à quo fideicommiſſum relictum eſt, habetur *in l.* 1. §. *ſed &* 13. *& l.* 5. *ſi cui plus quam per L. Falcid.*

TEXTUS.

Et quia prima fideicommiſſorum cunabula à fide hæredum pendent, & tam nomen quam ſubſtantiam acceperunt: Ideo D. Auguſtus ad neceſſitatem juris ea retraxit. Nuper & nos eundem principem ſuperare contendentes, ex facto quod Tribonian. vir excellentiſſimus quæſtor palatii ſacri ſuggeſſit, conſtitutionem fecimus, per quam diſpoſuimus, ſi teſtator fidei hæredis ſui commiſit, ut vel hæreditatem vel ſpeciale fideicommiſſum reſtituat, & neque ex Scriptura, neque ex teſtium quinque numero, qui in fideicommiſſis legitimis eſſe noſcitur, poſſit res manifestari, ſed vel pauciores teſtes quã quin-

quinque, vel nemo penitus teſtis interveneritſtunc ſive pater hæredis, ſive alius quicunque ſit, qui fidem hæredis elegerit,& ab eo reſtitui aliquid voluerit, ſi perfidia hæres tentus adimplere fidem recuſat, negando rem ita eſſe ſubſecutam, ſi fideicommiſſarius jurejurandum ei detulerit, cum prius ipſe de calumnia juraverit, habere eum neceſſe vel jusjurandum ſubire, quod nihil tale à teſtatore audiverit, vel recuſantem ad fideicommiſſi vel univerſalis vel ſpecialis coarctari ſolutionem, ne depereat ultima voluntas, commiſſa fidei hæredis. Eadem cenſuimus obſervariſetſi à fideicommiſſario vel legatario aliquid ſimiliter relictum ſit. Quod ſi is à quo relictum dicitur, poſtquam negaverit, confiteatur quidem a ſe relictum aliquid eſſe ſed ad legis ſubtilitatem recurrat, omnino ſolvere cogendus eſt.

COMMENTARIUS.

DIximus ad pr. tit. cum Juſtin. hanc fuiſſe originem fideicommiſſorum, ut à ſola fide, hæredis penderent, quæ poſtea Auguſtus ad neceſſitatem juris retraxit, ut hic ſcribit Juſtin. Eo argumento hic Juſtinianus conſtituit, ut ſuſtineatur fideicommiſſum, deſtitutum ordinariis probationibus, & ex fide ſola religioneque hæredis ſine ſcriptura & teſtibus conſiſtat. Equidem jam olim ſufficiebat, quacunque ratione & nuda ſcriptura fides commiſſum probari *l. miles 75. de legat. 2. l. & in 22. C. de fideicom.* Sed ut hæredi citra ullam aliam probationem jusjurandum deferri poſſit, ad miſſum non exiſtimo, quinimo & poſtea fideicommiſſa relinquendi quavis ratione licentia, videtur magis fuiſſe coarctata, poſtquam in ultima quacunque voluntate, etiam codicillis, minimum, quinque teſtes placuit eſſe neceſſarios *l. ult. C. de codicillis.* quæ conſtitutio mihi per diſpoſitionem hanc Juſtin. convelli penitiſſime videtur: ut ſcil. poſſit aliquis nec ſcriptura ulla, & neque teſte quidem ullo producto, contendere, ſibi ab hærede vel legatario aliquid eſſe relictum, etſi etiam de fideicommiſſo univerſali agatur, & adigere eum quem dicit eſſe gravatum, ut aut ſolvat, aut ſe debere juratus neget. Convellitur & illud certiſſimum juris axioma, quod quæ ſunt relicta imperfecta ultima voluntate, aliqua præſtandi neceſſitate hæredem non obſtringant, licet à ſciente ſoluta repeti non poſſint, quod & de fideicommiſſis eſt reſcriptũ diſerte in *l. 2. & leg. ſi veritas 23. Cod. de fideicom. facti l. ex ea 29. de teſtament. l. ex teſtamento 29. C. de fideicomm.* Tum porro Juſtinian. exæquaverit legata fideicommiſſis, ita ut quidquid legatis deeſt, ex fideicommiſſis ſuppleri voluerit, erit hujus § & *l. ult. C. de fideicomm.* ſententiæ locus, ſi teſtator, ſine ullis teſtibus & ſcriptura, dixerit ad hæredem, ſe legare Titio centum, quæ ſane fœdam inducunt abuſionem & confuſionem & perverſionem tam ſolemniter conſtituti juris. Exiſtimo, Interpp cũ hæc abſurda animadverterent, in f. § poſt verba *quod ſi is à quo relictum dicitur.* limitationis vice adjeciſſe, id procedere, *poſtquam hæres vel legatarius negaverit.* unde verba *poſtquam negaverit* poſtea in contextum irrepſerint, quæ in veteribus liberis deeſſe *Hottom. Contius, Ruſſard & Cui.* notant. & ea quoque Theoph. non agnoſcit: & in aliquibus libris ea deeſſe teſtatur *Ioh. Faber.* nec in *l. ult. C. de fideicom.* ex qua hic §. deſumptus eſt, ullum eorum exſtat veſtigium, ſed Juſtinianus ſolum urget voluntatem defuncti, cui parere vult gravatum, licet de ea nullis legitimis probationibus conſtet Et vero ſi hæres initio fatetur à ſe aliquid relictũ, & fidei ſuæ commiſſum citra & teſtes & legitimam ſcripturam, non teneretur ex conſtitutione Juſtiniani ſolvere quod relictũ eſt, ſtolide uti negaret, uſq; dum ſibi juramentum deferretur & ſi delato juramẽto nolens aliud ſubire & quaſi coactus cõfiteri, & pro confeſſo habitus cogitur ſolvere, ut eſt *h. §. & d l. ult.* nec recurritur ad alienam fidẽ: quomodo recurritur, ubi eſt confeſſus ſponte? Itaq; vere ait Juſtinian in pr. §. quod ſuperaverit Auguſtũ: tam abſurdam rem diſponere nunquam venit in mentem: ſed cum fideicommiſſa olim ut maxime probata legitime, nullam tamen juris neceſſitatẽ haberent, cenſuit interponendam autoritatem ſuam. Neq; variæ explicationes Dd. ad hunc locum, ut effugiant iſtas abſurditates, mihi ſapiunt. Alii diſtinguunt an teſtator fidem hæredis ſolam elegerit, ſuper fideicommiſſo, ut tum hæres fatens, à ſe relictum, fideicommiſſum præſtare teneatur: an imperfecta voluntate aliquid reliquerit, non nominatim appellata fide hæredis, ut tum non teneatur hæres niſi in pœnam mendacii: vel brevius an quis in teſtamento aut codicillis imperfectis aliquid reliquerit, ut tum hæres poſſit impu-

impugnare voluntatem & negare se teneri , quo referunt *d. l.* 23. *C. de fideic.* an cum testamentum vel codicillos rite quis fecisset, extra eos fideihæredis qui commiserit , ut tum procedat hic §. quem communem esse Dd. intellectum refert Fab. hic. ubi tamen allegat Joan. contra sentientem. Et ipse contra eam partem, quod si testamento vel alia voluntate non solenni aliquid relictum sit , possit hæres negare se teneri ob defectum solemnitatis , licet fateatur relictum esse, disputat hoc modo quod etiam testamenta & codicilli possunt fieri nuncupative : & quod ratio *l. ult. C. de fideic.* & huius §. ad istum quoque casum porrigatur: & maxime si ponatur qui non est successurus ab intestato , rogatus qui allegando imperfectionem hoc ipso se repelleret. Item quod si hæres posset fatendo relictum & allegando imperfectionem , adigere fideicommissarium ad probandam voluntatem, remedium istius futurum esset inutile. Ipse tandem eo delabitur, ut referat hunc textum ad casum reinegantis in judicio: quod tum fideicommissarius possit aut offerre juramentum, aut probare relictum. Verum ita heres cui constat de imperfectione, semper eam allegabit, & fatebitur relictum. Cogita. Plane si sit hæres qui alias ab intestato succederet, locus est etiam quæstioni in terminis imperfectæ voluntatis ut in *l.* 23. *C. de fideicomm.* Sed si sit extraneus, qui non nisi ex testamento venire potest , necessario ponendum erit , eum seorsim extra testamentum rogatum esse. Textus autem noster de quocunque hærede loquitur , & hoc solum agit ne pereat ultima voluntas. Res extricari vix potest, sed confugiendum est ad socordiam Triboniani arguendam. Et alias juxta hunc text. eo deveniemus , ut etiam non legitimo testamento scriptus hæres possit obtinere contra legitimum, propter solam voluntatem defuncti, itaque omnia jura testamentorum confunderētur. Wesemb. hic ingenue agnoscit id esse jus novum & ideo frustra objici *l.* 23. & 29. *C. de fideicomm.* At enim quantæ socordiæ fuerit, textus correctus sub eodem tit. referre. Prorsus Justin. loquitur, de quavis ultima voluntate, & ejus favorem allegat, & quod fidem hæredis elegerit defunctus: & quod fide sua hoc receperit hæres, & quod hæres delato juramento ipse quasi fiat judex. Quibus rationibus si locum damus, omnia solemnia juris ut dixi, convellentur. Plane autem absurde Wesem. ita disputat: & quod sicut alibi licet deferre juramentum, ut non audiatur reus provocans ad ordinem judiciorum, & quod actor probare debeat, ita nec hic debeat audiri reus, si provocet ad solemnitatem. Ceterum ita, ut rursus repetam, omnia convellentur jura de solemnitate ultimarum voluntatum. Et procedit illud in his, quæ rite acta & gesta sunt: quid enim si reus dicat , nudum pactum esse licet actor deferat juramentum , tamen nec jurare nec solvere cogetur hæres. Ita hic dispositum est, inutiles esse voluntates sine certis solemnibus. Itaque oportet esse prius justam actionem , ut juramenti delationi sit locus, quæ hic deficit. Alii requirunt, ut hæres nominatim promiserit defuncto, se fideicommissum præstaturum. Alii ut Porcius, fingunt, testatorem solemni voluntate instituisse hæredem, & post cum de eo confideret, voluntate non solemni ipsum fideicommisso gravasse. Omnia hæc, & si quæ sunt alia ejus generis , aliena sunt à mente Justiniani, aut Triboniani potius, qui securus juris veteris constitutionum quidquid sibi in mentem venit, sive in buccam constituit. Valde tamen placet, ut hujusmodi limitationes & restrictiones admittantur potius quam absurda adeo sententia recipiatur.

Ideo D. Augustus.] Non satis ista ratio concludit: quia pendebant à fide hæredum, ideo ea Augustus necessario præstanda voluit: & aliis enim rationibus fuisse motum ad pr. diximus. nec omnino indistincte quævis fideicommissa eum præstari voluisse apparet.

Eum jusjurare contendentes.] Quam bene id contenderit, ex prædictis apparet.

Qui in fideicommissis legitimus.] Ex constitutionibus posterioribus *l. ult. C. de codicill.* ante enim satis fuisse videtur, ut constiterit de voluntate defuncti: Et tamen etiam sub Diocletiano solemnitatem fuisse necessarium probari videtur ex *l. si veritas* 23. *C. de fideicomm.* nisi quis referre id velit ad ea quæ testamento non solenni relicta sunt , arg. *l. ex testamento* 29. *C. eod.*

Cum prius de calumnia juraverit.] Hoc generale est, ut quisquis juramentum deciforium alicui defert, prius de calumnia eũ jurare oporteat. *l. iuin.* 34. § *qui* 3. *de iureiur.*

Necesse eum habere.] Sed an non poterat jusjurandum referre? arg. *l. manifesta* 38. *de iureiur.* sed istud procedit in iis, quę uterque litigantium pariter scire potest: hic autem actor arguit id fidei heredis commissum esse, in cujusmodi terminis relationi locus non est , arg. *Marcellus* 11. *cum l. seq. Rer. amot.* & notant *Mynsi.* & *Wesemb. hic.*

Adlegis

Ad legis ſubtilitatem.] Quod ſcil. non valeat ultima voluntas ſine juſta ſolemnitate & probatione: ut explicant omnes.

AD TITVLVM XXIV.
LIBRI SECVNDI Inſtitutionum.

DE SINGVLIS REBVS PER FIDEI commiſſum relictis.

TEXTVS.

Poteſt tamen quis etiam res ſingulas per fideicommiſſum relinquere: veluti fundum, argentum, veſtem, hominem, & pecuniam numeratam: & vel ipſum heredem rogare ut alicui reſtituat, vel legatarium, quamvis à legatario legari non poſſit.

COMMENTARIUS.

DIximus de fideicommiſſis univerſalibus: ſequuntur particularia, quæ præſertim poſt exæquationem Juſtinianeam omnia fere cum legatis habent communia Sed an hodieque hæc etiam differentia ſupereſt, quod à legatario legari non poſſit, ut *in fin. h. text.* habetur, olim non potuiſſe cõſtat: & teſtis eſt *Caius lib. 2. tit. 7. de fideicomm. §. 5.* Rationem duplicem adfert Hottom. 1. quod legatum ſit pura donatio. Hæc vero inepta eſt. Aut enim dicitur pura ratione eius cui relinquitur & legatũ eſt, & ita hoc ſenſu ſtante hac ratione, nec fideicommitti à legatario poſſet, aut ratione ſecundi, cui res reſtituenda eſt: & utique tum manet pura donatio non minus quam ſi fideicommiſſum eſſet, ſed enim cui aliquid datur is quoque gravari poteſt: quod cur per fideicommiſſum, ſed non per legatum fieri olim potuerit; quærimus. 2 Quia ſine cauſa in duorum perſona diffunderet, quod in unius nempe perſona heredis ſtatuere poſſet. Hæc quoque ratio nulla eſt, quoniam & quod per fideicommiſſum à legatario relinquit, recta ab hærede relinquere potuiſſet. Et permiſſa hac in re eſt libera diſponendi facultas teſtatori, qui forte voluit alium hoc beneficiũ à legatario accipere. Rectior ratio eſt quam reddit Weſembec. quod legata verbis Legis & imperativis relinquantur *Vlp. tit. 24. de legat. in pr.* quod tantum in hæredem univerſi juris ſucceſſorem, & qui repræſentat defunctum, licet: Sed an hodie eadem differentia durat? Videatur ita eſſe, quia Juſtin. non ait, *poterat* aut *poſſet*, ſed poſſit, qua in re Weſemb. ſocordiam Triboniani notat, qui immemor novationis, hoc ita ex libro veteris JCti deſcripſerit. Et eſt communiſſima Interpp. ſententia, hanc differentiam hodie ſublatam eſſe. Et hoc tamen declaratione opus habet. Et formulam legandi per præceptionem non habere hic locum conſtat. Idem dixero de formula legandi per vindicationem. Quod ſi enim teſtator legaverit Titio fundum Cajo & dicat, Cajo eundem fundum lego, aut conjunctio erit aut ademptio, juxta not. ſup. ad tit. *de adempt. legat.* Reliquis duobus modis locum eſſe admitto: veluti ſi teſtator cum legaſſet fundum Titio, dixit, Damnas eſto Titius, eum fundum, vel etiam quid aliud, dare Sejo: non duditari hodie poteſt, quin utilis ſit diſpoſitio, cum alias legata hæc damnationis, non pauca cum fideicommiſſis habeant ſimilia:

TEXTVS.

Poteſt autem non ſolum proprias res teſtator per fideicommiſſum relinquere, ſed & hæredis, aut legatarii, aut fideicommiſſarii, aut cuiuslibet alterius. Itaque & legatarius & fideicommiſſarius non ſolum de ea re rogari poteſt, ut eam alicui reſtituat, quæ ei relicta ſit, ſed etiam de alia, ſive ipſius ſive aliena ſit. Hoc obſervandum eſt ſolum, ne plus rogetur quiſquam alicui reſtituere, quam ipſe ex teſtamento acceperit: nam quod amplius eſt, inutiliter relinquitur. Cũ autem per fideicommiſſum res aliena relinquitur, neceſſe eſt ei qui rogatus eſt, aut redimere ipſam & præſtare, aut æſtimationẽ eius ſolvere.

COMMENTARIUS.

ID quoque jam olim fideicommiſſa habuerunt communia cum legatis, ut in illa veniret res propria teſtatoris ipſius gravati, & aliena quoque, quæ alicuius tertii eſſet, de quibus membris ſingulis *ad §. 2 ſup. de legat.* dictum eſt. Sed quod omnino obſervandum, non omnimodo idem juris hic eſt in fideicommiſſis quod in legatis. Et dixmus ſupra, ita demum rei alienæ legatũ valere, ſi teſtator eam alienam eſſe ſciet, ſecus eſſe puto in fideicommiſſo,

hactenus, ut licet res per fideicommiſſum relicta ſit ipſius legatarii, vel heredis, (quos ſcilic. teſtator gravavit) cum teſtator eam putat eſſe alienam, valeat fideicommiſſum. Et hoc probatur 1. ex ceſſantibus rationibus ex quibus ſi teſtator neſciat rē eſſe alienam, legatum valere negatur, de quibus *in* §. 4. *ſup. de legat.* dictum eſt 2. ex *l. unum* 67. § *ſi rem.* 8. *de legat.* 2. juxta quam legatum rei valet, quam teſtator putabat alterius eſſe, cum tamen eſſet heredis. Adeoque apparentum demum legatum aut relictum non ſubſiſtere, ſi teſtator putavit rē eſſe ſuam. Hactenus autem idem erit, ſi teſtator ab hærede per fideicommiſſum reliquerit rē quam putabat alienam, cum eſſet ſua ipſius, ut nimirū fideicommiſſum non valeat hoc caſu. Amplius diximus jam citato loco, legatario rem propriam non poſſe legari. An idem in fideicommiſſo? Non puto. Et ſi teſtator rogaverit hæredem vel legatarium, ut Titio præſtet fundum certum puto valere fideicommiſſum, utcunque tempore teſtamenti fundus ille ſit Titii, modo non ſit eo tempore quo de præſtando fideicommiſſo quæritur: neque enim in fideicommiſſis juris ſubtilitas ſpectatur, neque illa cedunt à morte teſtatoris, nec ad ea pertinet regula Catoniana. Neque huc produxerim exæquationem fideicommiſſorum. Hoc enim ſubſtantiale manet, ut non recta tranſeant ſed per aliorum manus capiantur: ubi ſcil. non agitur de re teſtatoris. Nam hoc caſu & pro hac etiam per fideicommiſſum relicta, non dubitem hodie competere quoque actionem in rem, & mortuo fideicommiſſario ante præſtitum fideicommiſſum, etiam ante hereditatem aditam petitionem tranſmitti in hæredem,

Hoc ſolum obſervandum.] Hæc ſententia naturalem & nimis quam habet apertam rationem. Conceſſum eſt morituris, ut legem quam vel in rebus, ſuis dicant: ſed ut alios quibus nihil de ſuis dederunt, vel ultra quam dederunt, liceat onerare, & ita de alieno diſponere, id fuerit nimis abſurdum. Et tradita eſt regula hæc præter iſtum textum *in l. filiuſ.* 114. §. *apud* 3. *in fin. de legat.* 1 *l.* 1. §. *ſciendum* 6. *de legat.* 3. *l.* 1. § *ſi ita qui.* 17. *in fin. ad SC. Trebell.* Interpp. non unam hic notant exceptionem, ſed ſi quis ſubtilius paulo eas conſideret, num exceptiones illæ, ſed declarationes ſunt regulæ. Et aliquas earum attingemus. Una eſt ſi centum legatis, reſtituere juſſus ſit ducenta poſt tempus: valet hic fideicommiſſum, ratione uſurarum, ſi tantum intermedio tempore hæ effecerint *l. Imp.* 70. §. 1. *de legat.* 7. quia quod ultra legatum eſt in commodo temporis iſtius cōtinetur. Secunda, ſi teſtator legatis centum, roget ut legatarius alii reſtituat fundum ſuum, qui forte pluris eſt, accepto legato obſtringitur fideicommiſſo legatarius ex ſpeciali ratione, quod accepto legato tanti fundum ſuum æſtimaſſe cenſetur *d. l.* 70. §. 1. *in fin.* Tertia: ſi legato fundo, juſſerit teſtator ut legatarius centum, (quanti non valet fundus) vel fundum & centum poſt tempus reſtitueret: valet legatum, ſi interim tantum ex fructibus fundi legatarius conſequi potuerit *d. l.* 114. §. 3. *de legat.* 1. Quarta, quæ habet eandem rationem cum ſecunda. Si duabus rebus alternative legatis & ea quæ precioſior eſt, reſtituere juſſa, legatarius eligat deteriorem, tenetur ut præſtet precioſiorem, quam eligere poterat, quoniam eligendo alteram, pluris eam æſtimaſſe cenſetur *l. plane* 94. §. *ſi qui de legat.* 1. Quinta eſt, quam ponit Faber, ſi quis cum legaſſet alicui centum modios frumenti jufſerit poſt aliquot annos alteri reſtituere plures: nam incerta æſtimatio frumenti utile & hoc fideicommiſſum facit. Ex quibus apparet, iſtas revera non eſſe exceptiones à regula, cum ſuas habeant proprias & ſpeciales rationes.

Cum autem aliena.] Idem in legatis, ut oſtenſum ſup. §. *non ſolum* 4. *in princ. de legat.*

TEXTUS.

Libertas quoque dari ſervo poteſt per fideicommiſſum, ut manumittere eum heres rogetur, vel fideicommiſſarius vel legatarius. Nec intereſt utrum de ſuo ſervo proprio teſtator roget, an de eo qui ipſius heredis, aut legatarii, vel etiam extranei ſit. Itaque & alienus ſervus debet redimi & manumitti. Quod ſi dominus eam non vendat, ſi modo nihil ex judicio eius, qui reliquit libertatem perceperit, non ſtatim extinguitur libertas fideicommiſſaria, ſed differtur, quo ad poſſit tempore proceedente, ubicunque occaſio ſervi redimendi fuerit, præſtari libertas. Quia ex fideicommiſſi cauſa manumittitur, non teſtatoris fit libertus, etiamſi teſtatoris ſervus ſit, ſed eius qui manumittit. At is qui ex teſtamento directo liber eſſe jubetur, ipſius teſtatoris libertus fit, qui etiam orcinus appellatur. Nec alius ullus ex teſtamento directam libertatē habere

bere poteſt, quam qui utroque tempore teſtatoris fuerit, & quo faceret teſtamẽtum, & quo moreretur. Directo autem libertas tunc dari videtur, cum non ab alio ſervum manumitti rogat, ſed velut ex ſuo teſtamento libertatem ei competere vult.

COMMENTARIUS.

LIbertas relinquitur aut ſervo qui eſt teſtatoris, aut qui teſtatoris non eſt, & hic aut ejus qui eſt honoratus, aut qui non eſt honoratus, qui dicitur hic extraneus, & eius ſervus in ſpecie alienus, ſicut rem in hac materia alienam in ſpecie dicimus, quę nec teſtatoris nec heredis, nec legatarii eſt § *non ſolum 4. ſup. de legatis.* Servo proprio recte libertas omnimodo relinquitur, ſive directo, ſive ut heres rogetur de manumittendo, de quo dicemus in *verſ. qui autem.* & imo nec hæredem tantum puto de eo liberando rogari poſſe, ſed etiam legatarium aut fideicommiſſarium, ut ſcilicet eum redimat ab herede & manumittat. Honoratus eſt hic heres, legatarius aut fideicommiſſarius. Et intelligimus hos legatum vel hæreditatem non repudiaſſe: hoc enim ſi fecerint, manumittere ſervum non tenentur, ſed ſi agnoverint, tenentur, *h. textu verſ. Quod ſi dominus l. deberi 6. C. de fideicom. lib.* etiam ſi forte quod legatum ſit, minus ſit æſtimatione ſervi quia accipiendo legatum, tanti ſervum intelligitur æſtimaſſe. *l. ſed ſi non 36. in pr. ad L. Falcid.* (quod ut paulo ante notavimus, etiam in aliis legatis juris eſt) *l. generaliter 24. §. ſi quis 12. de fideicom. libere.* Alienus ſervus per fideicommiſſum quoque recte, ut manumittatur rogantur hæres & legatarius, hoc effectu ut eum redimant à domino *h. §. verſ. itaque.* quandocunque eius redimendi occaſio datur, neque enim ſi initio v. c. aditæ hæreditatis ſervum recuſet vendere dominus, fideicommiſſum libertatis expirat, ſed interim differtur *h. §. d. verſ. quod ſi dominus*: neque enim hic locus eſt præſtationi æſtimationis, quæ alias ſolvenda eſt, ſi legata re aliena dominus eam vendere nolit. Et hoc tamen, quod legatarius cogatur redimere ſervum alienum, demũ procedit, ſi quod accepit, non minus ſit quam ſervus redimi poſſit, quam differentiam inter ſervum proprium legatarii & alienum *in d. l. 24. §. 12. de fideicom. lib.* diſerte proponit JCtus, cuius ratio ea fortaſſis eſt, quod quilibet ſcire intelligitur pretiũ rei ſuæ, & tanti adeo æſtimaſſe, dum legatũ agnovit, at non ita quis creditur ſcire pretium rei alienæ: nec proinde agnoſcendo legatum, obſtrinxiſſe ſe videri poteſt omnimodo ad præſtationem rei, quæ ab ipſo relicta eſt, cum & ſperare potuerit, ſe eam minoris, & eo pretio, quod ex teſtamento accipit, redimere poſſe. Quæri autem poſſit his fere caſibus omnibus extra quam ſi ſervus proprius ſit teſtatoris an verbis directis libertas omnino inutiliter detur. Et præcipue in ſervo qui eſt heredis, ſed & in ſervo legatarij aut fideicommiſſarij, imo & in ſervo alieno, ut hæres de eo manumittendo rogatus videatur. Directo enim competere libertatem non poſſe conſtat *h. textu verſ. nec aliter*, cum hoc modo recta à morte teſtatoris ſervus fiat liber. Sed poſſit humaniter dici, verba directa in vim fideicommiſſi obliquanda eſſe, quomodo & *in l. generaliter 24. §. ſi quis 10. de fideicomm. liber.* inutiliter ſtricto jure relicta directo libertas ſuſtinetur jure fideicommiſſi, quomodo & in caſu tutoris dati & proprii & alieni ſervi, fideicommiſſariam libertatem favorabiliter admittimus *l. ciſi 9. C. de fideicom. lib. l. ſi hereditas §. ult. de teſtam. tut.* Haud tamen ſcio an hoc obtinere poſſit, propter textum *in l. libertates 16. de fideicomm. lib.* ubi JCtus laxum admittit uſum libertatis per fideicomm. relictæ, dummodo voluntas teſtatoris vulgaribus & evidentibus verbis oſtendatur. Et *in l. ſervus 9. C. de teſtam. manum.* nec heredis ſervo directam libertatem dari poſſe reſcriptum eſt, nec id diſſimulaſſent Impp. conſultaſſent fideicommiſſariæ libertati locum eſſe. Sed redeamus ad textum noſtrum. Ait Juſtin.

Si modo nihil ex iudicio eius.] Loquitur de ſervo alieno, quem oppoſuit ſervo legatarii & fideicommiſſarii, eoq; inſubtilis eſt hæc exceptio, quippe ſi dominus aliquid accepit ex judicio defuncti, jam legatarius eſt aut fideicommiſſarius: quamvis ita etiam loquitur Imp. *in l. deberi 6. C. de fideic. libert.*

Qui autem ex fideicomm.] Pertinet hoc tantum ad ſervum proprium teſtatoris, cui rectè directo datur libertas hoc effectu, ut recta à morte domini citra aliquod factum heredis conſequatur libertatem: ad qnod Juſtin. ait eſſe neceſſe, ut teſtamenti & mortis tempore in teſtatoris poteſtate fuerit, ex JCto in *l. Servius 35. de manum. teſtament.* Et de poſteriori non dubium eſt, non poſſe ſervo directam libertatem competere, qui tempore eo quo teſtator mortuus eſt in poteſtate eſt aliena. Prioris rationem oportet hanc eſſe, quod libertas inutiliter directo data eſt ſervo alieno ut paulo ante diximus. Favor tamen humanitatis expoſcere videbatur, ut libertas competeret, ſi ante mortem

tem ſervus ille teſtatoris proprius factus fuiſſet, maxime, cum alias libertas plane ad irritum recidat, & nec valeat quidem in vim fideicommiſſi: Ceteroquin non obſtat *l. ſi ſervi 30. de manum. teſt.* facit enim factio poſtliminii (ſunt enim inrelligendi ſervi teſtatoris capti ab hoſtibus) ut libertas directa iis quandoque ab hoſtibus reverſis competat. Medium inter teſtamentum & mortem tempus liberati non obeſſe docet *l. verum 58. de manum teſtā.* Movet Jaſon ad Porc. an non etiam conſiderandum ſit tempus aditæ hæreditatis, quo cedit dies libertatis relictæ. Sed inepte: ſane requiritur, illum eo tempore fuiſſe defuncti: ſed in hæreditate eum manſiſſe oportet. Et quod obſervat ipſe Jaſon, fieri non poteſt, ut hic ſervus alienetur, necdum adita hæreditate, qua adita eo puncto ſit liber. Et aditio hæreditatis exſpectatur, quæ ſi non fiat, nihil coteſtamento ſcriptum valet. Servus itaq; manumiſſus ita directo, fit, ut hic vocatur, & in *l. directis 10. Cod. de teſt. man. l. 3. §. 3. de legis. tutor. l. dominus 22. de pecul. legat. l. 4. §. hi qui 12. de fideic. libert.* orcinus libertus, tamquam eius, qui apud Orcum jam eſſet, quo reſpectu Theoph. hic vocat χθονιον & eodem quoque ſenſu apud Plutarch in M. Antonio dicuntur Senatores χθονιοι. (Orcum autem pro defuncto veteres dixiſſe, ut Weſemb. hic ſcribit, falſum puto, nec probatur ex *Gell. 1. noct. 4.*) Nullum enim habebant patronum ut & illi, quorum mentio in *l. ſi necem 4. de bon. libert.* quod & notat. *Cuiac. obſ. 23.* & diſerte hic Juſtinian. teſtatoris eum ait eſſe libertum. Commentum autem eſt *Alciati, qui 1 praterm.* mavult legi orthinum; & ineptius eſt quod ait ita dictum, quomodo orthodoxi, dicuntur, longe enim differt Recte & Recta. Recta dicitur libertatem accipere: Et eſt illud figmentum de orthino etiam apud Accurſ. hic. Ad familiam tamen teſtatoris eos pertinuiſſe docet *l. ſi Socius 48. de manum. teſtam. & l. 3. §. 3. de legit. tutorib.* quod ſane quo pertineat, & quis eius rei ſit effectus, non ſatis intelligo; liberos defuncti tutores huiuſmodi liberti impuberis eſſe docet *d. l. 3. §. 3.* & imo jus patronatus in eo liberos & cognatos habere, ait Juſtin. in *l. un. §. ſed & ſi 7. C. de Lat. lib. toll.* Quod ſi vere dicit Juſtin. non animadverto quomodo defendi poſſit, eum nullius eſſe libertum. Et poteſt ſuo ſenſu, & ſecundum quid dici libertus orcinus, ut tamen ſecundum quid ſit aliorum libertus. Et ſunt varia jura patronorum, ut ne in jus ſine venia vocentur, ut ſuccedant ab inteſtato, ut poſſeſſionem contra tabb. habeant, ut operas exigere poſſint à liberto; quod poſterius, facile quidem conceſſerim ceſſare in hoc libero: cum nec qui ſervum ex fideicommiſſo manumiſit, hoc jure utatur *l. qui ex cauſa 29. de bon. libertor.* Atque ita accipiendum eſt, quod indefinite ait hic Juſtin. eum, qui ex fideicommiſſo manumittitur fieri libertum, eius, qui manumittit: *l. hi quibus 7. C. de fideicomm. lib.* ut fiat quidem libertus, & qui manumittit, patronus, ſed non pleno jure, ut & ij qui ex mera liberalitate hoc faciunt. Quæritur an iſta differentia libertatis directo & per fideicommiſſum datæ hodie ſublata ſit, poſt *l. 1. C. comm. de legat.* Video à nemine veterum Interpp. hoc controverti, & omnes hanc differentiam agnoſcere. Rectiſſime; ſupr. enim diximus, exequationem illam ceſſare ubi apparet de voluntate teſtatoris alia, quæ ſane hic eſt expreſſiſſima; & fieret injuria hæredi, cui alias eriperetur libertus, quod non exigui eſt effectus. Et ita quoq; Dd. communiſſime omnes in *l. 1. de leg. 1. Bart. n. 6. Alciat n. 5. Zaſ. n. 7. Iaſon. col. 5.* ubi ab omnibus probari ſcribit, ut nimis inepte ſint quidam Neoterici, qui hic contendunt referri jus antiquatum.

TEXTVS.

Verba autem fideicommiſſorum in uſu hæc maxime habentur; peto, rogo volo, mando, fidei tuæ committo, quæ perinde ſingula firma ſunt, atque ſi in unum omnia congeſta eſſent.

COMMENTARIVS.

RECte ait Juſtin. *maxime*, non ſunt enim certa verba fideicommiſſorū *Vlp. tit. 25. de fideicomm. §. 1.* ait eſſe verba fideicommiſſi: fidei committo, peto, volo dari, *& ſimilia*, plura refert *Paulus 4. ſentent. 1.* fideicommittere, inquit, his verbis poſſumus, Rogo, peto, volo, mando, deprecor, cupio, injungo, deſidero, impero. Et adhuc generalius *Juſtin. in l. 2. C. comm. de leg.* omne verbum quo ſaltem ſignificatur voluntas teſtatoris, admittit. Sæpe etiam directa verba in vim fideicommiſſi obliquātur ut in *l. Scævola 76. ad Trebell.* non raro etiam ex verbis quæ ad fideicommittendum directa non ſunt, fideicommiſſum per probabiles conjecturas colligitur; cujus rei paſſim iſt *Tr. de legatis & fideic. & ad SC. Trebell.* exempla occurrunt. Verba fideicommiſſorum precativa appellat *Vlp. tit. 14. in pr.* eaque opponit verbis legatorum, quæ Legis erant & imperativa, ut ibid. nit. Cui non convenit, quod Paulus loco

jam

jam citato, *Imper.* refert inter verba fideicommiſſi. An potius legendum *Impero*, ut quidem vulgo ibi legitur, & *Impero*, eſt à Cujacio & ab *Alciato 7. parerg. 15.* An ambiguum eſt verbum imperare, aut potius ambigue dicitur, verba Legis imperativa eſſe. Nam ita dicuntur quæ autoritate propria valent, licet non utantur hoc verbo *Imperare.* Et in noſtra materia hac, videantur fere eſſe obliqua verba & fideicommiſſaria, ubi per hæredem aliquid vult fieri teſtator; veluti ſi dicat imperio tibi ut ſervum meum manumittas; procul dubio eſt libertas fideicommiſſaria. In aliis autem poſſit dubitari veluti ſi dicat Imperio tibi ut Titio decem des, qui enim minus legatum iſtud dicemus, quam ſi dixerit, Hæres damnas eſto; an in verbo illo Imperativi modi, & quod inſtar judicis condemnat, rationem huius differentiæ ſumemus? Plane ſi hæres damnetur ſervum manumittere, erit & hæc fideicommiſſaria libertas. Itaq; ex objecto ipſo aliquando hoc erit æſtimandum; velut & ubi de re reſtituenda alteri quæritur, veluti hæreditate, non poterit niſi fideicommiſſaria eſſe hæreditas, licet imperandi verbo uſus ſit teſtator, vel etiam jubendi. Videtur n. horum verborum eadem eſſe ratio, & recte improbatur à Cujacio ad Paulum, Alciat. d. loco, qui imperandi verbum mitius eſſe putat, quam jubendi; quamvis ſane Juſtin. in *l. 2. comm. de legat* verbum *iubendi* referat inter directa, addita tamen particula *forte*: paſſim legimus juſſum hæredem reſtituere hæreditatem. *Mando* ſane mitius eſt quam jubeo & mandata enim libera ſuſcipiuntur voluntate, juſſum in ſe neceſſitatem quandam habet unde actio *quod iuſſu* quamvis poſt omnia vel maxime precaria verba neceſſitatem parendi habuerint; ſed ex prima fideicommiſſorum origine iſta ſunt æſtimanda.

AD TITVLVM XXV.
LIBRI SECVNDI Inſtitutionum.
DE CODICILLIS.

TEXTVS.

Ante Auguſti tempora conſtat codicillorum jus in uſu non fuiſſe: Sed primus Lucius Lentulus ex cuius perſona fideicommiſſa etiam ceperunt, codicillos introduxit. Nam cum decederet in Africa, ſcripſit codicillos teſtamento confirmatos, quibus ab Auguſto petiit per fideicommiſſum, ut faceret aliquid. Et cum D. Auguſtus voluntatem eius impleviſſet, deinceps reliqui eius autoritatem ſequuti, fideicommiſſa præſtabant, & legata quæ jure non debebat, filia Lentuli ſolvit. Dicitur autem Auguſtus convocaſſe ſapientes viros, interque eos Trebatium quoq;, cuius tunc auctoritas erat maxima, & quæſiiſſe an poſſet recipi hoc nec abſonans à juris ratione codicillorum uſus eſſet: & Trebatiũ ſuaſiſſe Auguſto: quod diceret hoc neceſſarium & utiliſſimum civibus eſſe, propter magnas & lõgas peregrinationes, quę apud veteres fuiſſent: ubi ſi quis teſtamentũ non poſſet facere, tamen codicillos poſſet, poſt quę tempora, cum & Labeo codicillos feciſſet: jam nemini dubium erat, quin codicilli optimo jure admittentur.

COMMENTARIUS.

COncordant cum §. 1. *ſupr. de fideic. hared.* de origine fideicommiſſorum, quæ relinqui ſolebant codicillis, cum nihil neceſſum eſſet in teſtamento fideicommiſſa dare, quippe ex quo omnia ad arbitrium teſtatoris recta & directo valebant. Probavimus autem ad d. pr. jam Ciceronis tempore, morituros ſolitos rogare hæredes ſuos, ut quibuſdam (qui aliqua lege capere non poterant) bona, vel eorum partem reſtituerent. Itaq; quod Juſt. hic ait in pr. ex perſona Lentuli fideicommiſſa cepiſſe, non accipiendũ eſt, quaſi hic primus conferit aliquid fidei hæredum. Sed quod ceperint habere effectum fideicommiſſa ex huius perſona, & quod occaſionẽ dederit, ut fideicommiſſa poſt neceſſitate alligarent hæredes. Quo eodem ſenſu introduxiſſe etiam Lentulus dicitur codicillos, non quod fecerit, eos primus, ſed quod fecerit, ut Auguſti exemplo alii in poſterum codicillis relicta ſolverent, imo juxta tradita ad *pr. tit* 23. ſolvere cogerentur. Id vel hinc apertiſſimum eſt, eſt, quod Juſtinian. mox ſubjicit, Lentulum cum decederet

in Africa codicillos ſcripſiſſe teſtamento confirmatos. Confirmari teſtamento poſſunt codicilli, vel ante illud, vel poſt illud facti, ut mox ad §. 1. *h.t.* tractabimus. Codicilli iſti non potuerunt facti eſſe à Lentulo ante teſtamentum: Ceteroquin nulla neceſſitas codicillandi fuiſſet. Igitur poſt teſtamentum factos fuiſſe oportet. Et neceſſum ob id eſt, ut Lentulus cum ante Romæ vel in Italia teſtamentum fuiſſet, in eo codicillorum fecerit mentionem, & ſcriptos teſtamento hæredes rogarit, ut ſi quis poſtea codicillos relicturus & ſcripturus eſſet, hæredes iis relicta præſtarent, & codicilli valerent, quod proponitur factum in *lib. ult. de fideicomm. libert.* Itaque non demum moriturus in Africa codicillorum rationem invenit, aut confinxit, neque vero ſimile ullo modo eſt, cum ſolum primum, tale quid feciſſe: ſed probabile prorſus, alios idem feciſſe, & commiſiſſe hæredum fidei, ſed quæ tum adhuc in hæredum fide poſita erant. Cetera ſunt ſatis perſpicua. Ait Juſtin.

Quibus ab Auguſto petiit.] Cum petere ſolerent ab hæredibus, quæ fieri vellent, apparet Auguſtum à Lentulo inſtitutum hæredem fuiſſe; & id frequens erat illis temporibus, ut Imperatorem, vel in portione ſaltem adſcriberent hæredem, quomodo & hic Auguſtum à patre cohæredem filiæ datum liquet, ex eo quod mox hic additur, filiam quoque Lentuli, quæ jure non debebat, legata ſolviſſe: Quæ relicta videlicet erant codicillis, & ideo non debebat jure, quod relicta erant codicillis tum adhuc invalidis, non autem hac de cauſa, quia legata codicillis non poterant dari: quoniam apparet ex hoc textu nihil eorum quæ codicillis cauta erant, habuiſſe juris firmitatem. Quin videtur hic Juſtin. verbo legatorum latius uti, ut hic ſignificet fideicommiſſum.

Neque enim dubitari poteſt, quin Lentulus ad utrumque hæredem pariter ſcripſerit codicillos: At, ut eſt hoc loco, Lentulus petit per fideicommiſſum ab Auguſto, ut quid faceret, & eodem igitur modo petiiſſe credendus eſt à filia. Ceteroquin receptum poſt ea fuit, ut codicillis, qui confirmari eſſent teſtamento, legata liceret etiam relinquere ex ratione *l.* 2. §. 2. *de iur. codicill.*

Cum D. Auguſtus impleſſet.] Principis exemplum libentiſſime ſubditi imitari ſolent: nec facilior ulla ratio eſt qua princeps efficere poſſit, ut ſubditi aliquid faciant, quam ſi exemplo ſuo iis præeat, quem politicum locum hic non exſequor. Atque ita accipiendus eſt hic locus; male Weſem. *reliquos* intelligit cohæredes teſtamento Lentuli adſcriptos.

Dicitur autem Auguſtus.] Ex prudentum & Juriſconſultorum judicio, arbitrio & autoritate, nihil magni momenti à priſcis Impp. actum fuiſſe conſtat, quod tanto magis circa introductionem novi juris ſibi faciendum putavit Auguſtus. Autor & ſuaſor præcipuus Trebatius, (cuius vitæ hiſtoriam huc cum quibuſdam texere, fuerit abſurdum & ineptum) hac ratione, ut qui peregre agentes teſtamentum facere non poſſent, tamen poſſent codicillos. Et iſtud quidem accepit Hottomann. de reficiendo & mutando teſtamento, ut ii facere poſſent codicillos, qui non poſſent teſtamentum reficere vel mutare. Omnino enim putat neceſſarium, ut quis ante & teſtamentum fecerit, & in eo quoque codicillorum, quos poſtea facturus eſſet, fecerit mentionem. Quæ explicatio verbi *facere*, mihi duriuſcula videtur. Et magis dixerim, licet in perſona Lentuli hoc ita contigerit, ut ipſe codicillos ante in teſtamento confirmaſſet; tamen latius admiſſam codicillandi facultatem; cum de iis recipiendis ageretur; & nimirum, ut etiam poſſent ad teſtamentum referri codicilli; quorum mentio in teſtamento facta non fuiſſet. Præterea, ut puto, ut qui teſtamentum quoque non feciſſet ſcribere poſſet & facere codicillos, quod quidem verba h. loci evincunt, ſi ſimpliciter accipiantur; ut teſtamentum qui facere non poſſet, tamen poſſet codicillos; neque quidquam obſtare video, quo minus recipi debeat hæc ſententia. Illud palam eſt, quod quis teſtamentum facere non poſſe dicitur, peregre agens, non ita accipiendum eſſe, quaſi non poſſit omnino ob inhabilitatem perſonæ, (certiſſimi n. juris eſt, quiſquis teſtamentum jure facere prohibetur, eum nec codicillos poſſe facere) ſed qui ob defectum eorum, quæ in ſolemni teſtamento requiruntur, facere teſtamentum non poteſt textus in *l. conficiuntur* 8. § 2. *de iur. codicill.* Et nimirum tum adhuc, ut monuimus etiam ſupr. ad tit. 23. provinciales plerique non habebant civitatis Romanæ jus, ſed inter peregrinos habebantur; ut hac de cauſa ad teſtamentum ſolenne adhiberi non poſſent. Hinc fiebat ut non commode in provinciis nec ubique fieri poſſet, nullo aut modo fieri potuiſſe extra Italiam, hinc non ſequitur; potuerunt enim adeſſe morituro alii ſimul peregrinantes cives Romani; Sed & non paucæ civitates in provinciis habebant jus civitatis Romanæ, aut ſoli Italici, ut, vel patet ex *l.* 1. *de cenſib.*

Cum

Cum & Labeo codicillos feciſſet.] Labeonem Trebatij auditorem fuiſſe ſcribit Pomponius in *lib.* 2. §. *huius* 47. *de origine iuris.* Secutus igitur eſt prærogativam & judicium præceptoris ſui, & cum maximæ autoritatis eſſet, ut in *d.* §. 47. refertur, & hæc, an codicilli valerent, juris eſſet quæſtio, non immerito creditum eſt jure & recte factum, quod Labeo feciſſet. Diſcimus autem hinc, quod licet Auguſtus codicillos approbaſſet, tamen adhuc non temere nec paſſim eo jure cives uſos, donec Labeonis quoque autoritate confirmarentur.

TEXTVS.

Non tantum autem teſtamento facto quis poteſt codicillos facere, ſed & inteſtatus quis decedens fideicommittere codicillis poteſt. Sed cum ante teſtamentum factum codicilli facti erant. Papinianus ait non aliter vires habere, quam ſi ſpeciali poſtea voluntate confirmentur. Sed D. Severus & Antoninus reſcripſerunt, ex iis codicillis qui teſtamentum præcedunt, poſſe fideicommiſſum peti, ſi appareat, cum qui teſtamentum fecit, à voluntate, quam in codicillis expreſſerat, non receſſiſſe.

COMMENTARIUS.

COdicilli aut fiunt ab inteſtato, aut teſtamento facto. Illi propriis viribus nituntur & ſubſiſtunt, & vicem teſtamenti obtinent *lib. ab inteſtato* 16. *h. t.* Sive hoc receptum paulatim dicas; ſive ſtatim ab initio & jam ab Auguſto admiſſum: quod defendo magis. Et in his quæ directis etiam verbis ſcripta ſunt, ſuſtinentur facilius ex voluntate diſponentis, ut eo modo valeant quo valere poſſunt, ut verba obliquentur, & trahantur ad fideicommiſſum: modo conſtet quod defunctus codicillos facere voluerit, nam ſi eo animo fuerit, ut teſtamentum faceret, imperfecta voluntas nullius erit momenti, niſi, quod hodie frequens eſt fuerit adjecta clauſula codicillaris. Quæ probantur per *l. ex eo* 29. *in pr. & §. 1. de teſtam.* quæ probat, clauſula codicillari adjecta teſtamento, quo ſcil. omnia verbis directis ſcripta erant, ea tamen valere jure fideicommiſſi; quod etiam probat *l. 3. in fin. de milit. teſtam. l. ultim. §. 1. Cod. h. t. l. Titia* 13. *de inoff. teſtam.* textus elegans in *l. Lucius* 83 §. *ult. de legat.* 2. *l. illud* 13. §. 1. *h. t.* Porro facto teſtamento, intereſt an codicilli, (hi enim cum teſtamento conſiſtere poſſunt ſint facti ante teſtamentum, an poſt. Qui poſt facti ſunt, facile referuntur ad teſtamentum, & valent eum teſtamento, ſiquidem nec facile per eos derogatur voluntati ſolemni teſtamento declaratæ, de quo mox: & quiſque quod poſtremum ſcripſit, etiam valere velle intelligitur. Itaque licet in prin. proponatur à Lentulo codicillos poſt ſcriptos fuiſſe confirmatos, tamen licet majoris ſecuritatis cauſa non raro factum fuerit ut in *lib. ultim. fideicom. lib* hoc poſtea utique non fuiſſe neceſſitatis exiſtimo, tum per *l. 3. §. ult. h. t.* qui de huiuſmodi codicillis loqui videtur: tum non obſcure hoc indicio, quod Iuſtin. hoc §. tantum tractat de codicillis ante teſtamentū ſcriptis, ut appareat nec dubitatum fuiſſe, quin valerent, qui poſt teſtamentum ſcripti fuiſſent, cum nec oblitus voluntatis ante conditæ tam ſolemniter teſtator præſumi poſſit. Illud autem quæritur, an & quatenus per huiuſmodi codicillos, aliquid ex his quæ teſtamento ſcripta ſunt, poſſit mutari, aut tolli. Et quod ad hæredis inſtitutionem attinet ſcriptum eſt in §. *ſeq.* codicillis hæreditatem adimi non poſſe, & nec quidem iis adjici poſſe conditionem inſtitutioni; ut appareat ante ſcriptum teſtamentum hæredem. Nimirum quod iſta directo non poſſit fieri ademptio; nam codicillis poſtea ſcriptis, poſſe rogari hæredem teſtamento ſcriptum ut alteri reſtituat hæreditatem, ex *d.* §. *ſeq.* colligitur. Quod ad legata, vel fideicommiſſa attinet, quæ priori teſtamento relicta ſunt, cum in his ſola voluntas defuncti dominetur, non dubitarim & adimi poſſe codicillis poſtea ſcriptis, ut per exceptionem utique poſſint repelli, qui ea petit, ſi quidem ipſo jure non ſint extincta legata. Neque ei quod dixi codicillos poſt teſtamentum compoſitos egere aliqua confirmatione, obſtat *l. ſive initio 6. C. h. t.* Fatebor n. facile, eos qui teſtamentum condebant, ſolitos in eo adjicere, velle ſe valere codicillos, ſi quos poſtea feciſſent ut tanto magis voluntati ſecuturæ caverent, quod & factū proponitur in *l. ult. de fideic. lib.* ſed non ideo neceſſitatis hoc fuiſſe conſequitur Et quod ita in facto contingerat: reſpondent Impp. in *d. l. 6.* Demoſthenem conſultorem confirmatione ſecurum eſſe, cum alias vulgatum ſit, argum. à contrario ſenſu ex conſtitutionibus codicis non procedere. Neque de aliis codicillis quam poſt teſtamentum factis accipi poſſe videtur *l. 3. §. ult. h. t.*

h. t. ubi dicitur codicillos capere vires ex teſtamẽto licet confirmari eo non ſint : ſiquidem, in his quę ante teſtamentum facti ſunt, jus non eſt plane liquidum, de quo jam dicemus.

Ait de iis Juſtin. h. §. eos ex ſententia Papiniani non aliter vires habere , quam, ſi ſpeciali voluntate poſtea, & ſcilic. in teſtamento fuerint confirmati. Et eſt hujus ſententiæ non obſcura iſta ratio, quod per teſtamentum, quod longe potentius eſt codicillis, teſtator à voluntate priori creditur receſſiſſe, & facit huc quoque, quod, qui codicillos facit , cenſetur inteſtatus decedere velle; quod ſi igitur poſtea condit teſtamentum, appareat eum non velle inteſtatum decedere : & cum iſtæ duæ rationes teſtato decedendi & inteſtato, ſe non conpatiantur , fit ut codicillos ante factos, per teſtamentum ſuſtuliſſe videatur teſtator : niſi eos ſpeciatim valere velle teſtamento ſignificaverit; quo caſu valebant tamquam ex nova voluntate. Atque hæc quidem Papiniani ratio haud dubie fuit. Sed aliud placuiſſe Impp. Severo & Antonino refert Juſtinian. poſſe ex codicillis ante quoque factis , fideicommiſſum peti, ſi appareat eum , qui teſtamentum fecit, à voluntate quam codicillis expreſſerat, non receſſiſſe. Quæ ſane verba ſunt ambigua. Et nimirum aliud eſt , dicere ſuſtineri codicillos ante factos , ſi appareat teſtatorem non receſſiſſe à priori voluntate: aliud, ſuſtineri codicillos , niſi appareat teſtatorem diſceſſiſſe à voluntate priori. Hæc enim verba non dubio hoc ſignificant, valere codicillos, licet nullam eorum fecerit defunctus mentionem in teſtamento. At non æque priora verba ſignificant idem : imo dum ita voluntatem priorem conſervari voluerunt juxta hunc §. Impp. *ſi appareat*, &c. aliquod indicium non mutatæ voluntatis exegiſſe videntur; quæ opinio probabilior mihi fit, propter rationes præmiſſas. Neque moveor, quod ita opinio Papiniani non ſit futura diverſa à reſcripto Severi, prout illa refertur in *leg.* 3. *h. t.* ibi, *ſi voluntas, quocunque indicio retineatur:* vel quia ſuam opinionem potuit mutaſſe Papinianus, Imperat. ſuorum ; ſub quibus vixit & præfectum prætorio egit ſententiam ſecutus ; vel quia, ut ſuſpicatur Hottomann. à compoſitoribus juris reſponſum Papiniani fuit interpolatum. Et facit pro hac ſententia reſponſum Celſi in *l. Plotiana* 18 *h.t.* ubi valere ait codicillos ante factos , ſi teſtator ſaltem ita ſcripſerit teſtamento. *Si quid reliquero, ad hoc teſtamentum pertinens, valere volo*: Quæ non eſt expreſſa confirmatio codicillorum, ſed tamen aliquid indicium, cum non niſi aliquid aliud præter teſtamentum intelligatur voluiſſe confirmare : & ſi citra iſta verba fuiſſet , ſane non obſcure indicat *dict. lex* 18. codicillos ante ſcriptos inutiles futuros ; quamvis non ſit iſta ſatis bona conſequentia , poteſt enim confirmatio addere aliquid codicillis : qui tamen abſque confirmatione non protinus penitus ſint inutiles , ut ex iis quæ jam dicemus, conſtabit. Teſtatur tamen Mynſ. hoc jure nos uti, ut codicilli valeant , modo non ſint expreſſe revocati: & *Bart. in l. ante* 5. *h.t.* ſemper intelligi confirmatos codicillos, ſive ante, ſive poſt factos: & ita quoque Theoph. explicat verba Juſtin. quod ex conſtitutione Severi vel eant codicilli etiam citra confirmationem; modo non probetur teſtator ab ea voluntate diſceſſiſſe. Quæritur conſequenter , codicillis ante teſtamentum ſcriptis, quæ diſpoſita ſunt , an & quatenus valeant. Et quod ad hæreditatem attinet, quæritur, ſi codicillis gravatus ſit fideicommiſſo, qui teſtamento poſt inſtitutus eſt hæres, an fideicommiſſo teneatur ? Video hoc negari ſimpliciter ab *A Fabro* 11. *conject.* 15. Sed nec textum nec rationem adducit. Et conſtat codicillis poſt teſtamentum factis hæredem teſtamento ſcriptum poſſe fideicommiſſo de hæreditate reſtituenda gravari. Quid ſi valent ante facti codicilli , quid in idem ſtatuemus ? aut fatendum erit , non omnia codicillis ante ſcriptis diſpoſita ſuſtineri, quæ videlicet pugnant quodammodo cum teſtamento , quatenus in hoc non videtur teſtator à priori diſpoſitione diſceſſiſſe : quod feciſſe videtur ſane, qui directo inſtituit , quem ante obligaverat fideicommiſſo; quamvis profecto pugnantia hæc non ſint : & ego id relinquo in medio. Quod ad particularia relicta attinet, de his quæ per fideicommiſſum data ſunt, nulla controverſia eſt. In ceteris quæ directo ſunt relicta putat idem *Ant. Fab. d. cap.* 15. *lib.* 25. *conject* intereſſe inter codicillos ante, & poſt teſtamentum factos. In his tantum valere relicta verbis precariis, cetera inutilia eſſe, niſi teſtator expreſſe codicillos confirmaverit. In illis relicta valere omnia , ita ut directo relicta trahantur ad cauſam fideicommiſſi. Rationem differentiæ, reddit. quod qui ante teſtamentum facti ſunt , cum diſponens haberet animum decedendi ab inteſtato, habeant quaſi vicem teſtamenti. *l.* 16 *h.t.* & ex natura eorũ quæcunq; & verbis directis ſcripta ſunt valeant jure fideicommiſſi ; ſed non ita obtinere in factis poſt teſtamentum: ad quos refert *l.* 4. *C. h.t.* Ego quidẽ hactenus cum Fab. ſentio contra *Cuiac.*

18. *obſ.* 7.

18. *obſ.* 7. quod quæ directis quoque verbis in codicillis factis ante teſtamentum ſcripta ſunt, valeant jure fideicommiſſi: cui ſententiæ non obſtat, quod hoc §. dicitur, poſſe ex iis fideicommiſſum peti: quę hoc ſolum ſignificant, poſſe peti jure fideicommiſſi: ſed quod ad alterum, effatum, Anton. Fabri, ex codicillis poſt teſtamentum factis, nullo modo nec jure fideicommiſſa deberi, quę directis ſunt relicta verbis, necdum mihi iſtius rationis ſufficiens apparet: Diceremn. jus hoc codicillorum ab inteſtato, ut facile ad fideicommiſſum trahantur, quæ relicta ſunt illis, evaneſcere, poſtquam eſt factum teſtamentum; Itemque quod eorum jus ex ratione Legis veteris eſt infirmius, quam codicillorũ poſt factorum, qui referuntur magis ad teſtamentum, cum nec ita accipi debeat reſcriptum Impp. ut plus illis dederit, quam poſt teſtamentum factis, ſed ad ſummum his exæquaverit. Et inepte plane ad hos codicillos trahitur & reſtringitur *lex* 4. *Cod. h. t.* quippe quæ diſerte ponit, codicillos ab inteſtato fuiſſe factos. Quod ut maxime non diceretur, male tamen ex eo, quod precariis verbis ſcripta valere dicuntur, inferretur, penitus non valere, quæ directo ſunt relicta. Illa enim valẽt prout ſcripta ſunt; hæc ut verba obliquentur. Itaque ſtatuendum eſt, ea quoque quæ codicillis poſt teſtamentum relicta ſunt, precario & ture fideicommiſſi valere, aut nec relicta codicillis ante teſtamentum citra ſpecialẽ confirmationem valere. Etenim iſtud quoq; mihi hic occurrit, quod licet codicilli poſt teſtamentum facti non opus habuerint ſpeciali confirmatione, licet forte nec ante teſtamentum facti, poſt reſcriptum Severi, attamẽ ſane aliquid intereſſe videtur, an confirmati fuerint nec ne? Probatur hoc ex textu in *l. libertates* 43. *de fideic. lib.* ubi JCtus ſcribit, libertates directas & teſtamẽto recte dari & codicillis teſtamento confirmatis: fideicommiſſas & ab inteſtato, & codicillis non confirmatis Qui locus in primis evidentiſſime probat valere codicillos etiã non confirmatos teſtamento; vix enim eſt, ut hoc ſpeciale quis eſſe dicat, in libertatis datione, & cũ indiſtinćte loquatur, haud ſcio an nõ hoc pariter quoq; de codicillis ante & poſt teſtamentum factis accipi debeat. Tum hoc docet *d. l.* 43. utcunque codicilli non tamen valere ita, ac ſi confirmati eſſent, & quod non poſſit hoc reſtringi ad libertatis ſolius dationem, iſtud facit quod codicillos non confirmatos, JCtus conferr cum codicillis ab inteſtato factis, quib. vel maxime quęcunq; etiam relicta ſed precario valent Secundum iſtam *leg.* 43 quod dicitur pro regula in *l.* 1 § 2 *h. t.* quæ in codicillis ſcribuntur; perinde haberi, ac ſi teſtamento ſcripta eſſent; limitandum erit, ut tantum procedat in codicillis teſtamento cõfirmatis; ex quib. proculdubio omnia directo jure valebunt, tanquam teſtamento inſerta. In non confirmatis, & qui tamen non habentur pro inutilibus, quę relicta ſunt, valebunt tantum jure fideicommiſſi. Illud enim dicere nolim, quod ea ſola valeant, quæ verbis precariis relicta ſunt. De quo amplius cogitandum: ſcrupulum enim movet *d. l.* 41. *de fideic. libert.* quæ tamen ita explicari commode poteſt, ut ex codicillis teſtamento confirmatis competat libertas etiam directo, ut fiat libertus orcinus; ſed ſi non ſint confirmati, cõpetat fideicommiſſaria, non autem plane corruat, quod ſi contra favorem libertatis, & contra *l.* 2. *in fin. h. t.* Cum autem ex codicillis confirmatis directa competat libertas, conſequenter, & legata directo jure valebunt, quod & probat *l. conficiuntur* 8. §. *ult. & l. ult. h. t.* Indeque eſt, quod tot locus tractatur de confirmatione codicillorum. Et hinc probabile fit, reſcripto Severi admiſſos eſſe codicillos poſt factos, circa cõfirmationem, quia ait, relicta ex fideicommiſſo peti; alias directo quoque jure valerent, ſi confirmatos codicillos poneremus. Sed nimis evagamur: contrahamus vela.

TEXTVS.

Codicillis autem hæreditas neque dari neque adimi poteſt: ne confundatur ius teſtamentorum & codicillorum; & ideo nec exhæredatio ſcribi. Directo autem hæreditas codicillis neque dari neque adimi poteſt: nam per fideicommiſſum hæreditas codicillis jure relinquitur. Nec cõditionem codicillis hæredi inſtituto adiicere, neque ſubſtituere directo quis poteſt,

COMMENTARIVS.

PLeraque quæ ad explicationem huius loci pertinent, jam delibavimus ad §. præced. Nimirũ per ea quę diximus apparet, codicillorum non exiguum effectum eſſe, præſertim confirmatorum: & hoc quo ad relicta particularia; nam quo ad hæreditatis dationẽ minus poſſunt codicilli, Et quidẽ ut directo quis fiat hæres, nec codicillis confirmatis effici poteſt. Quod ea rationẽ voluerunt admittere JCti, ne omnino cõfunderentur jura teſtamentorũ & codicillorũ, ut hoc quoq; loco ſcribit Juſt. & ne ut Papinian. ſcribit *l. quod dicto h. t.* eum captat ipſum teſtamentum vires per inſtitutionem hęredis, & ita

per dationem hæreditatis, teſtamentum ipſum per codicillos (nimirum cum teſtaméto, ante vel poſt factos) confirmari videatur; cum tamen codicilli à teſtamento vires accipiant; & eleganter Imp. *in l. 7 C. h. t.* ſi idem codicilli quod teſtamenta poſſent; cur diverſum, &c. Igitur, ut Juſtin. hic ſcribit, hæreditas codicillis nec dari nec adimi poteſt. Datur per inſtitutionem adimitur per exhæredationem: & liberos igitur pater fruſtra & nulliter codicillis exhæredat. Atque ita directo datur & adimitur hereditas. Datur obliq; & per fideicommiſſum, ei cui reſtitui jubet teſtator hereditatem: adimitur obliq; ei, quem jubet reſtituere hereditatem; quamvis ita non deſinet eſſe heres, & cum partem detrahere poſſit, in qua effectu etiam heres manet, non poteſt dici ei ademta hereditas in totum; ſed tamé pro parte recte adimi dicitur, (& etiam quoad verba, in totum) non minus ac dicitur relinqui & dari: eadem enim utrobique eſt ratio. Ita Impp. in *l. 2. Codic. h. t.* hereditatem codicillis neque dari nec adimi poſſe: Sed precariis verbis poſſe rogari heredem teſtamento ſcriptum, ut reſtituat hereditatẽ; & in *leg. 4. Cod. de his quib. ut ind.* hæreditatem teſtamento datam per codicillos directis verbis: adimi non poſſe, & Juſtin. in *leg. penult. §. 1. Cod. de neceſſ. ſerv. hær. inſt.* codicillis ſecundum veteres LL. hæreditatem nec dari, nec confirmari poſſe. Porro confirmatio eſt quædam ſpecies dationis, ex quo *l. 2. §. ultim. h. t.* negat hereditatem inutiliter teſtamento datam poſſe codicillis confirmari, ſed ita poſſe, ut ex fideicommiſſo petatur. Et hæc eſt ratio, quare, ut h. §. ſubjungitur, *& l. Divi 6. in pr. h. t.* nec conditio poſſit codicillis adiici heredis inſtitutioni; quoniam in eius defectum non poteſt ſcriptus eſſe heres, & teſtator ita conditionem adiiciendo, de adimenda hereditate cogitaſſe creditur, ut eſt in *l. pen. de cond. inſtit. & apud Theoph. hic.* quod ratio juris non patitur. Ex his ſatis liquet, cur, ut eſt in extremo §. non poſſit directo ſubſtitui codicillis, *d. l. Divi 6. in pr. h. t. l. 7. C. eod.* quoniam ut ſup. explicatũ, ſubſtitutio hæc. eſt heredis inſtitutio. Aut autem *directo*, quoniam cui per fideicommiſſum datur hereditas, is ſubſtitutus quoq; paſſim vocatur. Sed an nec poterit adimi conditio codicillis? ita putat *Angel. hic poſt. Sal. & alios in l. 2. Cod. h. t.* quia adimendo conditionem, videtur pure dari hereditatem.

TEXTVS.

Codicillos autem etiam plures quis facere poteſt, & nullam ſolemnitatem ordinationis deſiderant.

COMMENTARIVS.

Codicillos etiam plures.] Nemo cum pluribus, ſed nec cum duobus teſtamentis decedere poteſt, & per poſterius ſemper rumpitur prius. Alia ratio codicillorum eſt, qui non continent perfectam & plenam de bonis diſpoſitionem: itaque cum pluribus codicillis quis decedere poteſt *h. §. & l. Divi 6. §. 1.* & docet *l. 5. eod.* quod codicilli codicillis aliis poſſint confirmari: niſi tamẽ cõtraria contineant: tum enim poſteriores ſoli valebunt *l. 3. C. h. t.*

Nullam ſolemnitatem.] Nec ſubſcriptione nec ſubſignatione opus eſt *l. 6. §. 2. h. t.* vix tamen eſt ut iſtud (quod forte ex veteri JCto deſcriptum eſt) hodie defendi poſſit, poſtquam ex *l. ult. C. h. t. §. ult.* & quinque teſtes requiruntur, & ſi codicilli ſcripti ſint, teſtium quoque ſubſignatio exigitur. Jejunũ enim mihi videtur, quod hic aliqui inter ſolemnitatem ordinationis, & ea quæ probationis cauſa adhibentur, diſtinguunt: nam & ſubſcriptio teſtium quædam ſolemnitas eſt, & ſolemnia in teſtamento, non alia de cauſa requiruntur, niſi ut certo de voluntate defuncti conſtare poſſe. Et Dd communiter requirunt etiam (ita enim accipiunt *d. l. ult. C. h. t.*) ſigilla: & ob id gloſſ. hic falſam eſſe annotant, ceteri: quæ nec ſubſcriptiones teſtium exigit: & itidem communius Dd. ſi codicilli in ſcriptis confecti ſunt, ſolemnitatis cauſa teſtibus opus eſſe affirmant.

Colophonis hic loco notari poſſit; Materiam codicillorum nõ ſatis recte ſubjectam poſt tractationem ſucceſſionis ex teſtamento: cum codicillis factis ſuccedatur ab inteſtato. Sed Juſtin. magis hic de codicillis cum teſtamento, quam ab inteſtato factis agere propoſitum habuit: & codicilli quoq; ab inteſtato facti, quibus utique neceſſario hæres ab inteſtato parere cogitur, quandam ſpeciem teſtamenti habent, arg. *l. ab inteſtato 16. in fin. h. t.*

FINIS COMMENT. AD LIBRVM II. Inſtitutionum.

AD LI

AD LIBRVM TERTIVM

INSTITUTIONUM JURIS

Ad Titulum Primum,

DE HÆREDITATIBUS,

quæ ab inteſtato deferuntur.

TEXTVS.

Inteſtatus decedit, qui aut omnino non fecit teſtamentum, aut non jure fecit, aut id quod fecerat, ruptum irritumve factum eſt, aut ſi ex eo nemo hæres exſtiterit.

COMMENTARIVS.

HActenus de ſucceſſione teſtamentaria: ſequitur, quæ eſt ab Inteſtato, & proxime defertur à jure civili, ſed prætorio. Recte autem præmittitur initio quis ſit inteſtatus, de cuius videlicet ſucceſſione tractatur. Summa eſt. Inteſtatum dici, qui aut nihil egit, ut teſtatus decederet: aut egit aliquid, ſed quod egit, vires non habuit nec exitum, & hoc vel quia ab initio aliquid defuit, dicitur teſtamentum non jure factum, vel quia teſtamento ab initio perfecto, aliquid ſupervenit, quo infirmaretur, quod fit, ruptione & irritatione. Ubi hæc quoque diſtinctio addenda, quod aut tale quid quo infirmatur teſtamentum, accidit vivo teſtatore, & ita cum moritur inteſtatus eſt: aut poſt eius mortem, quæ differentia obſervanda eſt, propter effectum inſignem, de quo *in §. cum autem 7. infr. h. t. & in §. proximus 6. tit. ſeq.*

Ruptum.] Ruptionis duæ ſpecies ſunt, agnatio ſui hæredis, quæ facit inteſtatum patremfamil. & mutatio teſtamenti, quæ huc non pertinet, ſi aliud teſtamentum fiat, ſed tum demum, ſi in mutatione, veluti deletione & cancellatione ſubſiſtatur.

Irritum.] Siquidem id verbi in ſpecie accipimus, ut *in §. hoc autem 5. ſup. quib. mod. teſtam. infirm.* parum caute aut ſubtiliter huc refertur, nam qui capitis diminutionem paſſus eſt, qua talis hæredem ab inteſtato habere non poteſt.

Aut ſi ex eo nemo hæres.] Hoc modo dicitur teſta-

Digitized by Google

mentum fieri irritum, ut diximus *d.§. quib. mod. teſt. in fin.* & probat *l. 1. in fin. de iniuſt. teſt.* & ita id verbi uſurpatur *in l. filium 20. in pr. de bon. poſſ. cont. tab. Vlp. tit. 23. §. 3.* ideoque mala oppoſitio & ſeparatio eſt, ſi teſtamentum irritum factum ſit, aut ex eo nemo heres extiterit.

1 Illud obiter hic addendum, an & inteſtatus † dicatur, qui civis Romanus quidem eſt, ſed teſtamentum facere non poteſt ob ætatem, ut pupillus, vel vitium ut furioſus, prodigus. Rem breviſſime & rectiſſime expedit JCtus *in l. 1. in pr. de ſuis & legit.* duabus propoſitionibus 1. non proprie dici eum inteſtatum: nimirum ſi verbum captemus, quoniam ut vulgo perhibetur, privatio præſupponat habitum. 2. In hac materia haberi pro inteſtato: quoniam hæ duæ ſunt ſpecies ſucceſſionis. Ex teſtamento & ab inteſtato: & in hac ſuccedere ab inteſtato & ex Lege fere pro ſynonymis uſurpantur: Atquin pariter pupillis & furioſis, ſuccedit ex Lege aut ex edicto prætoris, atque iis qui cum poſſint, teſtamentum non fecerunt. Accedit, quod non poteſt revera dici in pupillo & furioſo, eſſe privatio: quippe facultas teſtandi interim ſolummodo propter ætatem & morbum impeditur: & ita ſucceſſio ab inteſtato, in terminis harum quoque perſonarum, probatur ex §. *vel ſingulis 7. ſup. de pupill. ſubſtit. l. 2. § divus in fi. qui pet. tut.* ibi enim intelligi pupillos defunctos, docent, quæ noto *infr. § pen. de SC. Tertull. l. credendum 4. §. hæc autem 3. qui pet. tut.*

TEXTVS.

Inteſtatorum autem hæreditates ex Lege duodecim tabularum primum ad ſuos hæreditates pertinent.

COMMENTARIVS.

SUpra ad §. *ſui 2. de hared. qual. & diff.* ubi idem: quod hic ait Juſtin. retulimus Legem XII. Tabb. ex *Vlpiano de legitimis hær. tit. 16. in pr.* At ſi inteſtatus moritur (particula *AT*, arguit præceſſiſſe legem, *uti quisque legaſſit ita ius eſto*) cui ſuus hæres nec extabit, agnatus proximus familiam habeto: ita enim recte ibidem hanc L. reſtituit Cuiac. An quæ alia magis diſerte de hac re agens L. XII. Tabb. fuerit, in incerto eſt. Cur autem primum ad liberos & maxime ſuos pertineat hæc ſucceſſio, apparet ex *l. in ſuis 11. de lib. & poſt.* & quæ diximus ad *d.§. ſui autem, de hared. qual. & §. non autem ſup. de inoff. teſtam.*

TEXTVS.

Sui autem hæredes exiſtimantur, ut ſupra diximus, qui in poteſtate morientis fuerint, veluti filius filiave, nepos neptiſve ex filio nato, prognatus prognative. Nec intereſt utrum naturales ſint liberi, an adoptivi. Quibus connumerari neceſſe eſt & eos, qui ex legitimis quidem nuptiis vel matrimoniis progeniti non ſunt: curiis tamen civitatum dati, ſecundum Divalium conſtitutionum, quæ ſuper his poſitæ ſunt, tenorem, heredum ſuorum jura nanciſcuntur. Nec non eos quos noſtræ conſtitutiones ſunt amplexæ, per quas juſſimus, ut ſi quis mulierem in ſuo contubernio copulaverit, non ab initio affectione maritali, eam tamen cum qua poterat habere coniugium, & ex ea liberos ſuſtulerit, poſtea vero procedente adfectione etiam nuptialia inſtrumenta fecerit cum ea, & filios vel filias habuerit, non ſolum eos liberos, qui poſt dotem editi ſunt, juſtos & in poteſtate patris eſſe, ſed etiam anteriores, qui & iis qui poſtea nati ſunt, legitimi nominis occaſionē præbuerunt. Quod obtinere cenſuimus, & ſi non fuerint progeniti poſt dotale inſtrumentum confectum liberi, vel etiam nati ab hac luce fuerint ſubtracti. Ita demum tamen nepos, neptiſve, pronepos proneptiſve ſuorum hæredum numero ſunt, ſi præcedens perſona deſierit in poteſtate parentis eſſe: ſive morte id acciderit, ſive alia ratione, veluti emancipatione. Nam ſi per id tempus quo quis moritur filius in poteſtate eius ſit, nepos ex eo ſuus hæres eſſe non poteſt. Idque & in cæteris deinceps liberorum perſonis dictum eſſe intelligimus. Poſtumi quoque, qui ſi vivo parente nati eſſent, in poteſtate eius futuri forent, ſui hæredes ſunt.

COM-

COMMENTARIVS.

TOtum hunc contextum simul proponere visum fuit, qui continet & facilia, & ex superioribus repetita, & alibi à nobis satis explicata: Strictim ea percurremus.

Sui haredes.] Definitio hæc proposita & explicata est supra, quo se ipse Imp. remittit *in* §. *sui autem* 2. *sup. de hared. qual.* ubi additur non satis esse, ut sint in potestate, sed necesse esse, ut sint primo gradu, quod & in fin. huius textus monetur.

Naturales.] Id est, ex legitimo matrimonio nati, qui opponuntur adoptivis, qui fiunt ex Lege ut *in pr. sup. de adopt. & in* §. *tam autem* 2. *sup. de inoff. test.*

Adoptivi.] In casu intestati, non distinguitur, nec novo jure, nam & adoptatus ab extraneo jus succedendi ab intestato conservavit Justinianus, de quo plura *infra h. t.* § *sed ea* 14.

Quibus connumerari:] Supra *libr.* 1. *tit.* 9. *&* 10. tractavimus tres esse modos adquirendæ patriæ potestatis in liberos, justas nuptias, adoptionem & legitimationem, cuius hic ut & *in* §. *ult. sup. de nupt.* duas recenset species (nam tertia per rescriptum principis post accessit *N.* 74. *&* 89.) oblationem curiæ & subsequens matrimonium, de qua utraque quantum satis est *ad d.* §. *ult. de nupt.* diximus.

In suo contubernio.] Contubernium proprie dicitur de servis & ancillis, ut notatum supra *ad* §. *Illud de nupt.* hic usurpatur de concubinatu.

Cum qua poterat habere connubium.] Ceteroquin stuprum contraheretur: ex quo nati non sunt obiectum legitimationis: hodie autem omnis concubitus extra matrimonium pro stupro habetur.

Nuptialia instrumenta.] An ea necessaria sint, ut legitimatio sequatur, late diximus *ad d.* §. *ult. sup. de nupt.*

Sed etiam anteriores.] Qui nimirum hoc modo legitimantur.

Quod obtinere.] Jus legitimationis sensim productum fuit; Initio strictius acceptum, ut non alias nati ante fierent legitimi, quam si ex nuptiis secutis liberi nascerentur, ne non prolis & generationis causa, sed tantum propter liberos ante non legitime natos contractum videretur matrimonium, sed Justinianus hoc mutavit, ut diximus plene *ad d.* §. *ult. de nupt.*

Ita demum tamen.] Jam ad pr. diximus, quod hic monet Justin. etiam eum qui in potestate est, secundo vel ulteriori gradu, non posse esse suum, quem alius præcedit, sed necesse esse, ut hic desinat esse suus, quo facto nepos in locũ exempti subintrando, nanciscitur jus sui hæredis. §. *postumorum* 2. *sup. de exhar. lib.* diximus ad §. *sui autem* 2. *sup. de hared. qual.* & ibi an hoc hodie in casu patris emancipati post *N.* 118. procedat sicut nec, & minus procedit, si pater per dignitatẽ liberatus sit potestate: hic enim jus sui retinet *N.* 81. *cap.* 2. Illud vix admonitione dignum est, quod nati ex filia non possunt esse sui, quia sunt in aliena familia, itaque Justin. *in pr. h. text.* ait, nepos ex filio, pronepos ex nepote. Et isti tamẽ hodie æqualiter cum suis succedunt ab intestato.

Postumi quoque.] Hæc est descriptio posthumi sui, quæ extat *in* §. *postumo sup. de legat.* ubi diximus & *ad* §. 1. *de exhar. lib.*

TEXTVS.

Sui autem hæredes fiunt etiam ignorantes: & licet furiosi sint, hæredes possunt existere: quia quibus ex causis ignorantibus nobis adquiritur, ex his cautis & furiosis adquiri potest, Et statim morte parentis quasi continuatur dominium, & ideo nec tutoris autoritate opus est pupillis, cum ignorantibus adquiratur suis hæredibus hæreditas: nec curatoris adsensu furioso adquiritur, sed ipso jure.

COMMENTARIVS.

HOc quoque fere repetitum est & explicatum *in* §. *sui autẽ sup. de hared. qual.* & in primis, quod in suos continuari dicitur dominium, & ipsi ignorantes quoque adquirere hæreditatem, cum ipso jure & potestate juris adquirant hæreditatem, nec edire aut adquirere de novo, sed existere & apparere heredes dicantur. Ex quo est ut & furiosi & pupilli infantes adquirant hereditatem patris *h.* §. *& l. furiosus* 6 3. *de adqu. hered.* Et cum sui ignorantes quoque patrem decessisse, fiant heredes quidquid potest adquiri ignorãti, idem potest furioso, ut hic argumentatur Justin. & JCtus in *l. filiusf.* 16. § 1. *de testam. l. si à furioso* 12. *de reb. cred. l. si à fur.* 24. *de obl. & act.* Hinc etiam magis perspicuum est, nec tutoris aut curatoris autoritatem vel consensum necessarium esse, *h.* § *inf.* De remedio porro abstentionis, quod ex prætorio jure sui heredes habent, diximus ad §. 2. *sup. de hered. qual.*

Curatoris consensu.] Proprie dicitur autoritas tutoris quę integrat quasi pupillum: & curatoris cõsensus,

ſenſus, *tit. de aut. & conſ. tutor. & curat.* quamvis aliquando & curatoris autoritas dicatur. Iſtud autem non ita accipiendum eſt, quod hic dicitur, quaſi furioſo ab extraneo inſtituto herede, conſenſu curatoris adquiratur hereditas: cum enim nihil poſſit facere furioſus, non poteſt ei dici conſentire curator: ſed nec ipſe curator nomine furioſi ex ratione juris adire hereditatem poteſt, qua tamen in re ius novum fecit Juſtinianus, ut notavimus *ad §. in extranei 4. verſ. teſt ſup. de her. qual.* Quomodo pupillis & infantibus adquiratur hæreditas extranei, tractatur in *§. ult. ſup. eod. tit. l. pupil. 49. de adq. her. l. ſervo 65. §. pen. ad Trebell. l. ſi infant. 18. C. de iur. delib.* neq; eſt huius loci.

TEXTVS.

Interdum autem licet in poteſtate parentis, mortis tempore ſuus heres non fuerit, tamen ſuus heres parenti efficitur, veluti ſi ab hoſtibus quis reverſus fuerit poſt mortem patris ſui: jus enim poſtliminii hoc facit. Per contrarium autem hoc evenit, ut licet quis in familia defuncti ſit mortis tempore, tamen heres ſuus nõ fiat, veluti ſi poſt mortem ſuam pater judicatus fuerit perduellionis reus, ac per hoc memoria eius damnata fuerit; non enim poteſt ſuum heredem habere, cum fiſcus ſuccedat; ſed poteſt dici, ipſo quidem jure ſuum heredem eſſe, ſed deſinere.

COMMENTARIVS.

DIxerat, eum ſuum eſſe, qui mortis tempore proximo gradu in poteſtate fuerat. Proponit duos ſingulares caſus: quibus qui tempore mortis in poteſtate non erat, eſt ſuus heres; & contra non eſt ſuus heres, qui eo tempore proximo gradu in poteſtate erat. Sed ſi quis ſubtilius inſpiciat, non ſunt exceptiones. Nam quod ad prius attinet, reverſus poſt mortem patris, ab hoſtibus, ut ipſe Juſtin. ait poteſtate fictionis poſtliminii fit ſuus heres: At hæc fictio facit, ut retro ſemper in civitate fuiſſe, qui reverſus eſt, & numquam captus fingatur: qua fictione ſtante, dicemus recte filium in poteſtate mortis tempore fuiſſe. Sed Juſtin. dum ita loquitur, eo reſpexit, quod in veritate, mortis patris tempore apud hoſtes filius fuit, ſed non valde ſubtiliter; nam veritate inſpecta nec poſſit eſſe ſuus heres quoniam tempore mortis ſervus hoſtiũ fuit. Et ita tamen quoque loquitur JCtus in *L. lege 12. in f. de teſtam.* filium ejus qui apud hoſtes deceſſit, invitum (jure civili ut ſuum heredem) obligari hereditati, licet ſuus heres dici non poſſit, qui in poteſtate morientis non fuit. Nam poſita fictione L. Corneliæ, quæ fingit patrem non captum, ſed eo ipſo puncto cum capiendus eſſet, mortuum, utiq; filius in poteſtate morientis fuit. Nec magis ſubtilis eſt altera exceptio h. text. in *verſ. per contrarium*: quamvis non diſſimiliter loquatur *Ulp. in l. 1. §. Interdum 3. de ſuis & legit.* quod ſuus heres excludatur per fiſcum. Etenim ſecuta damnatione, tempus ſententiæ coniungitur cum tempore delicti, ut retro & jam ante, delicti ipſius tempore pro condemnato habeatur: ut docet *l. poſt contractum 15. de donat.* ubi ſcribitur, donationes poſt contractum crimen capitale non valere, ſi condemnatio ſecuta ſit. Illud autem ſpeciale habet crimen perduellionis, quod accuſatio & cognitio cœpa peragitur poſt mortem: cum cetera crimina regulariter reo etiam poſt litem conteſtatam ante ſententiam mortuo, vel eorum potius perſecutio extinguatur *l. ex indiciorum 20. de accuſat. l. 1. C. ſi reus vel accuſ. mort.* Ita; tanto magis hic verum eſt, coniungi tempus damnationis cum tempore delicti admiſſi: cum nec quidem manumittere poſſit reus perduellionis *l. quæſitum 15. in prin. Qui & à quib. manu.* Facit *l. donationes 31. §. ult. de donat.* & quod omnes alienationes à die contracti criminis ſunt nullæ *l. quisquis §. mancipationes 4. C. ad L. Iul. maieſt. & l. ult. eod.*

Damnata memoria.] Scilicet, quia ut diximus nõ finitur morte perſecutio criminis, ſed ſentẽtia fertur in defunctum, ut proinde nõ ipſe jam mortuus, ſed memoria ejus damnari videatur, *l. 6. §. & l. ult. C. ad L. Iul maieſt.* cum & amplius contra heredem (ad hunc effectum ut bona ei auferantur) hoc crimen inchoari poſſit *d. l. donationes 31. §. ult. de donat.* Fateor tamen plus eſſe & quid amplius, damnari memoriam, quam perſecutionem etiam durare poſt mortem: hoc enim & in aliis criminibus, quæ magis pecuniariam pœnam reſpiciunt, obtinet *l. indiciorum 20. de accuſ. l. ult. ad l. Iul. pecul.* ſed puto tamen in his magis in rem ſententiam latam fuiſſe, quam in perſonam. Plane an quæ ſpecialis hic ſententiæ formula fuerit, mihi non liquet; & plenius hic rem iſtam exſequi extra rem eſt.

TEX-

TEXTVS.

6. Cum filius, filiave & ex altero filio nepos neptisve exiſtunt, pariter ad avi hereditatem vocantur: nec qui proximior gradu eſt, ulteriorem excludit. Æquum n. eſſe videtur, nepotes neptesve in patris sui locum succedere. Pari ratione, etsi nepos neptisve sit ex filio, & ex nepote pronepos proneptisve, simul vocantur. Et quia placuit, nepotes neptesve, item pronepotes pronepteſve, in parentis sui locum succedere, conveniens esse visum est, non in capita, sed in stirpes dividi hereditatem: ut filius partem dimidiam hereditatis habeat, & ex filio altero duo pluresve nepotes dimidiam alteram. Itē si nepotes, neptesve ex duobus filiis exsistant, ex altero unus aut duo forte, ex altero tres & quatuor: ad unum aut duos dimidia pars pertineat, ad tres vel ad quatuor, altera dimidia.

COMMENTARIUS.

1 *Successio in stirpes aut in capita.*

OMnis successio ab intestato fit vel in capita † vel in stirpes, & duobus hic itidem modis fit divisio hereditatis. In capita, ubi fiunt tot partes quot sunt capita & personæ; Germanice in die Häupter / quot toties fit, quoties qui succedunt defuncto æqualiter natura & citra repræsentationem conjuncti sunt. Et igitur in stirpes succedunt, qui succedunt ex persona alia & alterius jure in cujus locum successerunt & subintrarunt: quomodo, ut prædiximus, submoto primo gradu, filio, qui ex eo nati sunt, in ejus locum succedunt: & consequenter, cum ejus jure veniant, & quotquot etiam ex eo nati sunt, in ejus unius locum succedant, in successione quoque avi non plus fuerunt omnes, quam pater si adhuc viveret, accepisset: itaque nulla fit eis injuria: cum præsertim alias, à patruis suis, qui defuncti filii sunt ex primo gradu, ipsi secundo gradu exsistentes, excluderentur, nec cum illis alia ratione quam jure repræsentationis & ita quasi pari gradu exiſtentes concurrere possint. Idque etiam porro in ulterioribus gradibus obtinet: in hoc enim ordine descendentium gradus non quæritur, ut ait Justin. in *N.* 118. *c.* 1. Illustrat hoc duobus exemplis Just. quæ etiam referuntur apud *Caium* 2. *Instit.* 8. *de intest. succ.* §. 2. & partim idem habetur apud *Vlp. ti.* 26. *de intest. succ.* §. 1. ubi mixta est successio: ubi in successione avi, filij & ex filio prædefuncto nepotes, in successione avi concurrunt: & qui primo gradu sunt vere, singuli tantum capiunt, quantum plures nepotes ex prædefuncto filio. Et si unus sit filius, & ex altero sex nepotes, ille dimidiam hereditatem consequitur, *h.* §. *vers. ut filius.* Alterum exemplum est, ubi successio tantum est in stirpes: veluti si nepotes ex duobus filiis concurrant, ex altero pauciores, ex altero plures: & hereditas itidem non dividitur in capita, sed in duas æquales partes; ita ut pauciores tantum ferant, quantum plures. In hoc quidem casu, cum sint æquales gradu, videri possit eos succedere posse ex propriis personis, cum nemo sit prior gradu, per quem excludantur, ut nihil sit necessarium eos uti jure repræsentationis. Sed postquam semel ita jus constitutum fuit, ut ubi de successione ascendentium agitur, liberi in locum parentum suorum succedant, non debuit hoc jus ex accidenti variari, quod nepotes ex pluribus filiis inter se concurrunt. Et jus hoc ex isto fundamento descendere videtur, quod liberi propter jus suitatis quasi bonorum paternorum adhuc vivo patre videntur esse domini *l.* 11. *de lib. & post.* itaque jus hoc sibi quæsitum, si decedant quasi transmittunt in liberos ex senatos, aut utique (si enim ponantur emancipati non possunt videri transmittere) in nepotes hoc idem jus recta sublato medio ab avo in eos descendit: ut necessario eos postea, jure patris submoti, non alio succedere oporteat. Et hujus juris fundamenta, & quæ hoc §. habentur, traduntur quoque in *l.* 2. *&* 3. *C. de suis legit. & hered. l.* 1. §. *si filius* 4. *de suis & legit. her. facit l. Papin.* 8. §. *quoniam* 8. *de inoff. testam.* Et hæc ratio tantum procedit in linea descendente: secus in collaterali. Itaque in fratris hereditate cum fratre superstite prædefuncti fratris filius non concurrit (quod tamen post mutavit Just. &. si ex duobus fratribus prædefunctis ex altero unus, ex altero duo liberi supersint, non in stirpes sed in capita succeditur: & hereditas nō æqualiter, sed in tres partes dividitur *l.* 2. §. 1. *de suis & legit.* sed & amplius hæc ratio procedit tantum in suis heredibus, quibus L. XII. tabb. & agnatis detulit hereditatem. Sed exemplo suorū,

post-

poſtquam liberis etiam matris & aviæ ſucceſſio data fuit, receptum & hoc fuit, ut eadem ratione hic quoque hereditas inter liberos primi gradus & nepotes divideretur *l. ſi defunctus 9. C. de ſuis & legit. de quo infr. tit. 4.*

TEXTVS.

7. Cum autem quæritur an qui ſuus heres exiſtere poſſit, eo tempore quærendum eſt, quo certum eſt, aliquem ſine teſtamento deceſſiſſe: quod accidit & deſtituto teſtamento. Hac ratione ſi filius exheredatus fuerit, & heres extraneus inſtitutus, & filio mortuo poſtea fuerit certum, heredem inſtitutum ex teſtamento non fieri heredem, aut quia noluit eſſe heres, aut quia non potuit: nepos avo ſuus heres exiſtet: quoniam quo tempore certum eſt, inteſtatum deceſſiſſe patremfamilias, ſolus nepos invenitur: & hoc certum eſt.

COMMENTARIVS.

PRopter deciſionem hujus §. monuimus, ad *pr. h. t.* intereſſe an inteſtatus quis ſit ipſo tempore quo moritur, non poſtea fiat. Et in eo qui teſtamentum non fecit, res certa eſt: nec enim eſt aliud tempus quod ſpectetur, delatæ hereditatis, quam tempus mortis. Sed ubi quis teſtamentum fecit, plurimum intereſt, (ubi ſcil. de ſucceſſione ab inteſtato quæritur hi termini ponendi ſunt) an vitiatum & irritum factum fuerit teſtamentum, vivo adhuc teſtatore: & itidem ſolum tempus mortis ſpectatur: an vero demum poſt ejus mortem acciderit: idque fere hoc unico caſu (quo ad hanc tractationem, ut ſpectetur quis ſi ſuus heres) quo heres poſt mortem teſtatoris non adiit hæreditatem, & ita teſtamentum fuit deſtitutum. Etenim poſthumus poſt patris mortem natus, & ſe inveniens præteritum, ita rumpit teſtamentum, ut ſibi faciat deferri hereditatem. Habebit tamen imo iſta tractatio in alio quoque caſu locum, finge patrem præterito poſtumo exhæredaſſe filium ex quo habebat nepotem: ſi interim ventre adhuc pregno poſt mortem patris, mortuo filio exhæredato naſcatur poſthumus, nepos ex filio avo ſuus heres erit: non ſecus ac ſi nec dum adita hereditate, & forte herede adhuc deliberante, interim mortuo exhæredato filio, & poſt deſtituto teſtamento, nepos avo ſuus heres efficitur *h. §. Atq;* ita qui mortuo eo de cujus ſucceſſione quæritur, ſuus non erat, ſuus tamen ei heres exiſtit *h. §. & l. 1. §. ſciendum 8. de ſuis & legit. l. ſcripto 7. unde li. l. ſi quis 6. §. 1 de iniuſt. teſtam.* Idem erit ſi filius exhæredatus, alio inſtituto ſub conditione hac pendente decedat, & poſt conditio deficiat, ut notat Theoph. hic. Idem eſt in ſucceſſione collaterali, ut tamquam proximus ab inteſtato ſuccedat in iiſdem terminis, qui tempore mortis primus non erat §. *proximus 6. tit. ſeq.* Ratio communis eſt, quoniam quis jus ſucceſſionis habet, eo tempore ſpectandum eſt, quo defertur hereditas. Quamdiu autem ſpes eſt ſucceſſionis teſtamentariæ Legis inhibetur effectus, nec ea interim poteſt deferre legitimam hereditatem, quippe cum ipſa primas & potiores deferat partes diſpoſitioni hominis & ſucceſſioni ex teſtamento. Atquin in his terminis exheredato filio & alio ſcripto herede, nec dum defertur hereditas ab inteſtato, quam lex filio exheredato deferre non poteſt, cum validum ſit teſtamentum: neq; fieri poſſit, ut duæ hæ ſpecies ſucceſſionum ſimul eodem tempore diverſis perſonis deferantur. Et igitur poſt mortem patris, heres extraneus moriatur, vel repudiet, ſublata ſpe ſucceſſionis teſtamentariæ jam ſe exſerit vis & poteſtas Legis quæ ab inteſtato defert hereditatem; quæ adeo cum tempore deſtituti teſtamenti filium exheredatum qui præcedebat, mortuum reperiat, (ſi enim tum viveret ipſe patri ab inteſtato ſuus exiſteret heres *l. filium 20. de bon. poſſ. cont. tab.*) primo loco nepoti ſuperſtiti jure ſuitatis, aut ſi hic nec ſuperſit, proximo agnato defert hereditatem ab inteſtato *h. §. eid. §. 6. tit. ſeq.* Quam rationem innuit Papin. in *d. l. ſcripto 7. unde ub.* non, inquit, videbitur pater obſtitiſſe, poſt cujus mortem defertur legitima hereditas: & *Vlp. in l. 6. §. 1. de iniuſt. teſta.* ab inteſtato, inquit, ſuccedit, cui ante eum alii non eſt delata hæreditas, non fuiſſe autem filio (exheredato) delatam apparet hæreditatem, cum inſtituto deliberante deceſſerit.

TEXTVS.

8. Et licet poſt mortem avi natus ſit, tamen avo vivo conceptus; & mortuo patre ejus poſteaque deſerto avi teſtamento, ſuus heres efficitur. Plane ſi & conceptus & natus fuerit poſt mortem avi, mortuo

patre

parte suo, posteaque deserto avi testamento, suus heres avo non existet: quia nullo iure cognationis patrem sui patris attigit. Sed nec illud est inter liberos avi, quem filius emancipatus adoptavit. Hi autem cum non sint sui quantum ad hereditatem liberi, neque bonorum possessionem petere possunt, quasi proximi cognati. Hæc de suis heredibus.

COMMENTARIVS.

1 *Post mortem conceptus, non succedit ab intestato.*

COhæret cum §. præced. quoniam loquitur adhuc de casu quo pater mortuo avo adhuc superest, & post, eo mortuo destituitur avi testamentum. Nequealias hic casus nepotis post avi mortum.

1 tem † concepti poni potest, quam si testamentum factum sit, & filius fuerit exheredatus, isque pendentibus adhuc & suspensis viribus testamenti post mortem patris sui mortuus sit. Quod si enim vivo patre suo filius decessisset, non posset, non vivo quoque avo nepos conceptus esse. Quod si filius præteritus fuisset testamentum ipso jure nullũ esset. Et hic igitur nepos post mortem avi conceptus destituto quamvis postea testamento interim patre mortuo, avo suus heres extistere non potest: sicut nec alius quisquis post mortem eius de cuius successione quæritur, conceptus est, quocunque jure civili aut prætorio, & nec ut cognatus succedere potest *l.* 1. § *si quis* 8. *unde cognati*. idque & scriptum est in *l* 6. § 1. *inf. de iniust. test.* post mortem avi conceptum, neque ut suum neque ut cognatum ad hereditatem vel bonorum possessionem admitti. Et in *l. Item.* 8. *de suis & legit.* proximitatis nomine bonorum possessionem his promitti qui cognati fuerint defuncto mortis tempore, quod idem in *l. Titius* 6. *eod. tit.* traditur. Atquin diximus ad 6. præc deferri hereditatem his qui eo tempore proximi sunt, quo testamentum destituitur: quo tempore isto nepos licet post mortem avi conceptus fuerit, utique proximus est. Sed intelligendum est hoc ita, si & remotis illis obstaculis, & nullo testamento facto, nec alio præcedente mortis tempore, habere potuerit jus succedendi: quod in hoc casu deficit, nam ut JCtus in *d. l.* 6. *Titius* 6. L. XII. tabb. eum vocat ad hereditatem, qui moriente eo de cuius bonis quæritur, in rerum natura fuerit. Hic tamen nonnullam iniquitatem notat Joha. Faber: nimirum ut intelligo, ut tantum momenti in brevi interstitio temporis ponatur, ut nepos admittatur etiam tanquam suus, si modo unico die, quin & hora ante patris mortem conceptus fuisset, qui unica forte horula post conceptus omnino excluditur. Sed hoc facit ratio juris. Et nimirum adeo hic nepos non potest ab intestato & jure suo venire ad avi successionem: ceteroquin ex persona patris poterit uti querela, & præparata olim quidem, hodie etiam si non præparaverit eam patet *l. si quis* 34. *C. de inoffi. testam.*

Sed nec ille.] Adoptatus iis coniungitur & adgnatus cognatusque fit, quibus adoptans agnatus est, *l. qui in adopt.* 33. *de adopt.* cum adeo emancipatus non sit agnatus patri suo, ideo nec ab eo adoptatus. fit avo & patri eius loco nepotis *h.* §. & *l. quem* 26 *de adopt.* Et vix adeo ratio dubitandi erat, quin nepos nullo modo ut suus admitti posset, cum nec cognatus quidem sit avo. Itaque apparet Justinian. hoc exemplo & simili voluisse illustrare, quod de nepote post mortem avi concepto dixerat, & utrosque inter se comparare.

Hi autem cum non sint sui.] Verbum SUI non agnoscunt Contius & Hottoman. sed potest ferri: siquidem hactenus de suis egit Justin & egisse se in extremo huius §. profitetur. Hæc, inquit, de suis heredibus.

Quantum ad hereditatem.] Recte non additum est, quoniam quo ad prohibitionem nuptiarum liberorum loco sunt, & utique sanguine conjuncti sunt iis qui descendunt ab avo, aut alias ei cognati fuerunt. Itemque quo jus patronatus *l. Paulus* 47. §. *Paulus* 1. *de bon. libert.* Et hoc quo ad eos qui post mortem avi concepti fuerunt: nam quoad adoptatos ab emancipato non potest ea res inducere prohibitionem nuptiarum.

Nec quasi proximi cognati.] Adduximus paulo ante textus quibus hoc probatur: nec pro cognatis istos haberi, nec jure prætorio ad successionem admitti.

TEXTVS.

9. Emancipati autem liberi Iure civili nihil juris habent: neque enim sui hæredes sunt, qui in potestate parentis esse desierunt: neq; ullo alio jure vocantur per L. XII. tabularum: sed prætor naturali æquitate motꝰ, dat eis bonorum possessionẽ;

heredis habeat: prætor enim emancipatos inter suos, & perinde ut suos vocat, utrumque hoc scriptum etiam est in *l. liberi 4. unde lib.* Et prætor ex humanitate liberis rursus à patre adoptivo emancipatis seu conservare seu restituere voluit, ut patri naturali ante cuius mortem ab adoptivo patre emancipati fuerunt, succedere possent: quoniam in patris adoptivi bonis, nullum amplius jus habent: siquidem agnatio & conjectio contracta per solam adoptionem & legem, secuta emancipatione penitus dissolvitur, ita ut hi plane sint extranei patri quondam adoptivo, etiam prætorio jure, ut traditur § *seq.* & de his JCtus in *l. 4. unde liber.* quod nomen liberorum amittant per emancipationem: dissolutis juribus adoptionis *l. 1. §. liberos 6. eod. tit.* & finita potestate patris adoptivi, nullum ex pristino remanere soleat vestigium *l. in omni 13. de adopt.* Idque omnimodo verum est, ut nullum jus filius emancipatus in quondam patris adoptivi extranei bonis habeat, quandocunque fit emancipatus: sive ante mortem patris naturalis, sive post eam fuerit emancipatus. Sed multum interest, quo ad jus emancipati filii in bonis patris naturalis. His enim, ut ad *pr.* §. diximus, conservat prætor jus succedendi, qui jam tempore quo pater naturalis moritur rursus facti fuerunt sui juris: non autem iis qui post demum emancipat. fuerunt *h. §. vers. post mortem:* & mox in *vers. quod ideo,* reddit rationem, ne in potestate patris adoptivi sit, ad quos bona patris naturalis pertineant: quod futurum esset, si illo quandocunque post mortem patris naturalis emancipante, filius ad bona patris naturalis regressum habere possit. Ratio directa hæc est: quoniam cum filius sui juris est, nec in familia aliena eo tempore, quo pater naturalis moritur, prætor concurrit cum L. XII. tabb. & impedit, ne lex solidum tribuat suo, exclusa emancipatione: tum enim defertur hereditas. Atquin ubi eo tempore, filius adhuc est in potestate patris adoptivi, prætor nullum ei auxilium præbet: atque ita fit ut bona patris naturalis tota & in solidum, aut aliis liberis, aut etiam agnatis deferantur: qui effectus legis, cum jam impletus sit, & bona aliis plene adquisita, non potest hoc post ex accidenti, emancipato demum filio retractari: nec bona iis auferri, quibus semel plene jam fuerint adquisita: prorsus non potest de novo tum deferri hereditas: nec insuper injuria fit filio, qui & sponte se arrogandum dedit, & volens etiam fuit emancipatus: nam ut sup tractavimus ad §. *præterea. Quib. mod. jus pot. solv.* inviti liberi non emancipantur: adde quæ dicemus ad § *adrogando 13. inf. h. t.* Ait Justin.

In adoptionem.] Non in specie dictam, sed in arrogationem: qui agitur de eo qui sui juris est, qui est objectum adrogationis, juxta §. 1. *de adopt.*

Patris naturalis.] Ultro perspicuum est, intelligi eum, qui filium ex legitimo matrimonio susceptū, emancipavit, qui opponitur patri adoptivo.

Nihilo magis liberorum gradum.] Bene liberorum: agnatorum autem emancipatione amittitur tamen tertio gradu (ut loquitur Justin. rectius enim dicuntur *ordines* successionis) inter cognatas juxta §. *admonendi 13. in f. h. t.*

TEXTVS.

II. Minus ergo juris habent adoptivi filii quā naturales. Namque naturales emancipati beneficio prætoris liberorum gradum retinent, licet jure civili perdant. Adoptivi vero emancipati, & jure civili liberorum gradum perdunt, & à prætore non admittuntur: & recte. Naturalia enim jura, juris civilis ratio non potest perimere: nec quia desinunt esse sui heredes, possunt desinere filii filiæve, aut nepotes neptesve esse. Adoptivi vero emancipati extraneorum loco incipiunt esse, quia jus nomenque filii quod per adoptionem consecuti sunt, ratione alia civili, id est, emancipatione, perdunt.

COMMENTARIUS.

QUÆ ad explicationem huius §. pertinent diximus ad §. *prec.* Nihil enim hic §. continet quam differentiam liberorum naturalium & adoptivorum, utrorumque emancipatorum. Illi manent liberi naturali jure, sive natura: itaque à prætore admittuntur ad successionem patris: siquidem emancipatio civile inventum non facit, quo minus maneant filii & filiæ natura. Atquin adoptio ipsa civile commentum est *l. fideicomm. 66. de cond. & dem.* itaque jus per eam quæsitum, penitus emancipatione extinguitur: & proinde nec prætor eos ullo modo ad successionem quondam patris adoptivi admittit: quæ hujus §. summa est. Et ita quoque in *§. ult. sup. de legit. agn. tut.* Justinianus, civilis, inquit ratio, civilia jura corrumpere potest, naturalia vero non potest.

TEXTVS.

12. Eadem obſervantur & in ea poſſeſſione bonorum, quam contra teſtamenti parentis tabulas liberis præteritis (id eſt neque heredibus inſtitutis, neque ut oportet, exheredatis) prætor pollicetur. Nam eos quidem qui in poteſtate mortis tempore fuerint & emancipatos, vocat prætor ad eandem bonorum poſſeſſionem: eos vero, qui in adoptiva familia fuerint per hoc tempus, quo naturalis pater moreretur, repellit. Item adoptivos liberos ab adoptivo patre emancipatos, ſicut nec ab inteſtato ita longe minus contra tabulas teſtamenti ad bona eius admittit: quia deſinunt in numero liberorum eius eſſe.

COMMENTARIVS.

COllatio bonorum poſſeſſionis ab inteſtato, cum bonorum poſſeſſione contra tabb. teſtamenti patris. Prætor liberis emancipatis præteritis à patre propoſuit bonorum poſſeſſ. cont. tabb. id eſt, ſi nec inſtituti eſſent nec exhæredati, *ut oportet*: quoniam quomodo jure civili inſtituendi erãt ſui, filii ſcilic. nominatim filiæ & nepotes inter ceteros: in *pr. ſup. de exhered. lib.* ita & ipſe voluit exheredari emancipatos, & niſi factum eſſet, bonorum poſſeſſ. contra tabulas illis pollicitus eſt § *emancipatos* 3. *d. t.* Et primo quidem pro emancipatis hanc bonorum poſſeſſionem introduxit, qui alio remedio deſtituebantur, neque ut ſui, teſtamentum nullum dicere poterunt: poſtea autem etiam ſuis præteritis, qui nollent nullitatis arguere teſtamentum paternum, idem remedium conceſſit *l. 1. in prine. de bon. poſſ. cont. tabb.* § *ſunt autem in pr. in f. de bon. poſſ.* Jam comparatio huius bon. poſſeſſionis, cum ea quæ ab inteſtato competit in hoc conſiſtit, quod pariter & emancipatos & ſuos ad hanc quoque admittit. Deinde in duobus aliis quæ hoc §. proponuntur: tum quod hanc quoque bon. poſſeſſionem non dat liberis qui mortis patris naturalis tempore fũt in aliena familia, *h.* §. *verſ. nam eos.* quia habent ſuum patrem: quod & teſtatur Juſtin idem *in l. pen. C. de adop. poſt pr.* tum quod emancipatis à patre adoptivo, contra huius teſtamentum eam non concedit *h.* §. *in f.* ex rationib. ante dictis, quia amplius liberorum loco non ſunt. Et ut eſt in *f. huius* §. longe minus hanc dat, quam illam ab inteſtato; quoniam difficilius eſt, ut permittatur everſio teſtamenti. Unde & Juſtin. qui adoptato ab extraneo reſervavit jus ab inteſtato ſuccedendi, tamen bon. hanc poſſeſſionem ei omnino negat *d. l. pen. C. de adopt.* § *ſed on* 14. *infr. h. t.*

TEXTVS.

13. Admonendi tamen ſumus, eos qui in familia adoptiva ſunt, quive poſt mortem naturalis parentis ab adoptivo patre emancipati fuerunt, inteſtato parente naturali mortuo, licet ea parte edicti, qua liberi ad bonorum poſſeſſionem vocantur, non admittantur, alia tamen parte vocati, ſcil. qua cognati defuncti vocantur. Ex qua parte ita admittuntur, ſi neque liberi ſui hæredes, neque emancipati obſtent, neque ullus agnatus quidem interveniat. Ante enim prætor liberos vocat tam ſuos hæredes quam emancipatos, deinde legitimos hæredes, tertio proximos cognatos.

COMMENTARIVS.

LImitatur quod hactenus dictum eſt, emantipatos à patre naturali, qui ſe adrogandos dederunt, dum adhuc in adoptiva familia ſunt, aut ſi ex patre adoptivo poſt mortem patris naturalis rurſus emancipati fuerint ad patris naturalis ſucceſſionem nec jure prætorio admitti, ut ſcil. nec admittantur inter liberos ſive ſuos, ſive emancipatos alios: nec cum agnatis, ſed tum demum tertio ordine cum cognatis, imo ut ceteris cognatis præferantur. Et nimirum prætor tres ordines fecit ſuccedendi, liberos, agnatos, cognatos: ita ut agnatos licet remotiori gradu, cognatis proximioribus præferret: quod dediſſe videtur juri civili, quod agnatos ſolos omnibus excluſis cognatis vocabat. Et iſtud quidem quod hic proponitur, perſpicuã habet rationem, ut tertio ſaltem ordine admittantur: quoniam licet in adoptiva familia ſint, & nec liberorum amplius rationem habeant, quo adjuti ſuccedendi ratione patris naturalis: licet etiam per emancipationem agnati eſſe deſierint, ut

proinde

proinde ex duobus prioribus capitibus admitti nō poſſint : at utique cognati patri ſuo & ceteris manent, & jus hoc cognationis retinent, *l. 1. §. cognationem 4. verſ. eveniet, unde cognati.* Itaque mihi valde inſubtiliter alter caſus adjici videtur, de adoptatis, poſt mortem patris naturalis emancipatis ad hāc poſſeſſionem ex tertio capite admittendis, quippe quæ illis etiamnum exiſtentibus in aliena familia defertur, nec jus quod habent ad bona patris naturalis per hanc emancipationem minuitur, ſed magis augetur. Ceteroquin niſi illis adhuc in familia aliena deferretur, non poſſet illis demum poſt mortem patris naturalis emancipatis, jure jam aliis quæſito deferri, ut diſputavimus *at §. adhi 10. ſup h.t.* Juſtin. autem *N. 118. cap. 3.* hac in re totum jus vetus mutavit, & differentiam agnationis & cognationis ſuſtulit, ſecundum quod jus, hi utique de quibus hic agimus, cum agnatis, imo propter prærogativam gradus ante ceteros agnatos & cognatos omnes vocabuntur. Alias quoque per *l. pen. C. de adopt.* iſtud jus circa adoptatos mutatum eſt, quod proponitur *in §. ſeq.*

TEXTVS.

14. Sed ea omnia placuerunt quidem antiquitati, aliquam autem emendationem à conſtitutione noſtra acceperunt, quam ſuper his perſonis expoſuimus, quæ à patribus ſuis naturalibus aliis in adoptionem dantur. Invenimus enim nonnullos caſus, in quibus filii & parentum naturalium ſucceſſionem propter adoptionem amittebant, & adoptione facile per emancipationem ſoluta, ad neutrius patris ſucceſſionem vocabantur. Hoc corrigentes ſolito more, conſtitutionem ſcripſimus, per quam definivimus : quando parens naturalis filium ſuum adoptandum alii dederit, integra jura omnia ita ſervari, atque ſi in patris naturalis poteſtate permanſiſſet, nec adoptio penitus fuiſſet ſubſecuta : niſi in hoc tantummodo caſu, ut poſſet ab inteſtato ad adoptivi patris venire ſucceſſionem. Teſtamento autem ab eo facto, neque jure civili, neque prætorio, ex hæreditate eius aliquid perſequi poteſt : neque contra tabulas bonorum poſſeſſione agnita, neque inofficioſi querela inſtituta : cum neque neceſſitas patri adoptivo imponatur, vel hæredem eum inſtituere, vel exhæredem facere, utpote nullo vinculo naturali copulatum, neque ſi ex SConſulto Sabiano ex tribus maribus fuerit adoptatus. Nam & in eiuſmodi caſu neque quarta ei ſervatur, neque ulla actio ad eius perſecutionem ei competit. Noſtra autem conſtitutione is exceptus eſt, quem adoptandum parens naturalis ſuſceperit : utroque enim jure tam naturali quam legitimo in hanc perſonam concurrente priſtina jura tali adoptione ſervamus, quemadmodum ſi paterfamilias ſe ſe dederit adrogandum, quæ ſpecialiter & ſingulatim ex præfatæ conſtitutionis tenore colligi poſſunt.

COMMENTARIUS.

1 *Adoptati etiam extranei ius in ſucceſſione ab inteſtato.*

2 *De SC. Sabiniano, & adoptato ex tribus maribus.*

NImis prolixe hic proponitur jus novum circa adoptatos, ex *l. pen. C. de adopt.* cuius & meminit ſupra *§. ſed hodie de adopt.* In ſumma diſtinguitur, an adoptaverit (adoptione in ſpecie ſumpta) extraneus, an parens naturalis. Et nimirum avus maternus † aut etiam paternus ſi nepos poſt emancipationem ſit conceptus & natus: extra hūc vel hos omnes reliqui hac in quæſtione habentur extranei. Et adoptante naturali parenti nihil mutatum eſt. Adoptante extraneo, nomine tenus fere adoptio eſt, cum adoptatus nec in familiam nec in poteſtatem patris adoptivi & pene imaginarii tranſeat, ſed omnia jura ei ſerventur integra apud patrem naturalem : excepto hoc ſolo, ut ab inteſtato patri adoptanti ſuccedere poſſit. Ceteroquin contra teſtamentum factum, nec præteritus nec exheredatus, nec prætor nec civili jure ullum remedium habeat : neque ſcil. teſtamentum

Digitized by Google

aut nullum dicere, aut per querelam inofficiosi sive bonorum possessionem contra tabb. impugnare possit. Rationem juris huius ipse in pr. §. reddit Justinian. quia inveneritcasus, quibus adoptatus & patris naturalis & adoptivi successione fraudabatur: nimirum si post mortem naturalis patris fuisset emancipatus: juxta §. *at his* 10. *sup. h. t.* adeoque videtur, dum ait, *nonnullos casus*, numerum pluralem posuisse pro singulari: nec enim alius casus apparet. Sed quod ad ius succedendi ab intestato attinet, ait diserte *Iustin. in l. pen. C. de adopt.* §. 1. *in fin.* quod hactenus habeat jus sui hæredis. Adeoque (quod tamen absurdum videtur cum pene extraneus sit) concurret æqualiter cum liberis legitimis & naturalibus: & patrem quoque excludet: de quo v. autores aliquos citatos *ab Angelo hic*. Illud utique ex N. 118. *cap.* 3. pro limitatione addendum erit, ut concurrant tantum cum ex d N. utrinque conjuncti excludant consanguineos uterinos, multo magis hunc excludent adoptatum: qui ad summum pro consanguineo tantum potest haberi: nec plus etiam ex ratione juris veteris consequebatur. Ait Justin.

Sed ea omnia.] Non tantum ad adoptatos hoc referendum est, sed etiam ad alia, ut patet ex §. *seq.* nam quod ait emendationem aliquam accepisse fortassis non tantum ad constitutionem *in l. pen. C. de adopt.* sed etiam ad emendationem juris quæ *in* §. *ult.* proponitur referendum est, quæ sane de nepotibus ex filiabus, excluso jure veteri nihil dum in præced. egit itaque rectius, istud ad adoptatos tantum refertur.

Quæ à patribus suis dantur.] Agit enim de adoptione in specie dicta: cuius obiectum sunt, personæ non sui juris, sed patris potestati subjectæ, cujus autoritate dantur in potestatem alienam.

Solito more corrigentes.] Utinam illud solitus facere non fuisset: melius cum jure nostro ageretur: correctiones enim istæ totam & omnem pene rationem juris conturbarunt.

Utpote nullo vinculo naturali.] Non bona est hæc illatio: Non est copulatus vinculo naturali: ergo non necesse est eum hæredem instituere &c. quoniam vinculum quod à lege est, huius effectum inducere potest: idque ex jure veteri apertissimum est, in adoptivis liberis: sed & hodieq; idem ius relinquit Justin. in adrogatis, qui itidem nullo vinculo naturali sunt copulati: & ut est *in l. 1. de adopt.* filios f. non solum natura sed & adoptiones faciunt. Nec illa quæ statim præcedit bona illatio est: non necesse est illos exhæredare vel instituere. Ergo non habent querelam inofficiosi, nec bonorum possessionem contra tabb. Nam nec mater liberos, nec liberi parentes habent necesse aut exheredare aut præterire, quibus tamen remedia legitima contra testamenta eiusmodi cõpetunt.

Ex Sabin. SCto, ex tribus maribus.] Quale SCtum illud fuerit, & qualis adoptio hæc, quam ex tribus maribus vocat Justin. non satis perspicuum, imo obscurum est Rævard. *c. 6. de auth. prud.* putat legendum esse, emancipationibus seu mancipationibus tribus. Sed magis ad literam ante eum, *Alc. 4 parerg. 3.* ex tribus marib. recte tamen ut opinor reprehensus à quibusdem & à *Connano 2. comm. 15.* ex hac solida ratione, quod ut explicavimus *ad pr. tt. de adopt. sup. lib. 1.* in omni adoptione olim tres mancipationes interveniebant: hic a. de singulari casu tractatur. Sed huius explicatio longe absurdior & ineptior est, ut intelligatur, qui adoptatus est post tres mares, & ita in quartum filium. Quæ explicatio tum est alieniissima à verbis *ex tribus maribus*: tum & hinc improbabilis, quod nec probabile est eum adoptasse, qui tres liberos & eos quidem masculos habebat: neque erat ulla ratio, cur huic quarto beneficium speciale daretur: Theoph. hic exponit textum simpliciter, cum Justiniano, si quis fuisset ex tribus maribus adoptatus, ei ex Sabiniano SCto quartam fuisse relinquendam: sicut & arrogato impuberi quarta ex Pii sanctione debebatur: quod ipsum adfert, & nihil præterea *Ant. Aug. de SC. pap. Rom.* & præterea nihil quoque *Cuiac. in l. ult. C. de decur.* ubi ipse tamen videri vult hanc rem belle explicasse. Referri hæc inter privilegia patrum oportet, qui fœcundo matrimonio dedissent reipub. cives tam multos. Et jejuna est obiectio Connani d. loco. Cur non, inquit, si ex duob. fuerit adoptatus eodem gaudebit privilegio: cur non si ex quatuor aut quinque, prorsus inepte. Nec vero dubitari debet, quin idem juris obtinuerit, si pater qui plures tribus maribus habuerit, unum in adoptionem dedisset: & scil. fit mentio trium ut minimum tres esse oportere intelligamus, & notissimũ est, quod tres liberos nũ duos, habentib. multa olim erant concessa privilegia. ita ut Impp. hoc singularis beneficii loco concedere petentibus & non habentibus liberos solerent: Itaque inepte quærit Conn. cur non idem ius fuerit, ubi ex duobus maribus unus adoptatꝰ fuit. Facit huc quod habetur *in C. Theod. sub. tit. de decurionib.*

nimb. lib. 12. l. si quis 132. Si tres matres filios fuſcepe-rit, unum eum dare Senatui non vetari : quo re-ſpicit *l. ult. C. de decurion.* ubi Juſtin. propoſitis mo-dis quibuſdam qui liberabant à curia (quoniam grave erat onus decurionum) reliquos improbat, & hunc quoque quo patri ex maribus tribus per-miſſum erat unum ſenatui maximo ſociare. Itaq; apparet hoc unum fuiſſe ex privilegiis patrum: quod privilegium velim etiam replicatum eſſe à Cuiac. *in d. l. ult.* & quid ſit *ſenatui dare*, ut eſt *in Cod. Theod.* vel ut loquitur Juſtin. *ſenatui maximo ſociare* Nam cum ſenatus maximus non poſſit alius in-telligi quam qui Conſtantinopoli eſt vel Romæ, ut cuivis decurionum, quorum in repub. magnus erat numerus, ex tribus filiis unum, liceret facere ſenatorem, abſurdiſſimum ſit, niſi intelligas, quod ex tribus liberis (poſitis termini habilibus) unus poterit fieri ſenator cum alias liberi decurio-num, iisdem decurionatus oneribus manerent perpetuum obnoxii, ſed hæc ſunt extra rem no-ſtram.

TEXTVS.

15. Item vetuſtas ex maſculis progenitos *plus* diligens, ſolos nepotes, qui qua ve ex virili ſexu deſcendunt, ad ſuorum vocabat ſucceſſionem, & jure agnatorum eos an-teponebat: nepotes a qui ex filiabus nati ſunt, & pronepotes, qui ex neptibus, co-gnatorum loco connumerans, poſt agna-torum lineam eos vocabat: tam in avi vel proavi materni, quam in aviæ vel proaviæ, ſi ve paternæ ſive maternæ ſucceſſione. Di-vi autem Principes non paſſi ſunt, talem contra naturam injuriã, ſine competenti e-mendatione relinquere: ſed cum nepotis & pronepotis nomen ſit utriſq; cõmune, tam qui ex maſculis, quã qui ex fœminis deſcen-dũt, ideo ordinem & gradũ eundẽ ſucceſſio-nis eis donaverunt, ſed ut amplius aliquid ſit eis, qui non ſolum naturæ, ſed etiam ve-teris juris muniuntur ſuffragiis, nepotum vel neptum vel deinceps, de quibus ſupra diximus, portionem, paulo minuendam eſſe exiſtimaverunt: ut minus tertia parte acciperent, quam mater eorum vel avia fuerat acceptura: vel pater eorum, vel avus paternus ſive maternus, quando fœmina mortua ſit, de cujus hæreditate agitur: iisque, licet ſoli ſint adeuntibus, minime vocabant agnatos. Et quemadmodum Lex duodecim tabularum, filio mortuo nepotes vel neptes pronepotes vel prone-ptes in locum patris ſui, ad ſucceſſionem avi ſui vocat, ita & diſpoſitio principalis in locum matris ſuæ vel aviæ, eos cum jam de-ſignata partis tertiæ deminutione vocat.

COMMENTARIUS.

1 *Incepta ratio Juſtiniani & falſa aſſertio.*
2 *Alia ejusdem generis ratio.*
3 *Aliud vitium hujus diſputationis.*
4 *Emendatio l. 4. C. Theod. de legit. hæred.*
5 *Obſervandum aliud mendum*, in h. §.

CErtum eſt, jure XII. tabb. tantum ad ſucceſſio-nem, primo loco, ſuos, poſt agnatos, & nul-los præterea vocatos, & qui ſolum cognati eſſent, penitus excluſos fuiſſe: quoniam L. XII. tabb ad eos qui ejuſdem familiæ aut gentis eſſent devolvi voluit hæreditates. Et itaque quoniam ex filiabus progeniti in aliena familia erant, & à reliquorum ejus familiæ, ex qua exierant in alienam ſucceſſi-onibus penitus erant excluſæ: ita ut juxta hunc §. nec nepotes ex filia avo ſuo materno poſſent ſuc-cedere: nec tantum à liberis maſculis defuncti vel qui ex maſculis deſcenderant, ſed & ab omnibus agnatis excluderentur & demum ex edicto præ-toris inter cognatos tertio loco admitterentur, quod refertur *in pr. hujus §.* ſiquidem filia extra fa-miliam cum eſſet, nec ipſi agnati eſſent liberi jus ullum ſuitatis aut agnationis in liberos ex ſe natos tranſmittere non poterat. Et ait Juſtin. vocatos hos nepotes neptesve fuiſſe poſt lineam agnatorum tam in avi vel proavi materni, quam in aviæ vel proaviæ, ſive paternæ ſive maternæ ſucceſſio-nem.

Agitur enim de hæreditate aſcendentis, & hujus aut maſculi, qui nepotibus aut pronepotib⁹ de quib⁹ tractamus, eſt avus vel proavus matern⁹

Et nepotes quidem non possunt alii poni nisi qui nati sunt ex fœmina: sed quod ad pronepotes nihil interest, an ex fœmina nati sint an ex masculo, videlicet, nepote ex filia. Aut agitur de successione fœminæ, quæ est in linea ascendente, aviæ scili. vel Proaviæ, ubi non interest an sit avia materna vel paterna, veluti patris vel avi mei mater: quoniam filius matri nec suus nec agnatus est: itaque ex L.XII. tabb. matri non succedebat: & SCto demum Orphitiano jus succedendi datum est liberis primi gradus, ut tantum filij & filiæ matri succedere possent, non etiam nepotes aut pronepotes, § 1. *inf. de SCtum Orphit.* Et recte igitur ait Justin. etiam ubi de proaviæ vel aviæ maternæ vel paternæ hæreditate agabatur, nepotes aut pronepotes liberorum jus non habuisse, sed demum tertio loco & ex ea parte edicti prætoris, quæ cognatos vocabat, fuisse admissos. Hæc est prima pars hujus §. quæ refert jus antiquius.

Sequitur altera pars *in verf. Divi autem*, qua refert Justin. quid & quatenus per principum (recentiorum sc. & Constantinopolitanorum) constitutiones, in jure illo veteri fuerit mutatum. Et in initio duplicem insinuat rationem, propter quam jus istud vetus merito fuerit mutatum. Prima est, quia jus vetus fuerit injuriosum in naturam: quomodo idem Justin. *in l. ult. C. de liber. prater.* maximum vitium hoc appellat antiquæ legislationis, quod differentiam fecerit inter masculos & fœminas, & eos qui ita statuerunt, accusatores na-

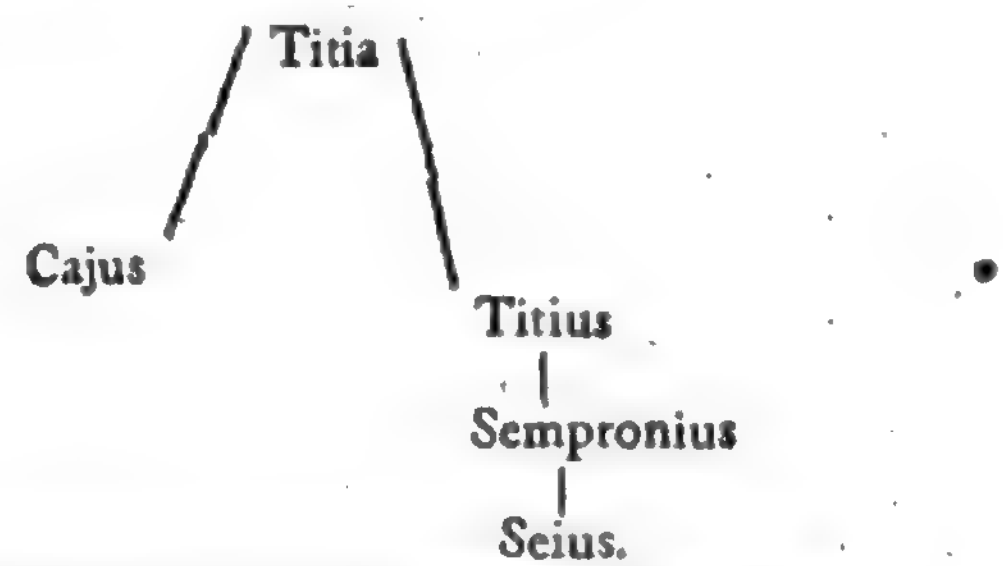
1 turæ esse dicit: sed mirum † sane sit tot prudentissimos viros, tot seculis illam injuriam naturæ non deprehendisse, donec tandem Græculi illi & effœminati Impp. cornicum oculos confixerint. Quid vero de lege Voconia, quam commendat *Gell.* 20. *cap.* 1. diceret Justin. quæ nec filias passa est à patribus hæredes instituí, summa ratione jus hoc nititur, quod vult, ut hæreditates ad masculos confluant, ut loquitur Justin. *in §. ceterum* 3. *tit. seq.* & rationi hoc omnium gentium bene institutarum convenit, hoc agere, ut splendor & dignitas familiarum conservetur: quæ sine bonis & pecunia conservari non potest: fœminæ autem extra familiam sunt. Et cum mortales sint omnes, quisque hoc agere videtur, ut per generationem prolis nomen suum quasi consecret immortalitati: atquin filiæ aliis & alienæ familiæ liberos pariunt: quæ ut bona alieno sudore parta in alienam transferant familiam; indignum est. Ratio etiam œconomica hic militat: quod mulieres dotatæ & divites sint feroces, superbæ, & in ipsos viros affectant imperium: & omnino, ut ille apud Plautum ait, mactant & malo & damno viros. Et ipsa Lex Dei filios quoque filiabus præponit *Num.* 27. *vers.* 8. Et suavis est ratio Justin. *in d. l. ult. C. de lib. prater.* quod ita accusetur natura, quare non omnes masculos generaverit, &c. non enim si etiam fœminarum opera in generatione necessaria est propterea earum rationem in successione haberi oportet: multo minus ex illis descendentium, qui suum patrem & suam propriam habent familiam. Sed hæc est Legislatio hominis, quam vel ex Procopio constat servitutem servivisse imperiis uxoris: in cujus etiam nomen (quod indignum est (magistratus jurare voluit, N. 9. nec dubitem ego hoc appellare vitium legislationis Justinianeæ: quod si evagari liceret non tantum ex rationibus solidissimis, sed etiam ex communissimo Interpp. nostrorum assensu confirmarem: dum tractant & probant statuta Italiæ, quibus à successionibus fere fœminæ & cognati excluduntur.

2 Altera ratio qua utitur Justin. est à nomin: † quod nepotis & pronepotis nomen commune sit utrisq; tam qui ex masculis quam qui ex fœminis descendũt. Quæ nimis insulsa & puerilis ratio est, nec digna confutatione: ut à generali communione nominis argumentemur ad inducendũ æquale jus inter nos, quos ipsius rei ingens diversitas disjungit, quæ à suitatis & familiæ ratione dependet. Quod si nomẽ accipiamus pro jure, ut Wes & ineptam exceptionem dabimus, & mera futura erit principii petitio, quod idẽ sit jus utrorumq; nepotũ. Nolo ista plurib. exagitare, & videamus jã quid isti Principes cõstituerint. Ait dona esse nepotib9 ex filiabus & ceteris de quib. hoc §. agitur, eundẽ gradũ & ordinẽ successionis: id est, ut cũ aliis succedere possint, qui à L. XII. tabb. vocantur: sed non tamẽ ut æqualiter concurrerent, quod ob reverentiã juris veteris ita statutũ scribit, ut aliquando plus haberent qui jure veteri plane hos nepotes vel neptes excludebant: ut nimirum admittantur cum diminutione tertiæ partis, quæ adcrescat illis, qui prærogativa veteris juris nituntur. Quod ita constituerunt, *Valent. Theod. & Arcad. in l. si defuncta 4. Theod. de legit. har.* quem constitutionem sed mutilatum, ut mox dicemus, transtulit Tribon. in Cod. Justin. *in l. 19. C. de suis & legit.* Ita v.c si in successione avi materni nepos & filia concurrat cum avunculo, vel cum nepote ex filio, nepos ille ex filia tantum tricentẽ habebit hereditatis nam de semisse tertia pars & duæ scil. unciæ diminuntur & detrahun-

trahuntur: Atque ita Juſtin conſtituiſſe ait principes ut minus tertia parte acciperent, quam mater eorum vel avus paternus ſive maternus, quando fœmina mortua ſit, de cuius hereditate agitur. Quę verba pleniorem aliquam explicationem deſiderant. Ait.

Minus tertia parte, quam mater eorum.] Ubi de ſucceſſione maſculi mortui agitur, & ſcil. avi materni: quoniam filia quæ patri agnata eſt, æqualiter cum fratribus ſuis ſucceſſiſſet: & æqualem partem abtuliſſet, de qua minuitur tertia pars liberis eius. Idemque ratio eſt ſi de pronepotibus quæratur, & de ſucceſſione proavi materni, ex cuius bonis ſuis æqualem partem ſine diminutione accepiſſet. Neque intereſt an qui hinc ex virili fœmineo ſexu veniunt, ſint pari an inæquali & impari gradu: illi enim ſemper his detrahunt tertiam. Dicimus ex fœmineo ſexu, ratione ſtirpis; nam ubi de ſucceſſione proavi materni quærimus ſtirps ex cuius perſona pronepotes veniunt, eſt fœmina, & proavi materni filia, nec adeo intereſt, an pronepotes veniant, ex fœmina an ex maſculo, filiæ illius filio, & ſic nepote ex filia. Ait

Vel pater eorum vel avus paternus ſive maternus.] Hoc, velut mox ſubiicit, cum fœmina mortua eſt, de cuius agitur ſucceſſione. Repetendum eſt a. hoc ex *tit. infr. de SCto Orphit.* quod ad hæreditatem matris eo SCto fuerint admiſſi filii & filiæ tantum, & quidem pleno jure ſine alicuius partis diminutione, ſed liberi ulterioris gradus excluſi. Et ſi decedens itaque reliquiſſet filium aut filiam: ex altero filio vel filia (nihil n. intereſt) nepotes aut pronepotes hi ex SC. Orphit. per illos primi gradus liberos excludebantur: ſed conſtitutiones eos ſimul admiſerunt, itidem cum diminutione tertiæ partis: & dum Juſtin. ait, voluiſſe principes, ut plus haberent, qui ſuffragiis veteris juris muniti eſſent, appellatione veteris juris non ſolum intelligit Leg. XII. tabb. ſed etiam SC. Orphit. quod recentioribus Impp ſane jus vetus fuit. Et cum igitur hoc SC. diſpoſuerit, quomodo ſuccedatur fœminis, apparet huius §. tractationem latius patere, quam inuit & promittit eius principium, quod eſt de his qui ex maſculis progeniri ſunt, & per fœminas deſcendunt: itaque plane confuſim & † contra omnem methodi rationem mox conjungit, caſus quo de avi vel proavi & aviæ vel proaviæ ſucceſſione quæritur, ubi non intereſt, an nepotes ex filio an filia deſcendant. Verum ut explicemus verba textus noſtri; aut quæritur de ſucceſſione aviæ aut proaviæ. Et 1. Fœmina decedens reliquit filium ſive filiam & ex defuncto filio, nepotem: hic concurrens cum illis, patitur diminutionem partis, quam pater ejus ſuperſtes integram erat accepturus. Idemque juris eſt, ſi fœmina illa ex prædefuncta filia reliquerit nepotem: & proinde repetendum eſt, quam pater, *vel mater* fuerant accepturi. Et recte igitur, cum Juſtin dixiſſet *quam mater vel avia*, non adiicit *cum maſculus eſt mortuus*: nam ubi quidem maſculus avus vel proavus mortuus eſt, in his terminis nepotum à L. XII. tabb. excluſorum, tantum poteſt poni caſus matris vel aviæ, quæ L. XII. tabb. ad patris ſucceſſionem admittebantur: ſed quando fœmina eſt mortua, avia vel proavia, non tantum caſus patris vel avi ſed etiam matris vel aviæ locum invenit. Quoniam ex maſculino ſexu deſcendentes omnes quocunque gradu ubi de maſculi ſucceſſione quærebatur, à L. XII. tabb. admittebantur: ſed ex deſcendentibus ex fœminis, ſoli qui primo gradu erant, admittebantur ex Orphit SCto. Ut recedamus unde ſumus digreſſi, hic primus caſus eſt, ubi avia eſt mortua & liberi primi gradus, cum liberis ſecundi gradus, ſive ex filio ſive filia natis concurrunt. Alter caſus eſt, ubi proavia mortua eſt, & cum liberis primi gradus concurrunt pronepotes qui tertio gradu ſunt. Hi patiuntur detractionem partis, quam avus eorum paternus ſive maternus (idem juxta prædicta eſt in avia materna ſive paterna) integram accepiſſent. Exempli cauſa in hoc Schemate.



Prædefunctis Titio & Sempronio, Seius concurrens cum Caio patitur diminutionem partis quam Titius eſſet acceptorus, qui in hac ſpecie eſt Seio avus paternus: Quod ſi loco Sempronij ponas fœminam Semproniam, erit Titius Seio avus maternus. Sin loco Titij ponat fœminam Titiam erit illa Seio avia, & prout in ſecundo gradu ponas fœminam aut maſculum erit Titio aut materna aut paterna, idque Cujac. & Hott adnotarunt poſt verba, *vel pater eorum*, ſupplendum eſſe, *vel mater*: & ſtatim ſupplendum *vel avia paterna ſive materna*, atque etiam hoc explicat Theoph. ſed ut dixi, Juſtin. cum in caſu altero dixiſſet, *mater vel avia* ad

hunc casum voluit repeti. Hæc paulo prolixius tradere visum fuit ad explicationem loci paulo obscurioris, in quo, ut Hott. ait, Justin. ænigmata loqui videtur: & ipse & ceteri quoque Wesemb. alii rem succinctius & ob hoc obscurius proponunt. Atque hæc ita si remotiori gradu liberi concurrant cum liberis primi gradus in successione fœminæ. Quid autem si hinc nepotes, hinc pronepotes concurrant? an hi patiuntur ex ratione juris quod Justin. antecessit detractionem? Hæc quæstio non habet dubium si quæratur de successione masculi, cum ex una parte continua serie ex masculis descendentes concurrunt, cum iis qui descendunt ex fœminis: cum enim illi quocunque gradu vocantur veteri jure ex L. XII. tabb. haud dubie hi cum illis concurrentes patientur detractionem. Atquin ubi de fœminæ successione quæritur, hæc ratio dubitandi est, quod nec nepotes secundo gradu ad successionem aviæ ex SCto Orphit. admittuntur. Et itaque probo sententiam Hottom. hic nepotes & pronepotes concurrentes, succedere æqualiter: Siquidem nullum ex jure veteri prærogativam habent nepotes, qua se contra pronepotes tueantur, & ipsis detrahant partem. Et hoc ipsum tacite videtur innuere Justinianus, dum casum præcedentem, quo ulteriores gradus liberi concurrunt cum liberis primi gradus, separat ab eo, quo talis concursus non est, & ubi soli sunt, videlicet qui remotiori gradu sunt. Neque enim oppositive ad casum illum, existentium liberorum primi gradus, soli tantum dicuntur liberi æqualis gradus, sed etiam inæqualis, ubi alii secundo, alii tertio gradu sunt. Et rursum hic casus non tantum contingit, ubi quæritur de successione fœminæ, sed etiam masculi: veluti si quis v. c. avus decedens, vel etiam respective avus & proavus simul ex filiabus vel neptibus plurib. prædefunctis nepotes neptesve aut pronepotes pronepotesve reliquit. Et hi sane haud dubie & L. XII. tabb. & SC. Orphitiano excludebantur, & agnatis locus fiebat, sed ut Justin. hic refert constitutiones eos etiam solos ad hæreditatem ascendentium vocarunt, exclusis agnatis, ait enim, agnatos non fuisse vocatos. Quod ita accipiendum est, ut agnati non fuerint in solidum vocati: ceterum eos non plane fuisse excluso, sed in quadrantem concurrisse, expressum est in supra citata constitutione *Valent. Theod. & Arcad. in l. si defunctus 4* † *C. Theod. de legit. hared.* Si hic defunctus, inquiunt, habebit ex filia nepotes, & præterea filios non habebit, sed qui præferri nepotibus possint (scil. ex jure veteri) habebit agnatos, in quandam Falcidiam & in dodrantem nepotes jure succedunt: ubi legendum putarem levi emendationi, Hi (scil. agnati) in quandam Falcidiam & in dodrantem nepotes succedent: ut nimirum agnati detrahant nepotibus quartam. neque n. usquam dicitur aut dici potest dodrans, Falcidia, sed Falcidia quadrans est. Et hanc partem constitutionis Tribonianus detraxit, & reliquum tantum inseruit Codici Justiniano *in l. si defunctus 19. C. de suis & legit.* Loquitur quidem *d. l. 4. C. Theod. de legit. hared.* de successione defuncti masculi: quoniam tamen Justin. indistincte de utroque casu loquitur, nisi aperte erroris eum arguere velimus, fateri oportebit, idem obtinuisse in successione fœminarum, quarum liberis primi gradus deferebat successionem SCtum Orphitianum. Et cum illarum nepotes & pronepotes, constitutiones admiserint, cum liberis primi gradus (quos solos vocabat SC.) cum diminutione saltem tertiæ partis, absurdum sit existimare, eos solos existentes ab agnatis fuisse exclusos: Siquidem per sæpe memoratum SCtum agnati per liberos primi gradus excludebantur in solidum.

§ In *fin.* § docet Justin. per † constitutiones principum admissos fuisse nepotes ex filiabus sicut ex L. XII. tabb. admittebantur nepotes ex filiis: hac saltem differentia, quod his tertia pars detrahebatur. Sed rursus non recte hoc proponit tantum de nepotibus ex filia, qui succedunt avo materno, sed addendum erat: quod sicut SC. Orphitian. vocabat liberos ad successionem matris: ita quoque nepotes, per constitutiones, cum diminutione eiusdem partis tertiæ admissos fuisse. Apparet adeo vitiosum esse Summarium, quod huic § præscripsit Pacius. *De descendentibus ex fœminis, si concurrant cum suis haredibus.* hoc enim tantum pertinet ad casum quo agitur de successione masculi: latius autem patere tractationem huius §. probavimus. Et amplius ideo hoc non recte dicitur: quoniam licet hoc §. in terminis, avi mortui, tantum agatur de L. XII. tabb. quæ solum vocabat suos: tamen idem quoque adcommodandum est ad jus prætoris qui vocabat emancipatos ut suos. Itaque si hinc emancipatum filium, hinc ex filia nepotes ponamus: hi procul dubio per emancipatum filium jure prætorio olim excludebantur: quod huic loco omnino est addendum, sed tandem manum de tabula.

TEX-

TEXTUS.

Sednos, cum adhuc maneret dubitatio inter agnatos & memoratos nepotes, quartam partem ſubſtantiæ defuncti, agnatis ſibi vindicantibus ex cuiuſdam conſtitutionis autoritate: memoratam quidem conſtitutionem à Codice noſtro ſegregavimus, neq; inſeri eã ex Theodoſiano Codice, in eo cõceſſimus. Noſtra autem conſtitutione promulgata, ſoli juri ejus derogatũ eſt; & ſanximus: talibus nepotibus ex filia vel pronepotibus ex nepte, & deinceps ſuperſtitibus, agnatos nullam partem ſucceſſionis mortui ſibi vindicare: ne hi qui ex linea tranſverſa veniunt, potiores his habeantur, qui recto iure deſcendunt. Quam conſtitutionem noſtram obtinere ſecundum ſui vigorem & tempora, & nunc ſancimus: ita tamen ut quemadmodum inter filios & nepotes ex filio antiquitas ſtatuit, non in capita ſed ſtirpes dividi hæreditatem; ſimiliter nos inter filios & nepotes ex filia, jubemus fieri diſtributionem, vel inter omnes nepotes & neptes, & inter pronepotes & proneptes, & alias deinceps perſonas ut utraq; progenies matris vel patris, aviæ vel avi portionem, ſine ulla diminutione conſequatur: ut ſi forte unus vel duo ex una parte, ex altera tres aut quatuor extent: unus aut duo dimidiam, alteri tres aut quatuor alteram dimidiam hæreditatis habeant.

COMMENTARIVS.

IUſtinianus amplius quam fecerant anteriores principes, jus nepotum adauxit: & quartam ademit agnatis, quam habebant antea in bonis defuncti, ubi nepotes ex filia, in caſu ſucceſſionis maſculi, vel ſimpliciter nepotes aut pronepotes, ubi fœmina mortua erat, ſupererant. Utitur hac ratione, ne qui veniunt ex tranſverſa linea, his habeantur potiores, qui recto jure deſcendunt: parum ſubtiliter: neque enim qui tantum conſequuntur quartam, potiores poſſunt dici iis, qui habent dodrantem. Itaque dicere debebat; ne qui ex tranſverſa ſunt linea, concurrant cum iis; qui veniunt ex linea recta: quamvis ex rationibus dictis ad §. præced. in iſto concurſu nihil ſit abſurdi. Tum ſubiici; in concurſu hæreditatem non in capita, ubi plures v.c. ex una filia ſunt nepotes, ſed in ſtirpes dividi debere. Et potuit in concurſu nepotem ex pluribus filiabus hæc ratio dubitandi eſſe, quod ipſi veteri jure excluſi non tam repræſentationis, quam proprio jure ex novis conſtitutionibus venire videbantur ad ſucceſſionem. Sed enim poſtquam hoc illis jus datum eſt, ad inſtar nepotum ex filiis, rationis eſt, ut eodem modo hæreditas dividatur. Et hoc quoque §. Juſtin. confuſim agit de ſucceſſione maſculi & fœminæ. Nam in *verſ. noſtra*, in verbis *talibus nepotibus ex filia* intelligit proculdubio eos qui volunt ſuccedere avo materno, & mox in *verſ. ſimiliter.* in verbis, *inter filios & nepotes ex filia*, ita ut de his tantum agere videatur, verum paulo inferius *in verſ. ut utraque* ibi, *matris vel patris aviæ vel avi.* neceſſum eſt intelligi caſum, ubi quæritur de ſucceſſione fœminæ: Siquidem neptis ex filio avo paterno ex veteri jure XII. tabb. ſuccedit: itaque oportet intelligi tum quæri de ſucceſſione aviæ, cum neptis dicitur ex beneficio conſtitutionum & Juſtiniani capere partem quam pater eius acceperat.

Cum porro *in pr.* §. proponat de quarta quam agnati detrahebant nepotibus, & hanc ſe ſuſtuliſſe profiteatur, conſequenter etiam ſatendum videtur, quod in h. §. tantum tractetur caſus, quo nepotes vel pronepotes ſoli ſunt, vel inter ſe concurrunt, aut ex filia tantum filiabusque ubi agitur de ſucceſſione maſculi: aut qualeſcunque nepotes & pronepotes ſoli, cum agitur de ſucceſſione fœminæ. Nam ubi cum nepotibus ex filia concurrebant olim circa ſucceſſionem maſculi, filii, vel ex filio nepotes: vel circa ſucceſſionem fœminæ cum liberis primi gradus concurrebant nepotes vel pronepotes, nullus plane locus erat agnatis ſed illic filii aut nepotes ex filio, hic liberi primi gradus ceteris tertiam detrahebant. Et conſequẽter mutatio hujus §. tantum pertinebit ad caſum priorem, ubi nulli ſuperſunt, qui ex L. XII. tabb. vel SCto Orphitiano, ſoli vocabantur, & quibus conſtitutiones poſteriores tertiam adjecerunt, & duas tertias ne-

Digitized by Google

potibus ante exclusis dederunt, quod & Wesh. hic adnotavit: Justinianum hic sustulisse jus, quod quartam dabat agnatis, non autem illud jus, quod filiis aut nepotibus ex filis in successione aviæ, vel quod liberis primi gradus in successione fœminæ, nepotibus concurrentibus, tertiam dabat: sed hoc demum per N. 118. esse sublatum. Quæ explicatio omnino videtur necessaria; tum quod Justin. in *pr.* §. meminit constitutionis, quæ hanc quartam dabat agnatis, quam ait se non concessisse ut ponerentur in Codice suo, cui etiam solum se derogasse profitetur: tum consequenter quod illa constitutio, quæ tertiam tribuit illis qui veteri jure prærogativam habebunt, diserte est inserta Codici Justinianeo *in l. si defunctus* 19. *C. de suis & legit.* neque per *hunc* §. *Iusti.* potest videri derogatum isti constitutioni, quæ in secundum Codicem, qui Institutiones secutus est, relata fuit & ipse hic §. ostendit, constitutionem quam in Codicem suum transtulit Justin. necdum fuisse abrogatam. Facit quod constitutio ipsius correctoria ad quam hic se refert *in l. ubi C. de legit. hered.* tantum loquitur de veteri quarta agnatorum. Et huic tamen sententiæ valde mihi refragari videntur ipsa huius §. verba, *in verf. similiter, nos,* inquit, *iubemus inter filios & nepotes ex filia, &c.* qui utique casus disertissimus est, quando nepotes ex filia concurrunt cum avunculis in successione avi: Et statim: *ut utraque progenies, &c.* nimirum & mascula vel ex masculis, & quæ ex fœmina est: & utramque scilic. vult percipere portionem matris vel patris sui sine ulla diminutione. Quæ faciunt ut ista verba non possint referri ad diminutionem quartæ quæ per agnatos fiebat; siquidem in concursu utriusque progeniei ex masculis & fœminis his nullus locus erat. Et in verbis paulo ante propositis, apertissime Justin. duplicem casum proponit, quo nepotes, vel pronepotes & quo liberi ulterioris, & primi gradus concurrunt: & mihi non dubium est quin in verbis, *inter filios & nepotes ex filia*, intelligat concursum in successione in bona masculi, respective patris & avi materni. An ita socordem Tribonianum fuisse dicemus, ut non meminerit constitutionis suæ *in l.* 19. *C. de suis & legit.* aut cum secundum Codicem scriberet, oblitum eorum quæ hoc §. scripsit: Verum enimvero in primo Codice fuisse istas constituriones evincit, quod hic meminit constitutionis novæ suæ, qua derogaverit Juri veteri: quæ ut diximus non est alia, quam *l. ult. C. de suis & legit.* qua tantum tollit quartam agnatorum: tertiam autem in paulo ante sub *eod. tit.* posita constitutione *in l.* si defunctus 19. reliquit. Ego subsisto, nec hoc extrico. Ait Justin. *in p.* §.

Cum dubitatio maneret.] Id est controversia quædam, quam movebant agnati nepotibus illis: neq; enim fuit jus dubium, sed expressa L. cautum.

Cuiusdam constitutionis.] Intelligit *l.* 4. *C. Theod. de legit. hered.* quam mutilam, expuncta illa parte, quæ erat de quarta agnatorum in Cod. Justin. sub *tit. de suis & legit. in l.* 19. collocavit Tribonianus.

Nostra constitutione.] *L. ult. C. de suis & legit.*

Nepotiores.] Nihil absurdi est, ut aliqui collaterales, objus agnationis, aliquibus descendentibus, & his qui in aliena familia exsistunt, sint potiores, sed aliud visum fuit Justiniano.

AD TITVLVM II.

LIBRI SECVNDI Institutionum.

DE LEGITIMA AGNATORUM successione.

TEXTVS.

Si nemo suus hæres vel eorum, quos inter suos hæredes prætor vel constitutiones, vocant exsistat, qui successionem quoquo modo amplectantur: tunc ex Lege XII. tabb. ad agnatum proximũ pertinet hæreditas. Sunt autem agnati, (ut libro quoque primo tradidimus) cognati per virilis sexus personas cognatione coniuncti, quasi à patre connati. Itaq; ex eodem patre nati fratres agnati sibi sunt, qui & consanguinei vocãtur: nec requiritur, an etiam matrẽ eandem habuerint. Item patruus fratris filio, & invicem is illi agnatus est. Eodem numero sunt fratres patrueles, id est, qui ex duobꝰ fratribus procreati sunt, qui etiã consobrini vocãtur. Qua ratione etiã ad plures gradus agnationis pervenire poterimus. Ii etiam qui post mortem patris nascũtur. Non tamen omnib. simul agnatis dat Lex hære-

hæreditatem, sed iis qui tunc pro ximiore gradu sunt, cum certum esse ceperit, aliquem intestatum decessisse.

Commentarius.

1 *Distinctio suorum.*

2 *Explicatio* l. 5. unde legitimi *circa definitionem agnatorum.*

3 *Notatur ICtus* in l. 1. §. 9. & 10. cum l. seq. de suis & legit. *circa verbum consanguineus.*

4 *Consanguinei qui sint:*

5 *Consobrini qui.*

HActenus de suis, sequitur de his qui secundo loco & ordine ex L. XII. tabb. vocantur, sui quo ad hanc successionem, alii sunt vere tales, alii eorum jure utuntur, ut vel soli vel cum aliis vere suis concurrant. Idque est quod Justin. *in pr.* scribit, quosdam † esse suos quosdam inter eos vocari, & vocantur vel ex prætorio jure, vel ex constitutionibus: Ex illo emancipati: de quibus *tit. praced.* § *emancipati* 9. Ex constitutionibus tum legitimati, de quibus *in* §. 2. *tit. praced.* tum nepotes & pronepotes illi, de quibus *in* § *pen. & ult. eiusdem tit.* Hi propter autoritatem juris prætorii & constitutionum præferuntur agnatis, qui alias L. XII. tabb. potiores essent. Itaque non satis subtiliter dicitur, post memoratas in pr. personas, TUNC ex L. XII. tabb. vocari agnatos: nam ex L. XII. tabb. non tum demum & post suos sive vere sive per productionem, sed post vere suos, vocantur agnati, sed paulo pinguius locutus est Tribonianus: quod inhibita jure prætorio & constitutionibus potestas L. XII. tabb. deficientibus illis personis jam se exserat, & deferat hæreditatem agnatis. Et L. XII. tabb. supr. *ad pr. tit. praced.* meminimus, si ei suus hæres non erit, agnatus proximus familiam habeto. Quis proximus hic sit & dicatur, *infra* mox explicatur.

1 *Sunt autem agnati.*] Descriptio agnatorum etiam *sup. lib.* 1. *tit.* 15. *de legit. agn. tut.* proposita fuit, ubi diximus: Et subjecta exempla perspicua sunt: quæ confirmantur una cum descriptione ex *l.* 2. §. *de jus & legit. l. inter* 5 *in pr. unde legit. l. ult.* §. 4. *de grad. & ad fin.* ubi confirmatur genus adnatorum, quod hic ponitur: Esse nimirum eos cognatos. Cognatio enim in specie quidem adnationi opponitur: sed generalius etiam comprehendit agnationem: itaque recte JCtus *in d. l.* 4. inter agnatos hoc interesse: quod inter genus & speciem, (rectius dixisset, quod inter speciem & genus, ut ordo esset idem verborum) & quod quisquis agnatus est, etiam sit cognatus, non vice versa. Itaque alio sensu

2 JCtus *in d. l.* 5. *unde legitimi* † ait, in agnatis contineri cognatos, non contra in cognatis agnatos. Utique enim sub genere continetur species, non certa. Quod ita defenditur, quatenus suo sensu plus est in specie, quam in genere: Nam tota essentia generis est in singulis speciebus, & species singulæ insuper habent propriam differentiam. Ita homo habet totam essentiam animalis, & insuper hanc differentiam, quod sit rationalis, quæ nimirum in homine & in specie quavis est determinate, sed in genere tantum indeterminate: omne enim genus ut Logici docent, qua tale, manet indeterminatum, & differentiæ quibus determinatur species tantum potentia ei insunt: ceteroquin fieri non posset, ut genus communicaret totam suam essentiam singulis speciebus. Atque ita quoque accipienda & declaranda propositio, qua dicimus, quidquid est in specie etiam esse in genere: ut quo ad differentiam, indeterminate eam inesse intelligamus, sed hæc obiter ad declarationem *d. l.* 5. *unde legit.*

Ait porro Justinianus de fratribus, eos agnatos esse, & consanguineos dici. Cum enim sint tantum duo ordines ex L. XII. tabb. suorum & agnatorum, necessario hos inter se agnatos esse

3 oportet: & certe parum subtiliter separantur † à JCto *in l.* 1. §. 9. *& 10. cum l. seq. de suis & legit.* ubi post consanguineos, (quos distinguit & recte à suis) ait vocari agnatos: & ita agnatos demum accipit, qui post fratres sequuntur, nulla plane idonea ratione: nisi forte ideo (quæ tamen ratio non sufficit) quod hi speciale nomen sunt sortiti. Consanguineos esse ait itidem JCtus *in d. l.* 1. §. 10. eos, qui inter se sanguine connexi sunt. Quod incidit in duplicem reprehensionem: tum quod etiam ceteri agnati, tum quod imo etiam cognati in specie dicti utique sanguine juncti sunt,

4 sane consanguinei à sanguinis † conjunctione appellantur, & cum fratres in specie consanguinei appellentur, oportet etiam in specie ipsis tribui propria quadam ratione conjunctionem sanguinis qui proximi & immediate ab eodem stipite descendit: & quidem si Aristotelis placita sequimur, magis ex patre imo ex hoc tantum æstimandus venit. Itaque fratres licet matrem communem non habeant, consanguinei sunt h. §. ceterum alias jus sanguinis pro naturali conjunc-

Digitized by Google

ctione inter cognatos usurpatur, ut notamus ad §. *seq.* & adeo non absurde consanguinitas à Cann. dicitur de omnibus cognatis. In specie autem usurpatur de duobus fratribus tantum ex uno patre sive talibus sororibus *h.§ l.1.§.9.10. & ul. de legit. hær. l.si is 44. de adopt. l.2.§ si sit 18. cum §. seq. & l.7. ad Tert. §. ceterum 2. in fi. h.t. l.3. C. de legit. hær. Fratres patrueles*] de gradibus accuratius agetur *inf. t.7.* ubi Justin. *in §.4.* ait consobrinos magis proprie dici duarum sororum liberos, quod & notatio nominis arguit, ut scribit Donat. *ad illud Terent. Hecyr. act.3. scen.5.* Quid reliqui Phaniaconsobrinus noster. Et ita Nonius in extremo. Consobrini, ex duabus editi sororibus quasi consororini. Latius id verbum accipit *Isidor. lib.9. cap.6.* pro his, qui ex duabus sororibus aut ex fratre & sorore nati sunt. Et inconcinnum sane videatur, ut fœmininum contineat masculinum, & apellatione sororum fratres contineantur, quomodo tamen German. Geschwisterig dicunt etiam pro fratribus. Et verbum consobrinorum apud Latinos quoque latius, ut hic Justiniano, usurpatum videtur. Et in modo citato loco Terentii, omnino consobrinus videtur significare eum, qui ejusdem erat familiæ, cujus hæreditatem proximitatis nomine Laches creverat. Et apud *Cicer. 1. offic.* Sequuntur fratrum conjunctiones, post consobrinorum, &c. Et testatur *Paulus in l. ult. §. quarto 15. vers. matertera in fi. de grad. & affin.* omnes qui ex fratribus & sororibus nati sunt, à plerisque vero nomine consobrinos dici. *ad notata ad §. 4. infr. de grad. cogn.* Hæc Grammatica sunt.

Qui post mortem patris nascuntur.] Competit enim iis omnino definitio consanguineorum *l. ult. unde legit. l.1. §. ult. de suis & legit.* In remotioribus gradibus quo ad jus succedendi, ut agnatus habeatur, oportet eum vivo eo, de cujus successione agitur, esse conceptum.

Non tamen omnibus.] Lex XII. tabb. diserte proximum gradum vocat: quo tempore proximitas spectetur, dicemus cum Justin. *in §. proximus 6. inf. h.t.* Et jus hoc quoque §. propositum mutavit Justin. Cum enim hæc omnia ad jus succedendi referantur. & fratres consanguinei tantum, haud dubie præferrentur uterinis tantum, & cum utrinq; conjunctis quoque concurrent, propter ius agnationis, utrumque mutavit Justinianus *N. 118. cap. 3.*, ut & per utrimque coniunctos excluderentur, & uterini cum iis concurrerent.

TEXTVS.

1. Per adoptionem quoque agnationis ius consistit: veluti inter filios naturales, & quos pater eorum adoptavit. Nec dubium est, quin ii improprii consanguinei appellentur. Item si quis ex ceteris agnatis, veluti, frater, aut patruus, aut denique is qui gradu longiori est, adoptaverit aliquem, agnatus inter suos esse, non dubitatur.

COMMENTARIVS.

CUm jus suitatis quæratur per adoptionem etiam & multo magis quæretur jus agnationis: quod civile nomen ait esse JCtus, *in ult. § 4. de gradit. & Justin. in §. ult. de legit. agn. tut.* Adoptatus enim transit in familiam adoptantis, itaque quibuscunq; hic agnatus est iisdē & ille efficitur agnatus *l. qui in 23. de adoptionib. l.2. §. parui 3. de suis & legit.* Eos tamen improprie fratribus suis consanguineos dici ait Justin. siquidem, ut sup. notatum, cōsanguinei dicuntur, qui juncti sunt sanguine *l.1. § 9. de suis & legit.* jus autem sanguinis non affert adoptio *l. qui in 23. de adoption.* quem textum ad hoc adducit Hottom. sed profecto imperite: probat enim illa ratione JCtus eo loco, quod adoptatus nō fiat cognatus aliis cognatis patris adoptivi: adeoq; jus sanguinis accipit pro naturali conjunctione: prorsus ut *in l. iura 8. de reg. iur.* jura sanguinis negantur jure civili dirimi posse. Tum etiam sane adoptatus, licet fratribus revera consanguineus nō fiat, tamen jus consanguinitatis consequitur, ut est *in l. si is 44. de adopt.* (ut consanguineorum jure ei succedat) *l.1. §. ult. de suis & legit.* quo & scil. effectus respectu simpliciter frater adoptatus cōsanguineus vocatur *l. si quis 7. ad SC. Tertull.* Hoc autem hodie post constit. *l. pen. C. de adopt.* de qua *in §. sed ea 14. tit. prec.* tantum habet locum in adoptione, quæ facta est ab ascendente.

Agnatus inter suos esse.] In veteribus editionibus impressis, sed & in quibusdam manuscriptis, legitur, *inter suos hæredes*, sed sane vitiose & vox *hæredes*, expungenda est: Illud autem parum interest, an legatur inter *suos*, an *tuos*.

TEXTVS.

2. Ceterum inter masculos quidem agnationis

tionis jure hæreditas, etiamsi longissimo gradu sint, ultro citroque capitur. Quod ad fœminas vero atrinet, ita placebat, ut ipsæ consanguinitatis jure tantum capiant hæreditatem, si sorores sint, ulterius non capiant: masculi autem ad earum hæreditates, etiamsi longissimo gradu sint, admittantur. Qua de causa fratris tui aut patrui tui filiæ, vel amitæ tuæ hæreditas ad te pertinebat, tua vero ad illas non pertinebat. Quod ideo ita constitutum erat, quoniam commodius videbatur ita jura constitui, ut plerunq; hæreditates ad masculos confluerent. Sed quia sane iniquum erat, eas in universum quasi extraneas repelli, prætor, eas admittit ad bonorum possessionem ea parte, qua proximitatis nomine bonorum possessionem pollicetur: ex qua parte ita scilicet admittebantur, si neque agnatus ullus, neque cognatus proximior interveniat. Et hæc quidem Lex duodecim tabularum nullo modo introduxit, sed simplicitatem Legibus amicam amplexa, simili modo omnes agnatos, sive masculos, sive fœminas cuiuscunque gradus, ad similitudinem suorum invicē ad successionem vocabat. Media autem Jurisprudentia, quæ erat quidem Lege duodecim tabularum junior, Imperiali autem dispositione anterior, quadam subtilitate excogitata differentiam præfatam inducebat, & penitus à successione agnatorum eas repellebat, omni alia successione incognita, donec prætores paulatim corrigentes asperitatem civilis juris sive quod durat implentes, humano proposito alium ordinem suis addiderunt edictis, & cognatis linea proximitatis nomine introducta, adjuvabant eas per bonorum possessionem, & pollicebantur his bonorum possessionem, quę *unde cognati*, appellantut.

COMMENTARIVS.

1 *Media Iurisprudentia.*

REfertur duplex jus, alterum Legis XII. tabb. alterum mediæ Jurisprudentiæ, quæ secuta est L. XII. tab. circa successionem fœminarum agnatarum, nam cognatæ tantum fœminæ, neutro hoc jure admittebantur. Lex XII. tabb. indefinite post suos, secundum ordinem fecit agnationis, nec excluſit fœminas quocunq; gradu agnatas, quales sunt fratris filiæ, itemque porro fratris neptes ex filio, itemque amita patris soror, aut amita magna avi paterni soror, quã sententiam L. XII. tabb. etiam proponit *Instin. in l. pen. & ult. C. de legit. hared.* & testatur *Paul. 4. sent. 8.* Huic juri derogatum postea fuit, per nimiam subtilitatem, ut ait Justin. forte ut suspicor, introducta distinctione inter agnationem & consanguinitatem, quæ tantum est inter fratres & sorores ὁμοπατρίους ut hic concluderetur jus succedendi fœminarum, reliquis remotioribus repulsis. Contra quam sententiam more suo *d. l. pen. C. de legit. hared.* multa, sed inepte, sicut in simili casu *in §. item vetustas pen tit. prac. & in l. maximum C. de liber. prater.* disputat Justin. cujus judicio qui plus tribuerit, quam tot prudentum, næ ille Justinianno homini uxori fuerit similis. Vi-

1 dendum autem quænam sit † illa, ut eam hic appellat, media Jurisprudentia. Et Hottom. non putat intelligi disputationem JCtorum, sed νομοθεσίαν, & leges latas post XII. tabb. & nimirum Legem Voconiam de qua non paucа diximus ad *pr. tit. sup. de fideicomm. hared.* & ita sane exstat apud *Paul. 4. sent. 8.* videri effectum rogatione Voconia, ut ne ultra sorores consanguineas aliæ fœminæ ad successionem admitterentur. Sed mihi istud probabile ideo non fit, quoniam d loco solide demonstravimus, nec patrem quidem potuissent filiã utiq; non in solidum, hæredem instituere, & difficilius est, ut quis repellatur à successione testati: ceteroquin parentes potius qui hæreditatem ad filias pertinere voluissent intestati decessissent. Quod si ex Lege Voconia non succesſerũt filiæ patri multo minus succedere fratrib. potuerunt, ut forte quis existimare posset per disputationẽ JCtorum mitigatã Voconiã, & ab ea recessum hactenus ut sorores jus capiendæ hereditatis haberent: nã ut diximus ad *d. pr. de fideicomm. har.* jam pridem & ætate Gellij Lex Voconia in desuetudinẽ abierat: ut

proin-

by Google

proinde mihi istud quod hic refertur, Legi Voconiæ non recte tribui videatur. Et constat jus istud, ut sorores consanguineæ tantum succederent fratribus, etiamnum temporibus JCtorum nostrorum obtinuisse, ut constare potest *ex Paulo d. loco*, & ex *l. ipsum. tit. de legitim. hared. §. ad fœminas*. Igitur si per mediam Jurisprudentiam intelligimus disputationes JCtorum, quod Wesenb. placet, & videtur ita accepisse Justinianum Theoph. dum vocat τὰς μετὰ τὸν ἐδικτον κάλλιστα, jam injuriam illis fecit Justinianus hic, siquidem, ut diximus, jam olim per Legem Voconiam fœminis jus succedendi etiam in bona patrum, ademptum fuit. Et siquidem à LL. XII. tabb. computamus, Jurisprudentiam mediam, ea sane latissimum spatium & circiter 600 annos occupatura est: Nec enim dubito falli Wesenb. qui eam tantum porrigit usque ad tempus, quod Resp. ab Impp. occupata fuit: quippe cum priores principes parcissime & raro derogarint juri veteri: & nominatim ex hac dispositione & sanctione juris nihil eos mutasse ex jam dictis apparet. Et ego potius porrigendam putarem mediam Jurisprudentiam usque ad tempora sedis Imperii in Orientem translatæ, tum enim fere tota forma Respub. immutata Impp. illi securi veræ juris rationis, cui plurimum priores Impp. tribuerant, omnia pro libitu mutare & innovare, & novam pene Jurisprudentiam constituere ceperunt: quod præceteris egregie præstitit Justinianus. Et ita accipio & limito, Justin. ait hoc loco, mediam Jurisprudentiam fuisse anteriorem Imperiali dispositione, quæ videlicet est Impp. Græculorum & Constantinopolitanorum. Hæc de duplici jure civili veteri. Tertium additur, quod Jurisprudentiæ rigorem ut cum Justiniano loquamur, mitigavit aliquatenus, & fœminas agnatas, quæ essent ultra consanguineas, inter cognatos tertio ordine vocavit: adeoq; post omnes agnatos etiam gradu remotiores (quia agnatorum ordo omnimodo præcedit cognatos cujuscunque gradus) & simul post cognatos proximiores, quia nulla prærogativa agnationis, sed tantum ut cognatas vocavit, ubi enim concurrit ordo agnatorum cum ordine cognatorum, agnatus simpliciter præfertur, sine consideratione gradus. Ceteroquin in singulis ordinibus ex prærogativa gradus est successio: excepto ordine suorum aut generalius, liberorum, in quo est locus juri repræsentationis, juxta notata *ad tit. præced.* Ait Justin. *in pr. §.*

Est longissimo gradu.] An ultra decimum gradum sit successio, videbimus *infr. §. ult. de success. cognat.*

Quia commodius erat.] Hanc rationem defendimus *ad §. pen. tit. præced.*

In universum repelli.] Jure sane civili, omnes cognati tantum in universum repelluntur, sed prætor putavit iis saltem locum faciendum post agnatos.

Proximitatis nomine.] Hoc verbum late patet: hic in specie distinguitur ab agnatione: vel significati quia utiq; conjunctæ erant defuncto, æquum fuisse eas admitti. Wes. putat maxime de fœminarum conjunctione hoc verbum dici, *arg. l. 4. unde cognat.*

Lex XII. tabb.] Commendat hic L. XII. tabb. & *in l. pen. C. de legit. heredit.* ait bene per L. XII. tabb. humano generi prospectum fuisse. At enim *in. fin. in pr.* eam, ut stricte nimis successionis jura concludentem, accusat: & quam longissime passim, & maxime N. 118. ab ea recessit, ubi plane sublata, omni prærogativa agnationis æqualiter & fœminas, & per has conjunctos admisit: & tam prudenter à veteribus constituta successionum jura penitus pervertit & corrupit, γυναικοκρατήσαντα. Imperator.

Donec prætores.] Nimis loquax hic est, & iterum odiose inculcat, quod paulo ante hoc eodem §. *in verf. sed quia* dixerat. Videtur autem hic innuere, quod agnatarum per jus civile exclusarum gratia tertium ordinem adjecerit prætor Edicto suo, dum ait; prætores humano proposito, & adjecto alio ordine proximitatis nomine, agnatas illas vocasse. Verum cum multi alii naturaliter conjuncti jure civili excluderentur, non crediderim, propter fœminas has primo motum fuisse prætorem ut statueret tertium istum ordinem succedendi.

TEXTVS.

4. Nos vero Legem XII. tabb. sequentes, & ejus vestigia in hac parte conservantes, laudamus quidem prætores suæ humanitatis, non tamen eos in plenum mederi huic causæ invenimus. Quare enim gradu uno eodemque naturali concurrente, & agnationis titulis, tam in masculis quam in fœminis æqua lance constitutis, debatur masculis quidem ad successionem venire omnium agnatorum: ex agnatis autem mulieribus nulli penitus

nulli

nisi soli sorori ad agnatorum successionem patebat aditus? Ideo nos in plenum omnia reducentes, & ad ius duodecim tabularum eandem dispositionem exæquantes, nostra constitutione sancimus omnes legitimas personas, id est, descendentes per sexum virilem, (sive masculini generis, sive fœminini sint) simili modo ad jura successionis legitima ab intestato vocari, secundum sui gradus prærogativam: nec ideo excludendas, quia consanguinitatis jura, sicut germanę non habent.

edictum prætoris, cuius secundo capite sub appellatione legitimorum vocantur agnati. Quia Lex XII. tabb. prætor suos tantum agnoscit agnatos: & Lex per excellentiam intelligitur XII. tabb.

TEXTVS.

4. Hoc etiam addendum nostræ constitutioni existimavimus, ut unus transferatur tantummodo gradus à jure cognationis in successionem legitimam: ut non solum fratris filius & filia, secundum quod jam definivimus, sed successionem patrui sui vocentur, sed etiam germanæ consanguineæ vel sororis uterinæ filius & filia soli, & non deinceps personæ, una cum his ad jura avunculi sui perveniat, & mortuo eo, qui patruus quidem est sui fratris filiis, avunculus autem soboli sororis suæ, simili modo ab utroque latere succedant, tamquam si omnes ex masculis descendentes iure legitimo veniant, ubi frater & soror superstites non sunt, (hic etenim præcedentibus personis, & admittentibus successionem ceteri gradus remanent penitus semoti) videlicet hæreditate non in stirpes, sed in capita dividenda.

COMMENTARIVS.

PRima mutatio Justinianea, juris veteris, ut juxta L. XII. tabb. fœminis omnibus sint jura agnationis in successionibus integra, & illæ perinde ut masculi agnationis jure ex prærogativa gradus admittantur *h. §. & l. pen. C. de legit. hared.* Quæ summa est: & nimis multa verba fundit Tribonianus.

In hac parte.] Bene, *in hac parte.* nam alibi nimio quam à L. XII tabb. discedit, cuius vestigiis insistisse fuerat rectius.

Laudamus prætores sua humanitatis.] Hic opus regula in Syntaxi quis non intelligat Græculum loqui ἐπαινοῦμεν τοὺς ῥήτορας τῆς ἰδίας φιλανθρωπίας: quomodo fere hoc etiam reddit Theoph.

Non tamen in plenum.] Nec voluerunt quidem, nec debuerunt.

Quare enim.] Inepte rogas: & supra h §. commodius existimatum dixisti, ut hæreditates ad masculos confluerent. Hæc solidissima ratio est: quæ etiam movit populum Romanum, ut juberet Legem Voconiam. Quid utilius inquit ille apud *Gellium 20. noct. 1.* plebiscito Voconio de coercendis mulierum hæreditatibus? Nunquam istud persuasisset sane Triboniano. Sed aliter catuli olent, aliter sues. Ineptior disputatio est & prolixior *in l. pen. C. de legit. hared.* Et quis sanæ mentis non æquissimam putat, olus tribui masculis, quibus foris domique bello & in pace administratur Respublic. cuius etiam interest, non insolescere divitiis impotentem sexũ. quod & Hott. hic notat. Et verissime Theoph. quod utiliores sint masculi Reipub. πολεμῶντες, λειτουργῶντες, ἄρχοντες *ad §. 3. sup tit.*

Omnes legitimas personas.] Respicere videtur ad

COMMENTARIVS.

1 *Germanus frater quis.*

ALtera mutatio Justinianea ex *l. pen. §. in his C. de legit. hared.* ut non tantum soror quæ agnata est, sed etiam huius liberi, qui cognati tantum sunt, jure agnationis avunculo, cum aliis eiusdem gradus agnatis succedant. Semel aggressus temerare jura vetera, statuere sibi modum non potuit, favente ut suspicari licet, impensius sexui suo Theodora, & imo ipsa Leges ferente, aut an forte Triboniano in singulos casus, (ut ne crederetur precio corruptus) generales LL. ferente: quo nomine eũ notat Suidas: & si forte non fides Grammatico, Procopius autor est, eum hoc egisse, ut quotidie novas LL. conderet. Rupta tandẽ modestia *N. 118.* omnia turbavit, & cognatos cum agnatis masculos & fœminas

Digitized by Google

minas pariter admisit, & pleraque in Codice constituta, & in hos titulos relata evertit.

Addendum nostræ constitutioni.] Est enim pars *l. fin. C. de legit. hered.* itaque errat Hottom. qui hanc constitutionem desiderari ait.

Vnus tantummodo gradus.] Tertius videtur, sed ut jam diximus *N.* 118. omnibus gradibus cognationis æqualia jura cum agnatis dedit.

Germana consanguinea uterina.] Qui uterini sint, satis constat: μητρὸς μὲν diverso patre nati: diximus enim supra qui sint consanguinei in specie, Germanos esse putant, qui αὐτοπατορίους dicuntur: qui utrumque parentem communem habent: idque huic loco convenire videtur: quamvis ipse Justin. in extremo §. *præced.* innuat, eum qui consanguineus est, & † germanum dici. Est apud *Terent. act.* 1. *sc.* 5. sit e in germani fratris dilexi loco, & in *Adelp. act.* 2. *sc.* 4. o mi germane, & *ibid. act.* 5. *sc.* 8. Nunc tu mihi es germanus pariter corpore & animo. *Festus.* Germen, est, inquit, quod ex arborum surculis nascitur, unde & Germani quasi eadem stirpe geniti. Isidorus 9. *Orig.* 6. Germanos ait dictos, quasi de eadem genitrice manantes. Sed ita fuerint uterini. Cicero *pro M. Fonteio.* cum virgo Vestalis ex altera parte fratrem germanum complexa teneat. & pro Milone, meminit sororis Germanæ. Ex quibus tamen quis nam revera frater Germanus sit, an utrimque conjunctus, an tantum ὁμοπάτωρ, mihi non liquet. Illud constat germanum passim pro vero, sincero, & non fucato accipi, & ad varias res transferri.

Et successionem admittentibus.] Si enim repudient, admittitur secundus gradus, de quo dicemus *in §. placebat infr. h. t.*

Cæteri gradus manent remoti.] Hoc mutatum est *N.* 118. *cap.* 3. ex qua defuncti fratris vel sororis liberi cum patruis & avunculis concurrunt.

Hæreditate non in stirpes.] Ubi videlicet hinc fratrum, hinc sororum liberi corruunt: quoniam in linea collaterali non est locus juri repræsentationis: nisi in casu jam dicto *N.* 118. *cap.* 3.

TEXTVS.

§. Si plures sunt gradus agnatorum, aperte Lex 12. tabb. proximum vocat. Itaque si, verbi gratia, sint defuncti frater, & alterius fratris filius, aut patruus, frater potior habetur. Et quamvis singulari numero usa Lex duodecim tabularum, proximum vocet, tamen dubium non est, quin plures sint ejusdem gradus, omnes admittantur. Nam & proprie proximus ex pluribus gradibus intelligitur: & tamen non dubium quin licet unus sit gradus agnatorum, ad eos hæreditas pertineat.

COMMENTARIUS.

11 *An fratrum liberi soli in capita succedant?*

EXplicatur Lex 12. tabb. cujus verba hæc sunt, *Agnatus proximus familiam habeto.* Proximus scil. & gradu: & proinde qui secundo gradu est & scil. frater defuncti excludit eum qui tertio gradu est, defuncti patruum, aut defuncti fratris filium: quod posterius quoque dixit §. *præc.* sed mutavit *N.* 118. *c.* 3. quæ fratris liberis, quod olim non habuerunt *leg.* 3. *Cod. de legit. hared.* jus repræsentationis dedit: nimirum si concurrant cum patruis. Quod si plurium prædefunctorum liberi, † nullo patruo aut avunculo superstite inter se concurrunt, notissima controversia est, an veniant jure repræsentationis, & adeo an hæreditas in stirpes an in capita divisam fuisse §. *præced. in fin. l.* 2. §. 2. *de suis & legit.* Et proinde ego sententiam plerunque constitutionis quoque Imperij probatam sequor: ut & hodie in capita dividatur: cum nihil expressum sit satis dicere in *d. N.* 118. *cap.* 3. sed tantum inductionibus quibusdam utantur diversæ sententiæ autores. Et jus alias nimis correctorium non est temere citra verba expressa extendendum; neque captanda sunt verba *d. N.* 118. *in pr* quod omnes controversiæ extra sint decidendæ: hoc enim pertinet ad gradus & ordines novos quos fecit Justinianus, non ut nullo penitus modo ad textus juris veteris provocare possimus: licet illa opinio quæ vult eos succedere in stirpes à gl. Br. & magis communiter sit probata, attestante etiam Fabro hic.

Dixit L. 12. tabb. *Proximus* singulari numero: neque enim potuit divinari, quot cuiq; agnati futuri essent: & ridiculum sit dicere voluisse Legem, si plures essent, omnes excludere. At quin aut omnes essent excludendi, cum nemo possit altero potior esse, omnib. gradu eodem existentibus: aut omnes admittendi; quod & haud dubie convenit menti 12. tabb. legis: sicut & tutela legitima ad proximum gradum & omnes qui eo gradu sunt (videlicet habiles) pertinet §. *ult. sup. de cap. dim.* Et quod verbum istud singularis numeri *proximus* non sit captandū, hic arguit Justin. quod alias si tantum unus esset gradus

Digitized by Google

gradus agnatorum, ille excluderetur, per verbum, *proximus*, quoniam hoc significat ex pluribus gradibus eum qui est proximior. Illud autem & absurdum & falsum haud dubio est, & admittuntur agnati tamquam proximi, licet unus tantum eorũ supersit gradus *h. §. in fin. & l. 2. §. 2. & §. 4. de suis & legit.* ubi Ulpianus & Paulus *in l. proximus 92. de V. S.* hunc proximum dicunt esse, quem alius non antecedit: & idem Ulp. *in l. 1. §. proximus 5. unde cogn.* proximus est, inquit, etiam qui solus est, quamvis proprie proximus ex pluribus dicitur: idem *Licinius in l. proximi 155. & Pomponius in l. in vulgari 162. de V. S. & Triphonius in l. qui duos 9. in f. pr. de reb. dub.*

TEXTVS.

6. Proximus autem, siquidem nullo facto testamento quisquam decesserit, per hoc tempus requiritur, quo mortuus est is, de cujus hæreditate quæritur. Quod si facto testamento quisquam decesserit, per hoc tempus requiritur, quo certum esse cœperit, nullum ex testamento hæredem extiturum; tunc enim proprie quisque intestatus decessisse intelligitur; quod quidem aliquando longo tempore declaratur: in quo temporis spacio accidit sæpe, ut proximiore mortuo, proximus esse incipiat, qui moriente testatore non erat proximus.

COMMENTARIVS.

UBi quis intestatus, id est, nullo facto testamẽto decessit, nullum aliud est tempus, quod spectemus quam quo mortuus est. Sed rationem, cur spectemus eo casu, quo quis testamentum fecit, illud tempus, quo constat intestatum patrem fam. decessisse, satis perspicue exposuimus ad §. *cum autẽ 7. sit. præced.* ne eam hic repetere necesse sit.

Tunc quisque intestatus.] Qui testamentum non fecit, protinus est intestatus. Qui testamentum fecit, quod postea destituitur & irritum fit, tum demum dicitur intestatus, ubi constat, neminem ex eo testamento hæredem futurũ, tum demum enim Lex defert hæreditatem, ut dictum ad *d. §. 7.*

In quo spacio temporis.] In specie quam proponit *Vlpian. l. 2. §. Interdum 5. de suis & legit. hæred.* qui habebat patruum & patrui filium fecit testamentum deliberante hærede scripto patruus decessit, mox hæres scriptus repudiavit, patrui filius admittitur: Insubtilius autem videtur ibi loqui Ulpianus, dum hoc casu ait non proximum, sed ulteriorem admittũ: siquidem juxta hunc §. dicimus & æstimamus proximum, in casu testamenti facti, non qui proximus est tempore mortis, (quo respectu eũ ulteriorem dicit Ulp.) sed tempore destituti testamenti. Et eadẽ ratione & iisdem terminis evenit, ut qui non erat, suus mortis tempore, tamen suus hæres exsistat defuncto, ut Justin. tradit *in d. §. cum autem 7. sit. præced.*

TEXTVS.

7. Placebat autem in eo genere percipiendarum hæreditatum successionem non esse: id est, ut quamvis proximus, qui secundum ea quæ diximus, vocatur ad hæreditatem, aut spreverit hæreditatem, aut antequam adeat, decesserit, nihilo magis sequentes jure legitimo admittantur. Quod iterum imperfecto jure prætores corrigentes, non in totum sine adminiculo relinquebant, sed ex cognatorum ordine eos vocabant, utpote agnationis jure eis recluso. Sed nos perfectissimo juri nihil deesse cupientes nostra constitutione, (quam de jure patronatus suggerente humanitate pertulimus,) sanximus, in agnatorum hæreditatib. successionem eis nõ esse denegandam: cum satis absurdum erat, quod cognatis apertũ est, hoc agnatis esse reclusum: maxime cũ in onere tutelarũ quidem, & primo gradu deficiente, sequens succedit, & quod in onere obtinebat, nõ erat in lucro permissum.

COMMENTARIVS.

LEX 12. tabb. hæreditatem proximo defert, & semel, & in hac delatione potestas eius consumitur. Itaq; proximo delatam hæreditatẽ repudiante, aut antequam adeat defuncto, cessante Legis potestate & alia delatione, non potest qui sequenti gradu est, admitti: idq; est, quod Justin. ait, nõ fuisse in

Digitized by Google

ſe in hoc genere ſucceſſionem, ut videlicet in eodem ordine agnatorum gradu priore deficiente ſequens admittatur legitimo jure, ut hic Juſtinianus ait, id eſt jure agnationis. Et in hanc ſententiam *Vlp. in l. 2. in pr. de ſuis & leg.* ſi ſint conſanguinei licet hæreditatem non adierint, legitimis (ceteris nimirum qui oppoſiti conſanguineis ita dicuntur in ſpecie) non defertur: & idem *tit. 26. de legit. hær.* §. *ſi plures* 4. ſi nemo ex proximo gradu adierit, ad inſequentem gradum ex Lege hereditas non tranſmittitur: quoniam in legitimis hæreditatibus ſucceſſio non eſt. Et *Paulus 4. ſent. 8.* In hæreditate legitima non eſt locus ſucceſſioni. Et ideo fratre decedente antequam adeat, fratris filius admitti non poteſt: quia omnis (pro quo male Hottom. legit *omiſſa*) hæreditas proximiori defertur. Cæterum quia gradus proximus & omnes in eo vocabantur, uno repudiante, reliquis pars eius accreſcebat, ut d. loco ſcribit Ulp. & traditur *in* §. *ult. infr. de* SC. *Orphit.* Prætores autem eos ad agnatos excluſos vocarunt & admiſerunt in tertio ordine inter cognatos: ſed Juſtinianus vult eos ut agnatos admitti. Differentiam inter jus prætorium & Juſtinianeum, tantum in ſubtilitate poſitam fuiſſe putat Hottom. & quod æque per jus prætorium ſuccurſum fuerit adagnatis: & quod prætores cum directo non poſſint ire contra ius vetus & Legem 12. tabularum, per obliquum eodem effectu agnatis ſuccurrerent. Sed labitur aperte. Ea enim in re ipſa differētia fuit, quod prætor in ordine cognatorum obſervavit prærogativam gradus. Et igitur ſi ponamus, reliquiſſe defunctū ex uno fratre filium, ex altero fratre agnatum nepotem, qui quarto gradu eſt, eundemq; reliquiſſe ex ſorore prædefuncta liberos cognatos tertio gradu: repudiante fratris filio, & per L. 12. tabularum excluſo nepote ex altero fratre, in ordine cognatorum ſororis liberi, huic nepoti prælati fuerunt: nihil enim habuit iſte nepos agnatus, quo præferretur ſororis liberis, cum eum prætor non niſi ut cognatum vocaret. Recte igitur ait Juſtin. prætorium ius imperfectum fuiſſe: quoniam ita fiebat, ut per cognatos proximiores excluderentur agnati remotiores. Hodie autem nihil proderit remotiori gradui vocari ut agnatum, ſublata prærogativa agnationis per *Nov. 18. cap. 3.* Utitur autem hic Juſtinianus duplici ratione ob quam ſucceſſio etiam in agnatorum ordine admitti debeat 1. quia admittitur in ordine cognatorum *l. 1.* §. *qui ſemel 6.* §. *quibus 10. de ſucceſſ. edicto* & ſane ne admittatur ſequens agnatus in ſubtilitate quadam juris cōſiſtit. Altera ratio. Quod quæ eſt ratio oneris, eadem quoque ratio lucri eſſe debet. Atquin in onere tutelæ quod imponitur agnatis, eſt locus ſucceſſioni *l. 3.* § *pen. de legit. tut.* Ergo etiam debet ſucceſſioni eſſe locus in commodo hereditatis, ex vulgata regula, quod qui ſentit incommodum, is & lucrum ſentire debet. & maxime, quod propter commodum hæreditatis tutela proximis agnatis defertur, ut eſt *in fin. tit. jup. lib. 1. de legit. patron. tut.* Ait Juſtinianus.

* *Adgnationis iure eis recluſo.*] & mox *adnatis eſſe recluſum.* Ubi recluſum accipit pro præcluſo & occluſo. Quod eſſe contra autorum loquendi cōſuetudinem adſcripſit Pacius. Et ſane ita eſt, ut *recludere* notiſſima ſignificatione ſit aperire, in quam rem infinita exempla adduci poſſent. *virg. 8. Aen.* regna recludere 1. *Aen.* theſauros recludere & 4. *Georg.* recludere cœlum & 4. *Æneid.* reeludere enſem. *Ovid. 7. metam.* jugulum recludere. *Horat. 1. Epiſt. 5.* operta recludere, & ſexcenta talia. Occurrit tamen jam unus locus, quo *Reeludere* ſignificat *claudere*, apud Juſtinum *lib. 1* Per internuntios (Oſtanes) quærit de filia, quæ inter regias pellices erat, an Cyri regis filius Rex eſſet. Illa nec ſe ipſam ſcire ait, nec ex alia poſſe cognoſcere, quia ſingulæ ſeparatim reeludantur: quod ſane ibi concludere ſignificat.

TEXTVS.

8. Ad legitimam ſucceſſionem vocatur nihilominus etiam parens, qui contracta fiducia filium vel filiam, nepotem vel neptem, ac deinceps emancipat: quod ex noſtra conſtitutione omnino inducitur, ut emancipationes liberorum, ſemper videantur quaſi contracta fiducia fieri: cum apud veteres non aliter hoc obtinebat, niſi ſpecialiter contracta fiducia parens manumiſiſſet.

COMMENTARIVS.

OLim cum ex L. Romuli pater jus haberet filiū tertio vendendi, ita ut filius ſecundo venditus & manumiſſus in poteſtatem patris recideret, & poſt tertiam demum venditionem ex poteſtate patris exiret, introductis poſt in locum veteris obſervationis, imaginariis venditionibus & manumiſſionibus, & imaginario emptore & manumiſſore, ſolebat pater naturalis fiduciam contrahere cum emptore illo, ut poſt tertiam venditionem filius

fibi

Digitized by Google

sibi remanciparetur: quo ita in eius manumissi bonis & in ipso pater ipse jus patroni haberet: quod præcipue positum erat in jure succedendi, quod verbi causa ex L. 12. tabb. patronus habebat: qua de re & solemnibus illis veteris juris prolixe egimus *in* §. *præterea sup. quib. mod. ius pat. pot. solv.* Eas solemnitates imaginarias sustulit Justin. *l. uls. C. de emancip.* solvo jure veteri patris, & ut scil. succedat filio, nō minus ac olim, cum fiducia contracta pater emancipaverat: ut in *fine* §. loquitur Justin. dicitur autem paulo pinguius aut obscurius, contracta fiducia manumittere: pro eo, quod est, manumittere filium, ex pacto fiduciæ sibi remancipatum. Sed & amplius cum nulli amplius stipulationi aut pacto fiduciæ locus fit, parum subtiliter dicitur h. §. quod emancipatio semper hodie intelligatur contracta fiducia fieri: quomodo enim aut cur subintelligatur, quæ penitus sublata est? Quod autem in *prin.* §. dicitur patrem admitti ad legitimam successionem, qui contracta fiducia filium emancipat, ut ex jure veteri relatum intelligendum est; cuius mutationem mox subiicit. Sed ista quoque dispositione hodie non opus esse videtur *post N.* 118. quamvis per d N. mater cum patre & fratres quoque concurrunt, at jure patroni potiora jura patris erunt. Tractat ad hunc tit. Baro an pater sit adnatus filio, quod negat, nec agnati appellatione L. 12. tabb. patrem comprehensum: sed inepte ita fecisset L. 12. tabb. in materia successionis, cum eo jure frustra de successione filii patri competente quæreretur: nisi qua patroni si filium emancipasset. Cæteroquin etiam certum est non posse dici, quod pater agnoscatur filio: sed cum agnatorum nomini comprehendimus omnes qui sunt eiusdem familiæ, utique pater & filius sibi agnati sunt

---

AD TITVLVM III.
LIBRI TERTII Institutionum.
DE SENATVSCONSVLTO Tertulliano.

TEXTVS.

Lex 12. tabb. ita stricto iure utebatur, & præponebat masculorum progeniem: & eos qui per necessitudinem fœminini sexus sibi junguntur, adeo repellebat, ut ne quidem inter matrem & filium filiamve, ultro citroque ius hæreditatis capiendæ daret: nisi quod prætores ex proximitate cognatorum eas personas, ad successionem, bonorum possessione, *unde cognati*, accommodata, vocabant.

COMMENTARIUS.

SÆpe diximus, quod L. 12 tabb. ab intestato tantum vocet suos & agnatos, mater nec suos habet hæredes *l. nulla* 13. *de suis & legit* §. *cæteri* 3. *sup. de hared. qual.* & matri liberi, & his illa non sunt invicem agnati. Vere igitur ait hic Justinianus, quod ex L. 12. tabb. inter matrem & liberos invicem jus capiēdæ hæreditatis non fuerit. Itaque demum tertio ordine inter cognatos à prætore admittebantur, & quidem proculdubio primo loco propter gradus propinquitatem. Ait Justin.

Præponebat masculorum progeniem] Id est, ex masculis natos: nam ut *tit. præced.* docuit, indistincte cum aliis agnatis, fœminas etiam agnatas & scilicet per masculos coniunctas L. 12. tabb. admisit.

Nisi quod prætores.] Debebat dicere, *sed prætores.* Illa enim verba inferunt, quasi ipsa Lege 12. tabb. juvarentur.

TEXTVS.

1. Sed hæ juris angustiæ postea emendatæ sunt. Et primum quidem D. Claudius matri ad solatium liberorum amissorum legitimam eorum detulit hæreditatem. Postea autem Senatusconsulto, quod D. Hadriani temporibus factum est, plenissime de tristi successione, matri, non etiam aviæ, deferenda, cautum est, ut mater ingenua, trium liberorum ius habens, libertina, quatuor, ad bona filiorum filiarumve, intestato mortuorum admittatur: licet in potestate parentis sit: ut scilicet, cum alieno juri subjecta est, jussu eius adeat hæreditatem, cuius iuri subiecta est.

Digitized by Google

COMMENTARIVS.

PErtinent & ista ad limitationem juris succedendi, quod mater ex SCto Tertulliano accepit. Et ad explicationem hujus §. distinguitur, quod cum matre defuncti defunctæve concurrunt aut descendentes, aut alii ascendentes aut collaterales. Et rursus horum ordinum aliqui soli, aut mixtim concurrunt.

Et 1. potiori jure sunt liberi defuncti, à quibus mater defuncti superstes excluditur *in pr. h.* §. ubi agitur de defuncto filio nominatim, quia fit mentio suorum hæredum, quos nullos fœmina habet. Et ait Justin. præferri eos, qui sunt defuncto sui heredes, *l.* 2. §. *liberi* 6. *h.t.* vel inter suos, cujusmodi sunt emancipati, quos prætor inter suos & jure suorum, vel cum vere suis vel solos admittit ad patris hæreditatem. Sui etiam sunt adoptivi, qui & ipsi adeo excludunt matrem *d.* §. 6. dum scilicet sui & adhuc adoptati sunt; emancipati enim, cum juxta supra *tit.* 1. dicta, admittant jus liberorum, non obstant matri, nisi fuerint ex naturalibus liberis adoptati, veluti nepos adoptatus ab avo *d. l.* 2. §. 5. *h. tit.* Quod tamen de adoptivis adhuc dicitur ibi, videri possit hodie verum non esse in adoptatis ab extraneo. Sed his tamen jus succedendi ab intestato, de qua specie successionis hic agitur, conservavit Justinianus: quamvis durum videamur, ut hic præferatur matri: de quo diximus aliquid *ad* §. *fed ea* 14. *supra de hared. ab int.* Quid si pater liberos dederit in adoptionem, & hi etiamnum in ea sint tempore mortis? Equidem hi sunt in aliena familia, nec à prætore inter suos vocantur. Sed tamen una cum matre eos concurrere voluit ex Edicto, unde cognati *l.* 2. §. *fed si* 9. Porro cum Justinianus omnino inter suos & cum suis vocet liberos & nepotes ex filia juxta §. *penult. & ultim. d. tit.* hi quoque præferentur matri: neque enim tantum sui, qui primo gradu, sed etiam, qui ulteriori gradu sunt, excludunt matrem *h.* §. *in fin.*

Atque hic est primus casus hujus §. cum masculus defunctus est, qui reliquit matrem & liberos.

Alter casus est *in verf. fed & filia.* ubi fœmina defuncta est. Ait Justin. *filia sua*, quod fortasse dixit respectu matris, quæ supersit & filiæ suæ vult succedere, id est ei, quæ ejus filia fuit: cum constet alias liberos suos hæredes matri non dici: aut dixit suam pro ea, quæ est sui juris: nam ut in pr. monuimus, ut SCto huic sit locus oportet defunctum vel defunctam sui juris, nec in potestate patris fuisse. Ubi itaque defuncta est fœmina, quæ & matrem reliquit & liberos, hi præferuntur matri, & quidem ex constitutionibus, ut Justin. ait, quæ sunt *in l.* 4. *C. de SC. Orphit. l. si matre* 11. *C. de suis & legit.* Itemque *in l.* 3. *& pen. C. Theod. de legit. hared.* Etenim constitutionibus opus fuisse videtur, quod tum liberi, tum mater pari jure niti hic videbantur, cum mater ex SC. Tertullian. liberi ex Orphitiano vocarentur.

Tertius casus est *in verf. pater*, & ait Justin. quod pater utriusque, id est, & filij & filiæ defunctorum, de quibus ante distinctim egerat, præferatur matri: negat autem præferri avum aut proavum: cum scilicet (hanc enim limitationem addit) inter eos solos, id est, patrem & matrem de hereditate agitur: ut quidem explicant *Pac. & Wesemb. hic.* Sed omnino vitiose: nam pater excludit omnimodo matrem: Itaque quod suadet & contextus, ut ad proxime antecedens hoc referatur, sententia huius loci est: quod avus & proavus non præferantur matri, ubi patre defuncti præmortuo, soli supersunt mater & avus, quem illa excludit. Quod si enim superstit pater, quo potior est avus, fit; ut avus matrem excludat: quæ scilicet est species *in l. aquissimum.* 5. §. 2. *h.t.* Si avus manumiserit nepotem quem ex filio habuit, & filium in potestate retinuerit, mortuo nepoti succederet mater ex hoc SCto, si pater non supereffet: hic autem cum matri ex ipse SCto præferatur, avus autem jura patroni habeat in nepote emancipato, & propterea patri successione nepotis præferatur, fit inde ut avus, qui præfertur patri, excludat matrem, quam alias excluderet pater: neque enim prodesse debet matri: quod speciali jure patroni avus patrem excludit. Quem casum procul dubio hic respexit Justinianus. Et cum hic avus speciali manumissionis jure sit tanquam patronus vincat patrem, non procedit hic regula, si vinco vincentem te multo magis vinco te, de qua hic tractant Dd. cum & amplius filius hic & respective pater sit in patris sui, qui defuncto avus est, potestate.

Quartus casus hujus §. est *in verf. frater*, ubi cum matre concurrant collaterales. Et quoniam tantum de fratribus sororibusve hic tractat Justinianus, apparet cæteris omnibus collateralibus haud dubie præferri matrem. Fratres autem sororesve aut sunt uterini, quos excludit mater, quia horum quoque multa hoc §. mentio: (in quo agitur de sententia hujus Senatusconsulti: sed Justin. uterinis quoq; jus agnationis quo ad hunc effectum dedit, & eos cum matre admisit, §. *hoc quoque supra de*

legit.

legit. agn. succ. & §. sed cum §. infra h. tit.) aut sunt consanguinei. Et hic aut tantum superstites sorores consanguineæ, & cum iis concurrit mater in partes viriles: aut fratres consanguinei: & per hos excluditur mater; & consequenter licet supersit, cum fratre soror consanguinea, hoc non prodest matri, ut succedere possit, utcunque soror consanguinea, cum fratre concurrat: neque enim ipsa excludit matrem, sed frater, qui tamen sororem excludere non potest. Hæc est solida hujus §. explicatio: cujus tamen, ut ante monuimus, non est magna imo pene nulla hodie utilitas, postquam Justin N. 118. totum jus vetus immutavit, & de successione simul matris sive filij, sive cum patre aut sororibus & fratribus concurrentis, jus diversum plane constituit: juxta quod cum patre concurrit, & cum fratribus utrimque conjunctis, fratres autem etiam consanguineos tantum, excludit.

Onerata liberis.] Equidem liberi sunt oneri matri & labori. Sed cum hic agatur de Senatusconsulto Tertulliano, ex quo mater, quæ tres vel quatuor liberos habet admittitur ad successionem, & hoc propter liberos, non recte liberi hactenus pro onere haberi possunt. Et proinde probabilis est conjectura Cujac. in notis ad Ulp. *tit. ult.* ut legatur, *honorata*, quomodo etiam in alio casu apud Ulp. legitur, & ita *Theoph. in §. sed cum ante inf. h. t.* vocat matrem δικαίῳ παιδίων βαρυνομένην, jure liberorum ornatam.

TEXTVS.

3. Sed nos, constitutione, quam in Codice nostro nomine decorato, posuimus, matri subveniendum esse existimavimus, respicientes ad naturam, & puerperium, & periculum, & sæpe mortem ex hoc casu matribus illatam. Ideoq; impium esse credidimus, casum fortuitum in ejus detrimentum admitti. Si enim ingenua ter, vel libertina quater non peperit, immerito defraudabatur successione suorum liberorum. Quid enim peccavit, si non plures sed paucos peperit? Et dedimus matribus jus plenum legitimum, sive ingenuis: sive libertinis, etsi non fuerint ter enixæ, vel quater, sed eum tantum vel eam qui quæve morte intercepti sunt, ut sic vocentur in liberorum suorum legitimam successionem.

COMMENTARIUS.

MUtatio juris veteris, per Justin. *in l. ult. de jur. liber.* ubi Justin. dedit matri jus successionis, licet ingenua tres vel libertina quatuor liberos nó pepererit. Et vellem ut simpliciter pro sua autoritate & imperio ita statuisset, quam solido more disputando, ineptum se præbuisset. Sane si matri Romanis LL. jus, liberis succedendi competiisset, & iis aliquid Tertullianum SCtum ademisset, ita probabiliter aliquatenus disputaretur. Verum per SCtum hoc jus matris melius factum est, ideoque nec habet, quod conqueratur. Et eadem ratione quæsiverit Tribonianus, cur L. Papia Poppæa non tantum cælibibus pœnæ fuerint indictæ, sed & orbis patribus, etiam qui in fœcundum matrimonium nulla sua culpa fuissent experti. Et Romanus Legislator studium omne suum direxit, ut cives ad prolem tollendam invitaret: utcunq; forte in uno atque altero aliquid injuriæ id sapere videretur. Et qui tum temporis fuerint mores, quæ libido & flagitia fœminarum, quæ etiam frequenter abortionibus operam dabant, licet vel ex unico Juvenalis loco intelligere.

Sed jacet aurato vix ulla puerpera lecto,
Tantum artes hujus, tantum medicamina possunt,
Quæ sterilis facit, atq; homines in ventre necandos
Conducit.

TEXTVS.

4. Sed cum antea constitutiones, jura legitimæ successionis perscrutantes, adiuvabant partim matrem, partim eam prægravabant, nec in solidum eam vocabant, sed in quibusdam casibus tertiam ei abstrahentes partem, cæteris legitimis dabant personis: in aliis autem contrarium faciebant: nobis visum est recta & simplici via, matrem omnibus legitimis personis anteponi, & sine ulla diminutione filiorum suorum successionem accipere: excepta fratris & sororis persona (sive consanguinei sint, sive sola cognationis jura haben-

Digitized by Google

bentes) ut quemadmodum eam toti alii ordini legitimo præposuimus, ita sorores & fratres omnes, (sive sint legitimi, sive non) ad capiendas hæreditates simul vocemus: ita tamen ut siquidem solæ sorores agnatæ vel cognatæ, & mater defuncti vel defunctæ supersint, mater quidem dimidiam, alteram vero partem dimidiam omnes sorores habeant. Si vero matre superstite, & fratre vel fratribus solis, vel etiam cum sororibus, (sive legitima sive sola cognationis jura habentibus) intestatus quis vel intestata moriatur, in capita distribuatur eius hæreditas.

COMMENTARIVS.

PErtinet hoc simul ad casum quo mater liberis non erat honorata, nec ter aut quater enixa: nam & constitutiones principum his matribus ante Justinianum succurrerunt, non autem plenum jus succedendi dederunt, sed partem eamq; majorem agnatis, reverentia quadam veteris juris reliquerunt. Verba breviter percurramus. Ait:

Cum antea constitutiones.] Exstat plane hujusmodi constitutio Constantini, quæ matrem partim adjuvat, partim prægravat *in l. 1. C. Theod. de legit. hered.* Adjuvat eam, quia matri etiam non honoratæ liberis, sive non habenti jus liberorum, tertiam partem ex bonis defunctorum liberorum tribuit detractam agnatis, qui alias solidum habuissent: prægravat eam, dum matri habenti jus liberorum, detrahit partem tertiam & eam proximis ultra fratrem agnatis, nimirum patruo, hujusque filio & nepoti, & non ultra, tribuit: cum tamen hoc casu SCto Tertulliano mater solidum habuisset, idque ita quoque Theoph. explicat. Pertinet & ad hanc rem sub eodem tit. constitutio secunda, sed ea in priori parte ita corrupta, ut ejus sententiam adsequi non possim. Sed & *l. pen. eod. tit.* matri licet jus habenti liberorum, si tamen iterum nupserit, adimit proprietatem bonorum defuncti filii, quæ a patrino prieri provenerunt.

Præjudicia tam abstrahentia.] Matris liberis honoratæ, ut est *in d. l. 1. C. Theod. de legit. hared.*

Illa contrarium facientia.] Dum matri jus liberorum non habenti, tertiam partem dabant *d. l. 1.*

Nobis visum est.] *In § prec. & l. ult. C. de iur. lib.* omnibus matribus (oportet enim matres esse ut de successione liberorum quæri possit) datur jus trium quatuorve liberorum. Sed necdum hoc satis erat: nam & quæ jus liberorum habebat, tamen ex SCto Tertull. per fratrem defuncti excludebatur. §. 3 *sup. h. t.* Hoc mutavit Justin *in l. ult. C. h. t.* ubi matrem etiam cum fratre admittit. Nam ne matr præferantur aliæ personæ legitimæ & agnati præter fratres, itemq; ne mater tantum tertiâ habeat, quæ jus liberorum non habet, ista consequuntur *ex § praced. & ex l. ult. C. de jur. liber.* quibus locis indistincte matribus datur jus trium aut quatuor liberorum. Illud autem corrigendum supererat, quod matri etiam jus liberorum habenti patruus & ejus liberi detrahebant tertiam *d. l. 1. C. Theod. de legit. heredit.* quod scilicet hoc §. tollitur *hoc vers.* ut mater omnibus agnatis; præponatur sine ulla diminutione videlicet tertiæ partis.

Exceptæ fratris & sororis persona.] Ex SCto Tertulliano frater consanguineus excludebat matrem: soror consanguinea cum ea concurrebat. Sorores & fratres uterini per matrem excludebantur. Hoc mutavit Justinianus, & hos quoq; cum matre admisit. Dixerit quis, cum Justinianus auxisset jura matris & pleniora fecisset, quam essent ex SCto Tertulliano, non debuisse eum hactenus deterius jus matrum facere, quam erat ex hoc SCto. Huic quasi objectioni occurrit Justin. *in vers. ut quemadmodum*, in hanc sententiam: non habere matrem, quod conqueratur, cuius conditionem tot modis fecerit potiorem, contra omnes omnino agnatos (ut nihil plane ei petraheretur, etiamsi jura liberorum non haberet) si etiam non alteua parte jus fratrum & sororum ampliavit, & veterinos quoq; cū ipsa matre admisit: quippe quæ ex ipsa quoq; edi[illegible]i sunt.

Ita tamen.] Modus succedendi & dividendæ hereditatem, inter matrem & fratres sororesque defuncti: ut mater cum sororibus solis in dimidiam partem: cū fratribus solis, aut cum fratribus & sororibus simul in æquales partes concurrat. Sed totū hoc mutatum est *Nov.* 118. ex qua, ut diximus, mater omni modo fratres & sorores, ex uno latere cōjunctos excludit, cum cæteris æqualiter succedit.

TEXTVS.

5. Sed quemadmodum nos matribus prospeximus, ita eas oportet suæ soboli cōsulere: sciturisi eis, quod si tutores liberis

Digitized by Google

non petierint, vel in locum remoti, vel excusati in annum petere neglexerint, ab eorum impuberum morientium successione merito repellentur.

COMMENTARIUS

1 *Mater à successione impuberum non posito tutore excluditur.*

2 *An excusetur mater, si pupillus intra annum mortuus sit.*

REipublicæ interesse creditur, ut pupilli habeant tutores arg. *l.* 2. §. *divus, qui pet. tut.* Itaque constitutum est, ut & magistratus ex officio dent tutores: & quia sæpe magistratus ignorant, an pupilli habeant tutores, ut alii tutores pupillis petãt, qui vel ab initio non habent, vel quorum tutores excusati, mortui aut remoti fuerunt, aut alias esse desierunt; Et hoc quibusdam est voluntas, veluti in cognatis familiaribus, amicis, &c. *d. l.* 2. *in pr.* in quibusdam necessitatis, ita ut si hoc officium negligant vel coerceantur, irrogata multa & pœna: veluti liberti *d. l.* 2. §. 1. *qui pet. tut.* vel lucro successionis priventur, veluti matres *d. l.* 2. §. 1. ubi simpliciter dicitur, quod repellantur à legitima hæreditate liberorum: & ibidem §. *divus* 3 quod non habeant ius vindicandorum bonorum, intestatorũ liberorum, idemque *in l.* 2. §. *si mater* 23. *h. t.* Sed enim id tum demum locum habere, si filius impubes moriatur, probat *hic* §. ibi *impuberum morientiũ*, & apertius *in l. sciant.* 10. *C. de legit. hæred. & in l. omnẽ* 6. *C. h. t.* ibi, *si impubes moritur*, & adhuc apertius *in l.* 3. *C. eod.* ubi cum Constantinus dicat id esse certũ, quod non excludatur ab illorum puberum defunctorum successione, puto id jam olim ita observatum, non primo à Constantino temperatum, ut putat Hottom. hic. Et ratio est, quod cum pubes testamentum facere potuerit, intestatus dum moritur iniuriam, si qua fuit, matri remisisse & tacite illi hæreditatem reliquisse videtur, *arg. l.* 8. *de iur. codicill.* & hanc limitationem etiam expresse ponit *Theoph. hic.* Ista autem pœna & hodie obtinebit, si mater nec tutores petat, nec ipsa bona administret. Id enim hodie matri est concessum N. 118. *c.* 5. ut si velit administrare, in tutela liberorum omnibus agnatis & dativis tutoribus præferatur. Quod si pater testamento dederit tutorem, non opus est, ut mater petat.

Intra annum.] Late de hoc tractat *Ang. hic.* & refert communem esse sententiam, quod omnimodo excusetur à pœna mater, si nec dum anno elapso pupillus mortuus sit. Sed falsa sententia est: & *in l.* 2. §. *divus. qui pet. tut.* requiritur: ut *confestim* petat tutores. Nec movet *l.* 2. §. *confestim* 43. *h. tit.* quia excusatur mater usque ad annum, si iusta causa impedita fuerit: vult autem ibi JCtus nullam causam admitti, quæ matrem ultra annum excuset: Quod si nullum impedimentum obstet, confestim & ubi copia prætoris haberi potest, petendum esse tutorem. Non displicet tamen Bartoli ab Angelo relati sententia, ut satis sit intra quinquaginta dies tutorem esse petitum: cum quivis tutor tantum temporis habeat ad interponendam excusationem *l. sui* 13. *de excus. tut. l. qui autem.* 16. *sup. eod.*

TEXTUS.

6. Licet autem vulgo quæsitus sit filius filiave: potest tamen ad bona eius mater ex Senatusconsulto Tertulliano admitti.

COMMENTARIUS.

MAtri liberi nec sui, nec agnati sunt: sed tantum naturalem cognationem spectavit SCtus Tertullianum: itaque non mirum est, si ad cuiusque filii aut filiæ successionem ex SCto mater admittitur *hoc textu & l.* 2. *in pr. &* §. 1. *eod.* licet spurius aut vulgo quæsitus sit, *dd. text.* mater enim semper certa est: cum nec, qui vulgo quæsitus est, & qui patrem nõ habere intelligitur, à quo sunt agnationis & familiæ jura, ullos agnatos habeat, qui matris ius & successionem dubiam facere possint. Hæc magis confirmantur ex *l. si spurium.* 4. *unde cognati.*

AD TITVLVM IV.
LIBRI TERTII Institutionum.
DE SENATVSCONSVLTO Orphitiano.

TEXTUS.

Per contrarium autem liberi ad bona matrum intestatarum admittuntur, ex SCto Orphitiano, quod Orphitio & Rufo Consulibus effectum est D. Marci temporibus

&

& data eſt tam filio, quam filiæ legitima hæreditas, etiamſi alieno juri ſubjecti ſint: & præferuntur conſanguineis & agnatis defunctæ matris.

COMMENTARIVS.

QUÆ ratio fecit, ut ex L. 12. tabb. mater non poſſet ſuccedere liberis, eadem fecit, ut liberi non poſſent ſuccedere matri, quippe cui nec ſui, nec agnati ſunt. Sed cum placuiſſet hoc tribuere naturali conjunctioni, ut ſuccederet mater liberis, merito etiam placuit ut liberi poſſent ſuccedere matri, cum & potior ſit conditio liberorum, qui ex voto parentum ipſorum, ſuperſtites eſſe debent. Itaque potius erat ut primo conſuleretur liberis: quod tamen contra factum hinc apparet, quod iſtud SCtum poſterius fuit Senatuſconſulto Tertulliano, quod ſub Hadriano ſeu potius eius ſucceſſore Antonino Pio factum fuit: hoc autem ſub Imp. Marco & Antonino Philoſopho, Antonini Pii ſucceſſore. Itaque hic eſt intelligendus ſacratiſſimus princeps *in l. pen. ad SC. Tertull.* cuius oratione id effectum eſſe ibidem ſcribit JCtus: vulgo enim notum eſt, quod quæ obtinere volebant principes boni, ea Senatui prius proponerent, vel coram, vel per epiſtolam: quas principum orationes poſtea SCta ſubſequi ſolebant. Ex hoc itaque SCto liberis primi gradus datum eſt jus ſuccedendi matribus inteſtato defunctis: non etiam ulterioribus. Nec obſtat *l. Modeſtinus 8. unde cognat.* quoniam ibi agitur de Edicto, unde cognati, ex quo etiam nepotes ad aviæ ſucceſſionem poſt agnatos venire poſſunt. Sed ex hoc SCto vocantur cum prærogativa ante omnes agnatos liberi primi gradus. Et vocantur etiamſi alieno juri ſubjecti ſint *h. princ. & d. l. pen. eod.* ſicut & verſa vice matres ſuccedunt liberis, licet ipſæ ſint in aliena poteſtate §. 2. *in fin. tit. præced.* & nimirum, & hic liberi adibunt juſſu patris ſicut illo caſu matres *d. §. 2.* Matrem autem de cuius ſucceſſione quæritur, ſui juris fuiſſe oportet, ex illius juris ratione, nam hodie poſt N. 118. in adventitiis, quorum proprietas liberis eſt reſervata licet in poteſtate ſint, ab inteſtato tamen poſſunt hæredem habere. Hoc autem potius ex hoc Senatuſconſulto liberi habent, quod non tantum cæteris agnatis, ſed etiam matris defunctæ fratribus etiam conſanguineis in ſucceſſione præferuntur *h. pr. in fin.* cum ex SCto Tertulliano frater defuncti præferatur matri *l. 3. tit. præced.* Dicitur autem legitima hæreditas, vel oppoſite ad teſtamentariam, quo ſenſu etiam prætoria hæreditas legitima dici poteſt: vel potius, quia Senatuſcōſulta faciunt partem juris civilis: & ita ſimpliciter hæredes fieri dicuntur ex Senatuſconſultis *in l. 3. in fin. de petit. hared.* & quod per SCta quoque vere hæres fiat non bonorum poſſeſſor, docet Juſtin. *inſ. de bonor poſſ. in pr. verſ. Quos autem.*

TEXTUS.

1. Sed cum ex hoc SCto nepotes & neptes ad aviæ ſucceſſionem non vocarentur, poſtea hoc conſtitutionibus principalibus emendatum eſt, ut ad ſimilitudinem filiorum filiarumque, & nepotes & neptes vocentur.

COMMENTARIVS.

SIcut SCtum Tertullianum tantum matri non ibidem aviæ detulit liberorum hæreditatem: ita quoq; Orphitianum nimia juris veteris reverentia, tantum in gradu primo liberorum ſubſtitit, & excluſit nepotes neptesve, quos poſtea admiſerunt conſtitutiones. Extat conſtitutio *inſ. ſi defunctus. 4. C. Theod. de legit. hared.* quæ vocat etiam nepotes & neptes ad ſucceſſionem aviæ, ſed cum diminutione quartæ: de qua diximus *ad §. pen. & ult. ſup. tit. 1.* Hodie poſt *N. 118. c. 1.* jus liquidum eſt, ſublata omni prærogativa & differentia ſexus, & agnationis.

TEXTVS.

2. Sciendum autem eſt, huiuſmodi ſucceſſiones, quæ ex Tertulliano & Orphitiano, SCtis, deferuntur, capitis diminutione non perimi, propter illam regulam, qua novæ hæreditates legitimæ capitis diminutione non pereunt, ſed illæ ſolæ, quæ ex L. 12. tabb. deferuntur.

COMMENTARIVS.

CUM etiam inter ſpurios liberos & matrem, hinc inde ſit capiendi jus, §. *ſeq. h. t. & §. ult. tit. prec.* apparet, quod hoc jus per capitis diminutionem minimā amitti non poſſit: *h. §. & l. capitis. 11. de ſuis & legit.* hac quoque perſpicua ratione, quod emancipatio ſive adrogatio, jus ſuitatis & familiæ tollit aut mutat: atquin liberi & mater ſibi nec ſui, nec agnati ſunt, quæ ſolidiſſima ratio eſt: quæ eadē

oſtendit cur hæreditates, quæ deferuntur L. 12. tabb. hac capitis diminutione perimantur: quoniam deferuntur tantum ſuis & agnatis. Eodemque pertinet ratio JCti *in l. tutelæ 7. verſ. ex novis de cap. min.* quod ex novis LL. ita deferantur hæreditates, ut perſonæ deſignentur naturaliter, veluti, mater, filius, quæ nomina etiam manent poſt hanc capitis diminutionem. Lex autem 12. tabb. detulit hæreditatem ſub nominibus ſuorum & agnatorum: quæ ſunt civilia nomina, & minima quoque capitis diminutione evaneſcunt. Illa autem alias ratio qua Juſtin. *h.* §. utitur videri poſſit petere principium, *in verſ. propter*: ſed ita ut dixi eſt explicanda. Perſpicuum autem eſt intelligi hoc §. minimam capitis diminutionem: nam ſiquidem ea intervenerit, quæ civitatem tollit, ſucceſſioni nulli amplius poteſt eſſe locus. Idque docet Ulpianus *in l. 1. §. capitis. 8. h. t.*

TEXTVS.

3. Noviſſime ſciendum eſt, etiam illos liberos, qui vulgo quæſiti ſunt, ad matris hæreditatem ex SCto admitti.

COMMENTARIVS.

RAtio patet ex prædictis, præſertim ad §. *ult. tit. præced.* nec ab inteſtato tantum veniunt ſpurii, ſed & præteriti à morte inofficioſi querelam habent *l. ſi ſuſpecta 29. §. 1. de inoff. teſtam.* Eadem quod hoc §. *eſt in l. 1. §. 2. h. t.* Itaque non tantum cum ſoli ſunt, ſed etiam cum legitime natis liberis concurrent: ſiquidem ſimpliciter admittuntur *dd. textt.* & probat *l. pen. inf. §. h. t.* ubi tantum *inpr.* excipitur mater illuſtris.

TEXTVS.

4. Si ex pluribus legitimis hæredibus, quidam omiſerint hæreditatem, vel morte vel alia cauſa impediti fuerint, quo minus adeant, reliquis qui adierint accreſcit illorum portio: & licet ante deceſſerint, ad hæredes tamen eorum pertinet.

COMMENTARIVS.

DIximus ſup. *ad tit. 2.* non quidem fuiſſe olim ſucceſſionem in agnatis de gradu in gradum; ſed cum Lex omnes qui proximo gradu ſunt, ſimul vocet, uno deficiente partem eius reliquis qui adeunt hæreditatem, accreſcere, non ſecus ac ſi unus ex pluribus hæredibus inſtitutis, deſeciſſet, ut proinde non tantum in ſucceſſione teſtamentaria ſed etiam quæ ab inteſtato defertur, ſit locus juri accreſcendi, ut hic §. docet & *l. 1. §. ſi nemo 9. D. eod. l. ſi ex pluribus 9. de ſuis & legit.* eſt enim hic §. generalis ad totam materiam ſucceſſionis ab inteſtato. Et ratio, quod nemo pro parte teſtatus & pro parte inteſtatus decedere poſſit, particularis eſt: generalis autem, quod nemo poſſit habere hæredem pro parte, aut diverſi generis hæredes: ut partem habeat qui v. c. ab inteſtato venit, & partem occupet fiſcus.

Et licet ante deceſſerint.] Poſtquam ſcil. jam adquiſierunt partem ſuam, ſive ipſo jure adquiſitam, (quæ ita tranſmittitur porro in hæredes; quod à ſuis locum habet, & qui hactenus jus ſuorum acceperunt ex *l. un. C. de his qui ant. aper. tabb.*, ſive per additionem hæreditatis, quæ extra caſus jam dictos neceſſaria eſt, & antequam non poteſt tranſmitti hæreditas, quippe non adquiſita: itaque ſi ante deceſſerit, qui ex Lege vocatur: non poteſt portio deficiens ad eius hæredes pertinere: & apparet adeo, quod hic in fine dicitur, *licet ante deceſſerint* non hoc ſignificare, ſi deceſſerint antequam adquirerent hæreditatem, ſed antequã altero repudiante pars accreviſſet: cum ipſi jam partem ſuam legitimo modo adquiſiſſent: quo facto cum ipſis mortuis portio illa ad hæredes pervenerit, quod poſtea deficit, portioni illi aggregatur & accedit: quandoquidem portio accreſcit portioni *l. ſi Titio 33. in f. de uſuf.* Idem eſt in *l. ſi pluribus 9. de ſuis & legit.*

AD TITVLVM V. LIBRI TERTII Inſtitutionum.

DE SVCCESSIONE COgnatorum.

TEXTVS.

Poſt ſuos hæredes eoſque quos inter ſuos hæredes prætor & conſtitutiones vocant: & poſt legitimos (quo numero ſunt agnati, & ii quos in locum agnatorum, tam ſupradicta SCta, quam noſtra erexit conſtitutio) proximos cognatos prætor vocat.

Com-

COMMENTARIVS.

CONtinuatio eſt ad *tit præcedd.* Ex L. 12. tabb. ſunt duo ordines ſuccedendi, ſuorum & agnatorum: & ita ut qui vere tantum ſunt ſui agnatique ex hac L. ſuccedant. Recentiora jura non quidem addiderunt ordinem novum, ſed aliquibus perſonis jura ſuorum & agnatorum dederunt, de quibus hactenus actum eſt, & quibus addendus eſt emancipatus quo ad jus ſuccedendi fratri de quo § 1 *h.t.* Sed prætor tres gradus & ordines ſuccedendi fecit, liberorum (non enim dixi *ſuos*, ut latius pateret ille ordo) legitimorum, ſub quo vocavit agnatos, & jus agnatorum habentes: ex SCtis & aliis LL. præter L. 12. tabb. *l.* 2. § *ult. & l.* 3. *unde legit.* & cognatorum: quibus reliquos ſanguine naturaliter conjunctos, & prioribus ordinibus excluſos, admiſit: ſed Juſtinianus eos pari jure cum agnatis vocat *Novell.* 118. *c.* 3. & 4. modo ex juſtis nuptiis procreati ſint, prout ſunt perſonæ de quorum ſucceſſione agitur.

Inter ſuos.] De quibus tit. 1. & quæ notavimus *ad pr. tit.* 2.

Senatuſconſulto.] De quibus tit. duobus præced. actum eſt.

Noſtra conſtitutio.] De qua *in* §. *hoc etiam* 4. *ſup. de legit. agn. ſucc.*

TEXTVS.

1. Qua parte naturalis cognatio ſpectatur: nam agnati capite diminuti, quique ex his progeniti ſunt, ex Lege 12. tabularum inter legitimos non habentur: ſed à prætore tertio ordine vocantur; exceptis ſolis tantummodo fratre & ſorore emancipatis, (non etiam liberis eorum,) quos Lex Anaſtaſiana cum fratribus juris integri conſtitutis vocat quidem ad legitimam hæreditatem fratris ſive ſororis, non tamen æquis partibus, ſed cum diminutione, quam ex ipſius conſtitutionis verbis facile eſt intelligere. Aliis vero agnatis inferioris gradus, licet diminutionem capitis non ſint paſſi, tamen anteponit, eos, & procul dubio cognatis. Eos etiam qui per feminini ſexus perſonas ex tranſverſo, junguntur cognatione, tertio gradu proximitatis nomine prætor ad ſucceſſionem vocat. Liberi quoque qui in adoptiva familia ſunt, ad naturalium parentum hæreditatem, hoc eodem gradu vocantur, vulgo quæſitos agnatos nullos habere manifeſtum eſt, cum agnatio à patre ſit, cognatio à matre: hi autem patrem intelligantur nullum habere. Eadem ratione, nec inter ſe quidem conſanguinei videri poſſunt: quia conſanguinitatis jus, eſt ſpecies agnationis. Tantum ergo cognati ſunt ſibi, ſicut & matri cognati ſunt. Itaque omnibus iſtis poſſeſſio bonorum competit ex ea parte, qua cognati vocantur proximitatis nomine.

COMMENTARIUS.

PLacuit conjunctim hæc uno contextu proponere, in quo referuntur hi qui ex tertio capite. Edicti prætoris, *unde cognati*, vocantur. Et primo loco hi ſunt, qui cum etiam agnati eſſent, per capitis diminutionem minimam eſſe deſierunt, & cognati tantum manſerunt: jus enim cognationis minima capitis diminutione non perimitur: quia eſt à jure ſanguinis *l. iura* 8. *de reg. jur.* §. *pen. ſup. de ea. diminut.* itaque hoc modo legitimarum hæreditatum jus perit, quoniam ut *in pr. huius textus* ait Juſtin. ita capite diminuti ex L. 12. inter legitimos non habentur, & diximus *ad* §. 2 *tit præced.* ſed ſalvum manet, quod eſt à ſanguine & cognatione naturali, quam hoc edicto ſpectaſſe prætorem *in pr. huius textus* ait Juſtin. Nam bonorum poſſeſſionem ex ſecundo capite, unde legitimi, his qui capite diminuti ſunt prætor non concedit *l.* 1. *und. legit. l. legitimis* 5. *und. cogn.* Ex hoc numero ſunt emancipati, & proinde frater emancipatus ex capite ſecundo fratri ſuo ſuccedere non poterat, vel ſolus vel cum aliis fratribus integri juris, id eſt, qui capitis diminutionem non paſſi, jus cognationis integrum habebant. Sed Anaſtaſius Imp. jus agnationis ei dedit, ut fratri ex capite *unde legitimi.* & agnatus ſuccedere poſſit, attamen cum diminutione partis, (ut ſcil. integri juris frater duplum & alterum tantum haberet, ut Theoph. hic ſcribit) ut hic refertur & in *l. ult.* §. 1. *C. de legit. hered.* Ad quam conſtitutionem cujus veſtigium eſt

in l. C. de legit. hæt. Justin. hic nos remittit : quæ scil. extitit in primo Codice, postea in secundo omissa: quoniam dupliciter ei derogavit Justin. tum quod æquo jure admisit emancipatum sine diminutione aliqua *d. l. ult.* §. 1. tum quod emancipati quoque liberos jure agnatorum admisit , *d. l ult.* §. *cum autem* 3. *C. de legit. hær.* quos non admiserat Anastasius hoc textu: adeoque ipse hic §. simul hactenus correctus est per *d. l. ult.* nisi tantum relative id hic propositum quis putet, sed sane in *d. l ult.* posterior est Institutionibus , quarum *in d. l. ult.* meminit. Hodie ex *N.* 118. sublata cognationis & agnationis differentia, jus liquidum est : & fit ex eadem Nov. ut non amplius omnibus cognatis anteponi possit, contra quam olim ut *h. text. vers. aliis vero*, siquidem si sit consanguineus tantum , & sive emancipatus sive non, frater sive soror uterini , & ita tantum cognati, cum eo concurrunt. Et ex eadem expeditius est , quod hic traditur emancipatum omnibus agnatis inferioris gradus anteponi. Cæterum ad hanc classem eorum qui capitis diminutione jus agnationis amiserunt, pertinent etiam qui in adoptionem à patre dati sunt , aut etiam ipsi cum emancipati essent, aut alias sui juris, adrogandos se dederunt: nam & isti hoc tertio capite , cum natura cognati maneant, vocantur *h. text. vers. liberi* §. *admonendi* 13. *sup. tit.* 1. de quo itidem hodie post *N.* 118. non est dubitatio, ex ratione *l.* 1. §. *cognationem* 3. *unde cogn.* qui cum *dicto versicul. liberi* est conjungendus.

Deinde vocantur ex tertio capite , qui nunquã agnati, sed semper cognati in specie, dicti fuerunt: & nimirum per fœminas conjuncti *h. text. vers. eos* ubi addit, *ex transverso gradu*, quia qui sunt in recta linea. vocantur ex priori capite , cum jus legitimũ ex SCtis & constitutionibus habeant , juxta supra tradita. Neque interest an illa conjunctio per fœminam sit ex legitimo concubitu matrimonij, an ex concubitu extra matrimonium , juxta *vers. vulgo h. textu:* velutì si sint nati ex concubina vel etiam ex scorto: qui concubitus jure Romano liciti, utique extra pœnam erant. Secus dixerim non tantum in adulterinis & incestuosis liberis, quibus nec alimenta deberi traditur vulgo ex *N.* 89 *cap. ult.* sed etiam in natis ex simplici stupro: qui ipsi tamẽ sub verb. *damnatis* contineri possunt. Et isti scil de quibus agitur *in d. vers. vulgo*, penitus ex nullo alio capite quam cognatorum admitti possunt , cum nullos habeant agnatos, ut ibi ait Justin. quos tantum habere possunt ex justis nuptiis editi , eos videlicet, qui ipsis per patrem conjunguntur, quem hi liberi extra nuptias concepti habere non intelliguntur *l. vulgo* 23. *de stat. hom.* & *h. text.* in quo agitur de vulgo quæsitis : nam quod naturales attinet, dicitur concubinatus permissus Legib. sed hi tamen quoque nihilo magis possunt habere agnatos , quoniam non sunt in familia & potestate patris, ex quo pendet jus agnationis: & generaliter traditum est , liberos qui extra nuptias nati sunt, non sequi patrem sed matrem *L. cum legitima* 19. & *L. lex natura* 24. *de stat. hom.* Quod si huiusmodi liberi non sunt agnati, nec poterunt, & multo minus essent invicem consanguinei , *d. textu l. si spurius* 4. *unde cogn.* quoniam aliquanto plus hoc est , quippe species agnationis, & semper differentia addita ad genus facit speciem. Relinquitur igitur ut & matri & sibi invicem, tantum cognati , & quod tandẽ cõcluditur, non possint succedere nisi ex tertio c. quo prætor pollicetur bonorum possessionem nomine proximitatis. Quod verbum quidem ex sui significatione propria latius patet : sed fere in hac materia pro conjunctione ea usurpari solet , quæ est inter eos qui tantum sibi cognati sunt , ut *hoc textu vers. eos & vers. vulgo & §. seq. h. t. & sup. de SC. Tertull. in pr. & §. caterum* 3. *vers. sed quia & vers. donec. prætores sup. de legit. agn. succ. l.* 4. *unde cogn. in pr. infr. de servil. cogn.*

TEXTVS.

1. Hoc loco illud necessario admonendi sumus, agnationis quidem jure admitti aliquem ad hæreditatem etsi sit decimo gradu, sive quæramus de Lege 12. tabularum, sive de edicto , quæ prætor legitimis hæredibus daturum se possessionem bonorum pollicetur. Proximitatis vero nomine iis solis prætor promittit possessionem bonorum , qui sunt usque ad cognationis gradum sextum , & ex septimo , à sobrino sobrinaque nato natave.

COMMENTARIUS.

1 *An ultra decimum gradum detur successio.*

DE termino successionis usque ad quem porrigatur : & proponit differentiam inter eam successionẽ: quæ est ex tertio capite *unde cognati* : & quæ ex capite *unde legitimi* : quod ex illo tantum succedatur usq; ad sextum gradum, sed capite *unde legitimi* , & omnino jure agnationis succedi etiam decimo gradu: Et prius illud satis constat, ultra sextum gradũ cognatos à prætore vocatos non fuisse:

h. textu

Digitized by Google

b. textus & l. 1. §. *hac autem*, 3. *l. pen. unde cognati* : nec dubitatur ab Interpp. quin sublata differentia agnationis & cognationis *N.* 118. ita quoque differentia sublata sit: cum & indistincte *in d. N.* 118. *c.* 3. *inf.* ubi pariter de cognatis & agnatis agitur, scriptum sit, omnes deinceps succedere: idque ita receptum ab omnib. testatur *Forster.* 3. *de success. c.* 9. Et jejuna est disputatio an idem procedat, si cognatus non beneficio *N.* 118. sed ex edicto prætoris velit succedere: de quo *Mynsh. hic. & Forst. d. loco.* Sed hinc differentiæ veteris ratio petenda est, quæ plus tribui debuit successionis ordini qui est ex jure civili, veteri & agnationis jure nititur: quam ei quæ niteretur mera indulgentia prætoris. Cur autem prætor sexto gradu & nõ quinto vel septimo terminavoluerit, successionem, vix dari ratio potest: nisi forte hæc eum movit quod in sexto gradu finiuntur nomina & appellationes personarum, ut patet ex tit. *seq. & l.* 10. §. *sexto* 16. *cum seq. de gradib. l.* 4. §. 2. *de in jus vocand.* quam rationem perspicue ponit *Paul. 4. sent.* 11. *in fin.* Istud autem controversum est, 1. an quod dicitur hic de decimo † gradu quo ad ordinem agnationis, pariter determinet, sicut illud quod dicitur de sexto gradu quo ad ordinem cognatorum, ita ut ultra decimum gradum cognati non admittantur. Quod ex hoc ipso rationis videtur, ut æqualis sit determinatio: cum nec appareat ratio, cur decimi gradus mentionem facere debuisset, si ultra eum agnatos admitti putasset: quod suadet vel maxime collatio cum ordine cognatorum, ut utrobique numerus terminum succedendi designet: quem aliquem esse ratio videtur suadere, & quem si tollas hodie præsertim exæquato agnationis & cognationis jure, numquam quarto capiti ex quo vocantur conjuges, futurus sit locus: possit alicui sine ullo usu videri ista disputatio, si verum est quod hic Wesembecius ait, quod natura non aut vix patiatur ultra sextum gradum vitam cognatorum consistere: quanto minus ultra decimum gradum: & ita quoque *Paulus 4. sent.* §. *ult* successionis, inquit, idcirco septem (ait autem septem, quia duæ personæ ex isto gradu vocantur) sunt constituti gradus, quia ulterius per rerum naturam nec nomina inventri nec succedentibus vita prorogari potest. Sed quod Paulum attinet, puto ego eum maxime ad successionem superiorum sive in recta sive in transversali in æquali linea respexisse: ceteroquin quo ad æqualem lineam præcipue, & in ea collaterales, non animadverto, quominus etiam in gradu vicesimo invicem à se distantes reperiri possint: velut si ex duobus fratribus hinc inde continua serie propagatam sobolem ponas, ideoq; ridicula est ratio differentiæ reddita à Mynsh. quod natura neminem ultra septimum gradum vivere permittat, sed jura civilia in infinitum jura agnationis civilia producere potuerint. Nam 1. non agitur hic de successione descendentium, sed collateralium: quos ultra septimum gradum non reperiri, credere & dicere sit insanum. 2. utiq; qui per patrem & masculos naturali generatione conjuncti sunt, natura quoque sibi sunt conjuncti: quos ridicule ultra septimum gradum admitteret jus civile, si natura eos vivere non permitteret. Et vero ultra decimum gradum quoq; admissos fuisse agnatos & admitti hodieque debere, facit, quod nulla ratio dari potest, quæ decimo gradu hoc succedendi jus constringat: cum etiam L. 12. tabularum indistincte sine aliqua determinatione gradus proximo agnato detulerit hæreditatem: convenit quod sup. *in* §. *caterum in pr.* bis & iterato, itemq; *in* §. *ult. vers. amotis infr. de servil. cognat.* dicitur adnatos admitti etiamsi longissimo gradu sint: quod non videtur ad decimum restringi posse. Et in *l.* 2 §. 1. *de suis & legit.* agnati dicuntur in infinitum, & quoniam ibi de successione tractatur, etiam eo respectu & effectu hoc dictũ accipiendũ est. Et *in N.* 118. *ca.* 3. *in f. omnes* deinceps à latere cognati vocantur: Et hanc sententiã probat etiam W *esemb. hic & Forster* 3. *de succ. ab int. c.* 10. *in f.* moribus hoc receptum ait: quam sententiam si tenemus, respondendum erit ad hunc § quod exẽpli tantum causa decimi gradus facta sit mentio, qui numerus etiam extremus est in numerando: quod Justin. non loquatur determinative tamquã excluderet sequentem, sed, *etsi decimo gradu sit.* Alteram tamen opinionem tamquam receptam, simpliciter referunt & probant *Schneid. & Mynsing. hic*, & est uterq; praxeos & fori peritus. & ita *Ioh. Faber, Angel. & Porcius* accipiunt hunc locum, tanquam eo haud dubie decidatur, quod ultra decimũ gradum agnati non admittantur. Quod autem hoc § dicitur, cognatos succedere usq; ad sextum gradum, & quidem, ut apparet, inclusive, objicit *gl. l.* 2. *de veter. & mil. successione.* ubi tantum usq: ad gradũ quintum admittitur. Et esse sane ibi speciale aliquid inde est manifestum, quod etiam hæres legitimus qui cognato ibi opponitur ex quinto tantũ gradu admittitur. Communis est responsio, quod speciale sit in bonis castrensibus, de quibus ibi nominatim agit JCtus, quæ cum speciali jure & privilegio militi concessa sint, potuerit etiã circa successionem eorum aliquid specialiter esse definitũ.

Alij eum locum de milite damnato ex delicto militari *arg. l.* 1. *ejusdem tit.* accipiunt. Plane in *l. si quis* 6. §. *ejus* 7. *in f. de injust. test.* militis intestati bona indefinite cognatis tribuuntur, & post hos legioni, *fac. l.* 2. *C. de hared. decur.* Quis porro sit sobrinus cujus mentio in *f.* §. tractatur tit. seq.

AD TITVLVM VI.

LIBRI TERTII INstitutionum,

DE GRADIBVS COGNATIONIS.

TEXTVS.

Hoc loco necessarium est, exponere, quemadmodum gradus cognationis numerentur. Quare in primis admonendi sumus, cognationem aliam supra numerari, aliam infra, aliam ex transverso, quæ etiam a latere dicitur: superior cognatio est parentum: inferior, liberorum: ex transverso fratrum, sororumvς, & eorũ qui quævc ex his generantur: & convenienter patrui, amitæ, avunculi, materteræ. Et superior qnidem & inferior cognatio à primo gradu incipit: at ea quæ ex transverso numeratur, à secundo.

COMMENTARIUS.

VErbum cognationis hoc tit. sumitur generaliter, ut etiam agnationem comprehendat, quamvis sane cum in §. *pen.* moneat Justin. agnationis gradus eodem modo numerari: prædicta tantum ad cognationem retulisse videatur: sed utique exempla quæ singulis §§. proponuntur agnatorum sunt: qua de causa *Hott. a.* §. *pen.* refert ad prox. antecedens, hoc sensu, quod itidem agnationis gradus ita computandi sint, ut semper persona generata adjiciat gradum. E linea cognationis, in qua gradus collocantur, ut hic docet Justin. est vel recta vel transversa. Illa est ascendens & descendens: hæc vel æqualis vel inæqualis. In recta sunt parentes & liberi: In transversa, fratres, & qui porro ab his descendunt. Semper autem in hac tractatione, & quoad hanc materiam, successione quæratur. Recta linea utrimq; incipit à gradu primo: quoniam quot generationes, tot gradus: &, si de patre quæras hic recta generat filium; & rursus filius à patre recta est generatus, sed transversa linea incipit à secundo gradu: neque enim generat frater fratrem, sed fratrum conjunctio dependet à stipite patre: itaq; à filio ad patrem ascendendum, & ab eo rursus ad alterum filium descendendum est, ut quo gradu uterque inter se sit, possit cognosci: nec ratio patitur, ut eodem gradu quo pater & filius, etiam frater distet à fratre, quod tamen non observarunt Canonistæ, quibus etiam frater à fratre primo gradu distat. Et hoc late perspicue & eleganter explicat Theoph. *ad pr. tit. de leg. agn. succ.* quod in linea transversa, cum quæritur, quot gradu alter ab altero distet, sit recurrendum & ascendendum ad τὸ μέσον τῆς γενέσεως id est ad communem stipitem, & ab eo rursus ad alteram personam de qua quæritur, descendendum. Et igitur fratrem esse secundo gradu, quia communis stipes est pater, ad quem ab uno fratre ascenditur, & inde mox ad alterum descenditur. Hinc patruum esse tertio gradu: quia communis stipes est avus, ad quem duobus gradibus à me ascenditur, & inde uno gradu descendendo invenitur patruus meus.

TEXTVS.

1. Primo gradu est supra, pater, mater: infra filius, filia. Secundo gradu supra, avus, avia, infra, nepos, neptis: ex transverso, frater, soror. Tertio gradu, supra, proavus, proavia: infra, pronepos, proneptis: ex transverso, fratris sororisque filius, filia: & convenienter, patruus, amita; avunculus, matertera. Patruus est frater patris, qui Græce πατράδελφος appellatur: Avunculus est frater matris, qui Græce μητράδελφος dicitur, & uterque promiscuè θεῖος appellatur. Amita est fratris soror, quæ Græce πατρανδελφὴ appellatur: Matertera vero matris soror: quæ Græcè μητρανδελφὴ dicitur, & utraque promiscuè θεία appellatur.

COM-

COMMENTARIVS.

1 *Avus unde dictus, Item avunculus.*
2 *Amita & matertera unde,*
3 *De appellationibus ἐπώνυμοις.*

PErspicua fere sunt omnia, & quod ad res & verba, pater est filio primo gradu conjunctus, & hic illi. Eadem ratione nepos ab avo secundo gradu distat. Et hic in transversa linea incipit computatio. Tertius gradus ex transverso semper est in linea inæquali, verbi causa fratris filius, & patris soror: nec obscuritatem habent aut dubitationem, nomina quæ hic referuntur & explicantur. Avum 1 Festus ait dictum † vel ductum à Græca voce αὐάω ἐπώνυμος, vel à Græca voce πάππος, quod significet magnum, mutatis quibusdam literis: vel, quod ad duos attineat, quasi ad duum, vel quia ad patrem sit additus. *Isid. 8. orig. 5.* avum dictum scribit ab ævo, id est, antiquitate, Avunculum, idem Festus dictum ait, quod sit æque tertius à me ut avus, sed non ejusdem juris, ideoque vocabulo factam diminutionem: sive ita appellatum, quod avi locum obtineat, & proximitate tueatur sororis filium Amitam idem † dictam refert, quia similiter tertia à me atque avia: ex eo quod antiquioribus avita sit vocata: vel quia à patre meo amata est: nam plus sorores à fratribus, quam fratres diligi solent. De matertera denique idem Festus, eam dictam, quasi matrem alteram. Græca nomina hujus §. sunt expeditæ significationis: præterquam quod dicitur, Patrum & avunculum una voce θεῖος; † dici, quomodo non semel in *Nov. 118. cap. 3.* ratio quidem nominis non apparet: sed hac appellatione Græcos usos fuisse apparet. Et in Lexicis vulgatis scribitur, ὁ πατρὸς πατρὸς θεῖος & ὁ πρὸς μητρὸς θεῖος, patruus & avunculus: & in Lexico Phavorini Camertis hæc extant, Θεῖος ὁ καὶ πάππος κατὰ πᾶσαν ἀδελφόν. Idem Suidas in verbo πάππος, notat πάππους appellatas θείους τοὺς πατρὸς ἢ μητρὸς ἀδελφούς, & mox πάππος, θεῖος, πατρὸς ἢ μητρὸς ἀδελφὸς & Lucianus quoque tom. 1. de vita sua in pr. habet θεῖοι πρὸς μητρός. Addamus huc ex Polluce, qui de verbis reliquis testimonium perhibet ὁ πατρὸς ἀδελφὸς πατρὰδελφος ἢ πάτρως, ὁ δὲ μητρὸς ἀδελφὸς θεῖος ἢ μητράδελφος ἢ μάτρως ἢ πάτρως. ἡ δὲ πατρὸς ἀδελφὴ θεῖα ἢ πατράδελφος: ἡ δὲ μητρὸς θεῖα ἢ μητράδελφος, ἢ πτλ. Hæc Pollux. Variat autem quo ad Græca verba hujus §. lectio: & pro πατράδελφος & μητράδελφος, πάτρως & μάτρως habent: quam lectionem magis probat Russardus: eamque Hottomannus & Wesembecius sunt secuti, itemque Contius & Cujacius, & ex Theophilo confirmatur: qui itidem non agnoscunt illa verba, (quæ Græce πατράδελφη appellatur) nec mox illa, (quæ Græce μητράδελφη dicitur) quæ etiam notat abesse debere Russardus, & ut spuria virgulis inclusit Gothofr. Et sanè Græci non efferunt composita fœminina terminatione: & diserte Pollux supra citato loco patris & matris sororem μητράδελφον & πατράδελφον dici scribit: itaque plane probabile est, Justinianum noluisse ea repetere, quæ jam dixerat de patruo & avunculo, pleræque etiam editiones in fine §: post verba *& utroque promiscue θεῖα*, addunt, & à quibusdam τίτθη, (alii πάθη) appellatur. *Cujac. Hott. Cont. VVesemb. & Theophilus*, quamvis Theoph. sæpe multa de suo ut paraphrastes addat. Cæteroquin testantur Pollux & Suidas citatis locis θεῖα etiam dici τίτθη. Et Hesych. τηθὶς ἡ τῆς μητρὸς ἢ πατρός, ἢ ἡ μήτηρ, ἢ ἡ τῶν γονέων ἀδελφή. Hæc pro curiosis.

TEXTVS.

2. Quarto gradu supra abavus, abavia, infra abnepos, abneptis: ex transverso, fratris sororisque nepos neptisve: & convenienter, patruus magnus, amita magna, id est, avi frater & soror; item avunculus magnus & matertera magna, id est, aviæ frater & soror: consobrinus, consobrina, id est, qui quæve ex sororibus aut fratribus procreantur. Sed quidam recte consobrinos eos proprie dici putant, qui ex duab. sororibus progenerantur, quasi consororinos: eos vero, qui ex duobus fratribus progenerantur, proprie fratres patrueles vocari: si autem ex duobus fratribus filiæ nascantur, sorores patrueles appellari. At eos qui ex fratre & sorore progenerantur, amitinos, proprie dici putant. Amitæ tuæ filii te consobrinum appellant; tu illos, amitinos.

COMMENTARIVS.

1 *Naturales qui sint.*

CUm semper addita persona per novam generationem addat gradum, perspicua ratio est, cur

Digitized by Google

personæ hic enumeratæ sint quarto gradu: in recta linea abnepos & abavus: quem *Isid. & orig.* 5. putat dictum, quasi longe abavo: sicut proavum, quasi prope avum. Incipit autem hic in quarto gradu, ex transverso linea æqualis, in qua sunt, qui ex fratribus & sororibus utrimque primo gradu progenerati sunt: de quorum appellationibus satis prolixe hic Justinianus: & de consobrinorum nomine, an sit commune etiam his qui ex fratribus nascuntur, satis diximus *ad* §. 1. *sup. de legit. agn. succ.* Patrueles Nonius in extremo ait esse marium fratrum liberos: scil. quod alias fratrum appellatione & sorores continentur: & *Isidor. 9. orig. 6.* fratrum filios patrueles dici. Amitinos Nonius citato loco, fratrum maris & fœminæ liberos esse ait: quod & hic refert Justin. & apparet sane dictos ab amita, quæ est patris soror, & ita amitæ meæ liberos. Et eadem distinctio hujus §. refertur à *Paulo in l. ult. §. quarto 5. vers. matertera, de gradib.* in cujus fin. ait, omnes à plerisque generali nomine consobrinos appellari: idemque |*Cajus in l. 1. §. 6. in f. de gradib.*

Amita tua filius.] Recte hinc notat Hottom. discrimen inter amitinos, & consobrinos patrueles que. Nam duorum sororum fratrumque filii invicem sibi sunt consobrini & patrueles: at duo invicem non possunt sibi esse amitini: nam ex amita mea & scilicet patris sorore natus mihi est amitinus: at ego ipsi non sum amitinus, quia pater meus est ipsi avunculus, & consequenter ego ipsi consobrinus sum: adeoque pater, consobrini nomen ad sororum duarum liberos restringi non posse. Videtur tamen amitinorum nomen laxius usurpatum, ut utrimque ex frate & sorore natos significet, ut apud Nonium citato loco: & *Paul. in d. l. ult. §. 15. de gradib. & Cajum in l. 1. §. 6. eod. tit.* & confirmat *Cuj. hic.* Sed quinam sint matrueles *in l. 3. ad L. Pomp. de parric.* Goth. ibid. interpretatur fratres ex eadem matre, qui sunt ὁμομήτριοι. Sed quia præcedit *patrueles*, magis est ut sint materteræ meæ, id est, duarum sororum liberi: quod & hic pro *Cujac. v. & Gottom. 5. obs.* 31.

TEXTUS.

3. Quinto gradu supra, atavus, atava: infra, atnepos, atneptis: ex transverso fratris sororisque pronepos proneptis: & convenienter propatruus proamita, id est, proavi frater & soror: & proavunculus & promatertera, id est, proaviæ frater & soror: item fratris patruelis, vel sororis patruelis, consobrini & consobrinæ, amitini & amitinæ filius filia: propius sobrino, propius sobrina: hi sunt patrui magni, amitæ magnæ, avunculi magni, materteræ magnæ, filius, filia.

COMMENTARIUS.

1. *Propior sobrino.*

IN linea recta, proavo & pronepoti additi duo gradus, abavus & atavus, item abnepos & atnepos faciunt quintum gradum. Sed in transversa, quoniam frater mihi secundo gradu est, consequenter, qui huic in linea recta pronepos tertio gradu est, mihi quinto gradu est conjunctus: eodemque gradu proavi mei frater à me distat. Eodem gradu sunt duorum fratrum hinc nepos inde filius: id est, consobrini, patruelis, vel amitini mei, qui mihi quarto gradu est, filius aut filia: quibus ego propria appellatione dicor propior sobrino: quoniam, ut istam appellationem hic explicat Justin. ego sum ejus, qui ipse est patruus magnus, filius, veluti in hoc schemate: (nam de hac appellatione & nomine propioris sobrini, controversia est, de qua pluribus ad §. seq.

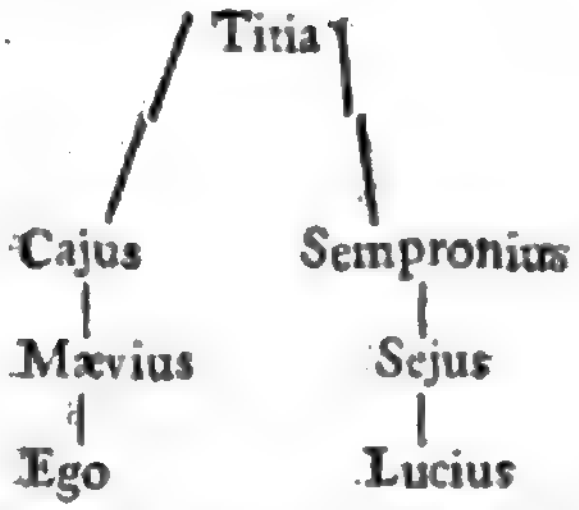
Me Sejus dicit patruelis filium, ipse mihi dicitur propior sobrino; quoniam patruus meus magnus est Sempronius, avi mei frater, cujus filius est Sejus. Et cum sobrini sint sexto gradu, veluti si addas Seji filium, Lucium, qui meus est sobrinus, qui huic in linea ascendendi proximus est, propior sobrino appellatur.

TEXTUS.

4. Sexto gradu supra, tritavus tritavia: infra, trinepos trineptis: ex transverso, fratris sororisque abnepos, abneptis: & convenienter abpatruus, abamita, id est, abavi frater.

Digitized by Google

frater & ſoror, abavunculus, abmatertera: id eſt, abaviæ frater & ſoror. Item, propatrui proamitæ, proavunculi, promatertera, filius filia. Item, propius ſobrino ſobrinave filius filia: Item, ſobrini ſobrinæ, id eſt, qui quæve ex fratribus, vel ſororibus patruelibus, vel conſobrinis, vel amitinis progenerantur.



Et initio explicandum accuratius eſt: quis ſit propior ſobrino, ſobrina. Et explicat Juſtinian. *in* 2. *praced. in fin.* eſſe patrui magni: amitæ magnæ, &c. filium. Itaq; mihi Sejus eſt propior ſobrino. Et nimirum ut recte ita quis dicatur, ratio ſuadet, ut ſit aut ſobrini filius, aut ſobrini pater. Aut ſobrini mei filius eſſe non poteſt, hic enim mihi eſt ſeptimo gradu. Ergo neceſſe eſt ut ſit ſobrini pater, qui mihi ſcilicet quinto gradu conjunctus eſt. Ex qua ratione efficitur, ut ego viciſſim Sejonō recte poſſim dici propior ſobrino, quia apertiſſimum eſt, me ſobrini neq; patrem, neq; filiū eſſe. Itaq; propius ſobrino eſt, qui ſobrini mei pater, & patri meo conſobrinus eſt: quod latius confirmat *Ant. Auguſtin.* 2. *emend.* 5. Quoniam tamen iſta inter ſe habent relationem ſicut ſupra diximus, amitinos utrimq; dici & mutuo fratrum & ſororum liberos, cum tamen proprie loquendo, amitæ meæ liberi mihi tantum ſint amitini, non ego viciſſim illis amitinus ſim: ita quoq; fortaſſis obtinuiſſe videtur, ut viciſſim cōſobrini mei filius mihi diceretur propior ſobrino, & ita in propoſito ſchemate ego quoq; Sejo propior ſobrino dicat. Et ita ſane Sextus Pompejus, quem & Cujac. hic probat, ſcriptum reliquit. Propius ſobrino mihi eſt, conſobrini mei filius, & patris mei conſobrinus. Ubi utramque appellationem conjungit. Et ita poſt Accurſ. Dd. vulgo acceperunt, §. *praced. in fin.* quaſi verba, *propius ſobrino*, *propius ſobrina*, pertinerent ad explicationem præced. & conſobrini mei filius ita appelletur. Sed ſane licet admittamus iſtam alteram quoque acceptionem cum Pompejo, quam citato loco improbat Ant. Auguſt. tamen probabilius eſt propriam ſignificationem à Juſtin. in hunc titulum relatam eſſe: Et, ſi ſequaris Accurſium, verba *d.* §. 5. quæ ſequuntur. *Hi ſunt patrui, &c.* commodum ſenſum nullum admittunt: Itaq; omnino rectum eſt, quod cenſent Auguſt. his verbis *d.* §. 5. *propius ſobrino, &c.* contineri novum exemplum quinti gradus, quod mox explicetur *per ſeqq.* verba *hi ſunt, &c.* ſcil. qui propius ſobrino ſobrina appellantur: quod itidem

COMMENTARIUS.

1 *Tritavus unde.*
2 *Propius ſobrinus ſobrina.*

TRitavum dictum putat Iſidor. 8. *orig.* 5. quaſi tetravum, qui ſit quartus ſupra avum. Ineptè ut vox ſit hybrida. Aperta ratio nominis mihi videtur, quod tritavus ſit tertius avus.

Nam primus avus eſt ſecundo gradu. Hujus avus quarto gradu dicitur abavus: & huius rurſus avus, dicitur tritavus, qui avus eſt tertius, quem Theophil. τριαππον vocat. Circa exempla lineæ tranſverſalis non conveniunt exemplaria, & videtur ex textu prout illum deſcripſi aliquid expungendum eſſe. Abpatruum ſexto mihi gradu eſſe ſatis conſtat: item propatrui filium: itaque verba uſque ad, *promatertera filius filia*, omnino recte ſe habent: itemque quod eſt in fine, de ſobrinis, qui ſunt in ſexto gradu lineæ tranſverſæ æqualis, nati ex patruelibus, vel conſobrinis (qui quarto gradu ſunt) videlicet utrimque, Germani dicunt Nachg ſchwiſtrig. Neque porro video, quare proxime antecedentia verba omiſerint. Hottomannus & alii, *item conſobrini conſobrinæ nepos neptis*, qui enim conſobrino meo, quarto gradu mihi conjuncto, nepos eſt, is utique mihi ſexto gradu eſt: & eum *in* §. *praced.* retulerit Juſtin. conſobrini mei filium, qui eſt quinto gradu, probabile eſt, eum hoc quoq; §. referre voluiſſe conſobrini mei nepotem: Illa ſolummodo verba ſuſpecta ſunt, *propius ſobrino ſobrinave filius filia*, & videntur eſſe à gloſſ. & ab interpretatione: faciunt enim περιλογίαν. Et ponatur huc ſchema:

Digitized by Google

ex *l.* 1. §. *ult. in fin. de gradibus* confirmatur. Sed ut redeamus ad rem noſtram, dico, quomodocunque accipiamus propiorem ſobrino, tamen verba, quæ paulo ante notavi, *item propius ſobrino ſobrinave filius filia* eſſe inducenda. Nam ſi juxta veram ſignificationem, propiorem ſobrino ponas patris mei conſobrinum, huius filius mihi ſobrinus eſt, & nempe in ſchemate Seij filius Lucius mihi eſt ſobrinus: atquin ſobrinorum nominatim *in fin.* §. huius eſt mentio. Sin ponas conſobrini mei filium mihi eſſe propiorem ſobrino, huius filius utique conſobrini mei nepos eſt; quod exemplum ibidem hoc §. proponitur: nec quidquam intereſſe poteſt, ſi in ſpecie propoſita, ex Lucio porro Mævium addas, an hunc Mævium Lucii filium, an Seij nepotem appelles itaque eſſet περιλογία, ſi hoc iterum aliis verbis idem ſignificantib. repeteretur. Et vel hac de cauſa exiſtimo, retinenda eſſe verba hujus §. *item conſobrina nepos neptis*: quamvis illa nec Theophilus agnoſcat: à quo etiam ab eſt, *verſ. Item pro patrui*, nec neceſſum habuit Juſtinianus, nimis multa exempla cumulare, ſed rem aliquibus faltē ob oculos ponere ſatis eſſe duxit: utique hæc verba optimum ſenſum habent, & non recto judicio Gothofr. ea expunxit: contra vero ea retinuit, quæ inducenda eſſe probavimus.

TEXTVS.

3. Hactenus oſtendiſſe ſufficiat, quemadmodum cognationis gradus numerentur. Namque ex his palam eſt intelligere, quemadmodum ulteriores quoque gradus, numerare debeamus, quippe ſemper perſona generata adiicit gradum: ut longe facilius ſit reſpondere, quoto quiſque gradu ſit, quam propria cognationis appellatione quemquam denotare. Agnationis quoque gradus eodem modo numerantur. Sed cum magis occulta fide, quam per aures animis hominum infigatur: ideo neceſſarium duximus, poſt narrationem graduum eos etiam jam præſenti libro inſcribi, quatenus poſſint & auribus, & inſpectione oculorum adoleſcentes perfectiſſimam graduum doctrinam adipiſci.

COMMENTARIUS.

QVoniam plura cognationum nomina ſunt, & ex relatis gradibus, quidam nomine careant, & cum alias nimis operoſum ſit futurum, gradus plures ita enumerare, ideo Juſtin. monet, ex hactenus dictis facile intelligi, quomodo porro gradus ſint numerandi, & ita invenire, quo quiſque gradu ab altero diſtet: addita hac generali regula, quod ſemper generata perſona adiiciat gradum.

Agnationis quoq;.] De ſententia huius loci diximus *ſup. ad pr. huius tit.*

Magis oculata fides.] Pertinet ad locum communem, de ſenſibus, uter certior, & utri magis fides habenda. Vulgatum illud eſt teſti de aditu vix ac ne vix quidem fidem haberi. Sed eſt illud forte paulo hinc alienius. Et non fuerit difficile hic farcire cōtones. Notum eſt illud Horat. de arte Poet.

Segnius irritant animos demiſſa per aures.
Quam quæ ſunt oculis commiſſa fidelibus, & quæ
Ipſe ſibi tradit ſpectator.

Et ille apud Herodotum lib. 1. τὰ ἀπό, inquit, τυγχάνει ἀνθρώποισι ἐόντα ἀπιστότερα τῶν ὀφθαλμῶν. Auribus minus fidei tribuitur, quam oculis. *Ariſt. in lib. de ſenſu & ſenſili cap.* 1. χρίνειν ἡ ὄψις καὶ αὐτὸν: ὅτι δὲ νῦν καθ' ἑαυτὸ ἡ ἀκοὴ, quod ſtatim explicat: τῷ συμβεβηκὸς εἰς φρόνησιν πλεῖστον ἡ ἀκοὴ συμβάλλεται μέρος, ὁ γὰρ λόγος αἴτιος τοῖς μαθήσεως ἀκουστὴς ὤν, ἀλλ' οὐ καθ' ἑαυτὸν, ἀλλὰ τῷ συμβεβηκός. Sed nolo plura: neque enim iſta docere Juriſconſulti officium eſt. Hæc autem deſcriptio ocularis Juſtinianea injuria temporum, aut negligentia deſcriptorum periit. Et teſtatur Contius in quibuſdam manuſcriptis, aliquid vacui ſpatij hic relictū: ſed nuſquam extare, nec uſquam aut cuiquam viſam illam deſcriptionem.

AD TITVLVM VI. LIBRI TERTII INſtitutionum,

DE SERVILI COGNATIONE.

TEXTVS.

Illud verum eſt, ad ſerviles cognationes illam partem Edicti, qua proximitatis nomine bonorum poſſeſſio promittitur, non

non pertinere: nam nec ulla antiqua lege talis cognatio computabatur, sed nostra cõstitutione, quam pro jure patronatus fecimus, (quod ius usque ad nostra tempora satis obscurum, atq; plenum nubc, & undique confusum fuerat) & hoc humanitate suggerente concessimus, ut si quis in servili constitutus cõsortio, liberum vel liberos habuerit, sive ex libera, sive ex servilis conditionis muliere, vel contra serva mulier ex libero, vel servo habuerit liberos cuiuscunque sexus, & ad libertatem his pervenientibus, ii, qui ex servili ventre nati sunt, libertatẽ meruerint: vel dum mulieres liberæ erant, ipsi in servitute eos habuerint, & postea ad libertatem pervenerint: ut hi omnes ad successionem patris vel matris veniant, patronatus jure in hac parte sopito. Hos enim liberos non solum in suorum parẽtum successionem, sed etiam alterum in alterius mutuam successionem vocavimus, ex illa Lege specialiter eos vocantes: sive soli inveniantur, qui in servitute nati & postea sunt manumissi: sive una cum aliis, qui post libertatem parentum concepti sunt, sive ex eodem patre, sive ex matre eadem, sive ex aliis nuptiis: ad similitudinem eorũ, qui ex justis nuptiis procreati sunt.

COMMENTARIVS.

1 *Cur iure civili nulla successio inter natos in servitute.*
2 *Emendatur textus.*
3 *An hi liberi succedant cum aliis, & disputatio pro lectione vulgata.*

NOtant Russard & Cont. in quibusdam manuscriptis non incipere hic novum titulum: nec esse etiam apud Theoph. in veteribus editionibus: quod idem notat Russard. eoque non satis bona fide agit Gothof. qui in editione sua Institutionum Theophili, novi tituli huc facit principium. Et apparet sane esse textum istũ partem quandam tituli *de cognat. succ.* sicut & §. *seq.* ad totam hanc materiam successionis pertinet: quæ ratio procul dubio movit Cuiac. Hottom. & Wesemb. ut textum istũ conjunctim cum *tit. prec.* explicarent. Et tamen cum Justin. abrupta tractatione de successione cognatorum, subjecerit titulum, *de gradib. cognat.* cum quo ista tractatio nihil communi habet, non absurde hinc novus inchoatur titulus, qui utique per *praced. tit.* à tractatu *de succeff. cognatorum*, abscissus est: & monet Cont. licet in quibusdam manuscriptis non ponatur hic diserte novus titulus, aliquantum tamen vacui spacii esse relictum, sed rem ipsam videamus.

Ait Justin. certum esse, quod Edictum prætoris, quo cognatus vocat ad successionem non pertineat ad cognationes serviles: & nimirum licet ad libertatem jam pervenerint: nam dum adhuc in servitute sunt, ridicule quæratur, de cognatione servorum quoad hunc effectum succedendi: neque adeo mutatio iuris ad hunc casum pertinere potest: & ut servus ab intestato succedat aut hæredem habeat, prorsus est impossibile jure nostro. Et quidẽ *in* §. *illud* 10. *sup. de nupt.* ait Justin. serviles cognationes impedimenta nuptiis esse, si pater aut mater manumissi fuerint: quoniam in coniunctionibus naturalis pudor inspicitur: sed in ista materia nulla cognationis (quę naturaliter etiam inter servos est) in servitute contractæ habetur ratio, etiam si postea manumissi fuerint, & liberi decesserint, quod etiam Ulp. scribit *l.* 1. §. 2. *unde cogn.* itaque si qua fœmina v. c. in servitute susceperit liberos, licet & mater & liberi manumissi fuerint, tamen matris defunctæ bonorum possessionem, nec ex capite, unde cognati, liberi petere possunt. licet ea parte etiam spurii & vulgo quæsiti admittantur. Licet enim parentes & fratres quoque dicantur, qui servi sunt vel fuerunt, tamen ad leges (scil. de successione tractantes) serviles cognationes non pertinent, ut Paulus scribit *in l. ult.* §. *non parcimus.* 5. *de gradib.* Ita jus constitutum est, sed ratio huius non immerito quæritur. Et JCti citatis locis revera principium petunt, dum saltem affirmant simpliciter, cognationem hunc ad leges vel Edictum prætoris non pertinere, & Ulp. *in l.* 1. §. 2. *unde cognat.* subdubitans, quasi, nec, enim, inquit, videtur facile esse servilis cognatio. Atquin imo, si dicimus jure naturali omnes homines esse æquales, oportet utique semel & hoc fateri: iure naturæ servos quoque esse sibi invicem cognatos: & utique parentum & fratrũ nomina, sunt cognationis nomina, quæ tamen

Digitized by Google

mē ſervis tribui nec audet negare Paulus *in d.l. ult. §. non parcimus. ſ. de gradib.* Quod ſi nulla eſſet plane cognatio, neque in prohibendis nuptiis attendi poſſet: quod contra eſt, *§. illud ſup. de nupt. l. adoptivus. 14. §. idem 3. de rit. nupt.* ubi etiam dicuntur ſerviles affinitates. Et ut fateamur, durante ſervitute nullam haberi poſſe in hac quidem materia iſtius cognationis rationem: at poſtquam liberi facti ſunt, & in ſtatum eum reducti, in quo omnes homines ab initio natura quaſi produxit *arg. §. 2. ſup. de iure nat. & pr. ſup. de libert.* quid ni ratio haberi poſſit cognationis illius naturalis, quam præſertim in Edicto, unde cognati ſpectaſſe prætorem Juſtinianus refert *in §. 1. de ſucceſſ. cognat.* Sed ita placuit Romano Legislatori: aliud vero viſum nec immerito fuit Juſtiniano, qui pergit hoc textu. Ait:

Sed noſtra conſtitutione.] Eam non exſtare inter Leges Juſtiniani conſtat: Epitomē eius & Latinam & Græcam ex Baſilicis edidit *Cuiac. 20. obſ. 34.* ubi tamen præcipue de ſucceſſione libertorum agitur: & de ea mox aliquid dicemus. Accuſat autem more ſuo veterem Juriſprudentiam, quod ante eum jus patronatus fuerit nube plenum & obſcurum. At imo juris Romani tractatio facilior eſſet, ſi ab eo manus abſtinuiſſet Tribonianus, qui dum tot novas Leges identidem condit, omnia magis obſcura reddidit & intricavit.

Humanitate ſuggerente, conceſſimus.] In ſumma diſpoſuit, ut liberi ex alterutro vel utroque parente ſervo nati, ubi ſcilicet & parentes & liberi conſecuti ſunt libertatem eo tempore quo de ſucceſſione quæritur & parentibus & ſibi invicem ſuccedere poſſint. Et hoc enim exhaurit omnes caſus, quod diximus, ſive liberi ex utroque parente ſervo, vel alterutro, id eſt, uno ſervo, altero libero, fuerint nati: quod Juſtinianus diſtinctius & latius proponit: ſi, inquit, ſervus liberos habuerit, ſive ex libera, ſive ex ſervilis conditionis muliere: & contra, ſi ſerva mulier, ſive ex libero, ſive ex ſervo habuerit liberos. Et cum præter hos nullus alius poſſit caſus dari, non animadverto, quorſum pertineat, quod paulo poſt ſequitur, & quid addat novi: *vel dum mulieres erant libera, ipſi* (*ſcilicet* patres, *in ſervitute eos habuerint.* hic enim utique eſt caſus jam ante propoſitus, quo ſervus liberos ex muliere libera ſcripſit. Video ea verba in omnibus editionibus exſtare: nec ullus Interpretum in dubium ea vocat, nec hunc tamen ſcrupulum removet, aut explicat, quod in iſtis verbis diverſum à ſuperioribus contineatur: ſed & onoſa ſunt, quæ proxime jam relata verba ſequuntur: *& poſtea ad libertatem pervenerint*, hoc etiam jam ante ſatis dictum erat in verbis: *& ad libertatem his pervenientibus* (parentibus ſcilicet) *qui ex ſervili ventre nati ſunt libertatem meruerint.* utique enim ut de ſucceſſione quæri poſſit, & parentes & ex eis natos liberos eſſe oportet.

2 Ideoque hunc *verſ. † vel dum mulieres* uſque ad verbum *pervenerint*, ut qui ineptam prioris partis repetitionem continet, omnino inducendum puto: ſuadente id ratione, ut tollatur putida *ἐπεξήγησις*, tum etiam autoritate Theophili, apud quem hæc tantum habentur: ut ſi ſervos liberos ſuſtulerit, ſive ex libera, ſive ſerva: aut ex contrario ſerva mulier, ſive ex libero, ſive ſervo liberos pariat: & contingat ſervum patrem, aut ſervam matrem liberari, & liberi quoque ex ventre ſervili nati (nam ex libera nati, licet ſervo patre liberi ſunt, cum partus ventrem ſequatur) libertatem adepti fuerint, licentiam habeant ad parentis ſucceſſionem venire.

Et veniunt igitur hi liberi ad parentum ſucceſſionem patronatus jure in hac parte ſopito: ut hic ait Juſtinian. nam ut titulo ſequenti habetur ex cōſtit. Juſtin. omnino excluditur patronus per liberos & in ſolidum. Et apparet hoc intelligi, ubi de ejus parentis ſucceſſione quæritur, qui ſervus fuit: cæteroquin quæſtio nulla eſt de iure patronatus.

3 Sequitur alius ſcrupulus & nodus † *in verſ. ſive ſoli inveniantur*, quæ continent ampliationem: quod hi liberi nō tantum ſuccedant, cum ſoli ſunt, ſed etiam ſuccedant & concurrant, cum aliis, qui poſtea ex parentibus jam manumiſſis, nati ſunt. Et hoc quidem in matre nihil abſurdi habet, cui liberi quomodocunque nati etiam ex SCto Orphitiano ita ſuccedunt, ut omnibus quoq; agnatis præferantur, ut diximus *ad §. pen. ſup. de SCto Orphit.* In patre autem pluſculum dubitationis habet, maxime uti concurrant cum his, qui ex nuptiis nati ſunt, ut *in fin. huius §. legimus.* Itaque cum hoc abſurdum videretur, non defuerunt, & ex eorum numero *Cuiac. & Hottom.* qui textum corruptum putarent. Et Cujac. hic ita legendum cenſet, *ſive ex eodem patre, ſive ex eadem matre, ſive ex aliis qualicunque copulatione nati, ad ſimilitudinem coniuncti*, ut ſaltem cum his concurrant, qui itidem extra nuptias procreati à patre jam libero fuerunt: quam lectionem etiam repræſentavit Cont. Hottom. autem ita: *ſive ex eodem patre & eadem matre, ſive ex aliis, ad ſimilitudinem, &c.* ut expungatur verbum *nuptiis*, quod etiam delendum cenſet Ruſſardus, & ſecutus eſt Weſembecius. Quæ lectio

ed by Google

lectio hactenus ideo concinnior est, quod proculdubio hæc est Justin sententia, succedere ante natos, cum natis post libertatem liberis, sive hi sint nati ex iisdem parentib. & utroque sive ex alius, ubi videlicet v. c. servus, qui in servitute liberos ex femina aliqua sustulerat, postea cum alia consuevit, & ex ea liberos generavit. Pro qua sententia exprimenda concinnior est lectio Hottom. quam vulgata, quam & Cujac. retinet: siquidem his verbis, *sive ex eodem patre sive ex eadem matre* satis videtur contineri uterque casus, quo vel uterque parens est idem, vel alteruter: ut proinde verba, *sive ex aliis*, sublato verbo *nuptiis*, non videantur habere, quo referantur. Et tamen ita quoque extat apud Theophilum: ἐὰν ἐκ τῆς μητρὸς εἴτε τοῦ αὐτοῦ πατρὸς, nec temere mutandi sunt textus: nec à Justiniano ejusmodi accuratio exigenda est: & vulgata quoque lectio admittit hanc sententiam: ut Justin. respexerit ad utrumque casum quem supra proposuit: quo vel masculus sustulit liberos ex serva aut libera; & rursus fœmina, aut ex servo, aut libero generavit liberos: & ad priorem casum respiciunt verba *sive ex eodem patre*, ad posteriorem: *sive ex matre eadem*: quorum scilicet alteruter post ex eodem consorte, vel etiam cum alia persona consuescendo liberos procreavit. Reliquum saltem est ut videamus, an verbum *nuptiis* defendi possit. Et Russardus improbat illud autoritate Theophili, apud quem ita legitur, εἴτε ἐκ διαφόρων, idest, sive ex diversis scilicet parentib. Sed non inde efficitur, quod improbarit verbum *nuptiis*: & in dubio legitimam conjunctionem intelligere debemus. Cujacii contra vulgatam lectionem hæ sunt rationes. 1. quod verba, *ex aliis nuptiis* præsupponant alias nuptias priores, quæ tamen nullæ esse potuerint, ubi altera tantum persona fuit serva. 2. quod cum liberis ex justis nuptiis procreatis, non possint concurrere naturales. 3. quia sequatur in textu, succedere ad similitudinem procreatorum ex nuptiis: Ergo non intelligi natos ex nuptiis. Atquin hæ objectiones tanti non sunt, ut à constante omnium exemplarium lectione recedere debeamus. Neque enim ita facile fidem habeo Cujacio provocanti ad libros scriptos: & Hottom. unius tantum autoritate se tuetur, & verbum *nuptiis* tantum tollit, non autem librum scriptum, aut Coutius, aut Russardus citant. Neque, si pro verbo *nuptiis* reponamus cum Cujacio, *qualicunque copulatione*, aut verbum istud inducamus, objectiones Cujacii cessant, siquidem copulationis verbum generale est, & nuptias quoque comprehendit, & de his in dubio explicandum est: &, si nimis late accipias, etiam continebuntur ex damnato coitu nati, qui utique non succedunt: & fuerit inepta consequentia, si sublato eo verbo inferre propterea velis, exclusos intelligi à Justin. qui ex nuptiis nati sunt. Quin imo si ponas extra nuptias natos, aut erunt nati ex scorto, aut ex concubinatu. Illi nullo modo succedunt patri, cum nec habeant patrem: hi certissimo quoque jure ab intestato patri non succedunt, nisi ex *Nov.* 89. demum in duas uncias.

Atqui sine dubio præsupponit Justinianus tales liberos postea natos, qui ab intestato succedendi jus habeant: & casum hunc tanquam magis dubitabilem, ut liberi antea nati, cum post natis succedere possint. Et ridiculum sit existimare plus juris habere liberos ex servo manumisso & concubina susceptos, quam ex concubina & eo, qui nunquam servus fuit: & apertissimum est non tantum de matris, sed etiam patris defuncti successione tractari. Quæ faciunt, ut verbum *nuptiis* omnino sit retinendum.

Et in primo argumento Cujacii est cavillatio verbi *aliis*, neque necessum est id semper esse relativum ad aliud ejusdem plane qualitatis & conditionis: tum etiam ostendimus *ad §. illud.* 10. *supra de nupt.* inter servos quoque esse essentiam matrimonii: neque enim intelligimus servum fœmina aliqua pro scorto, aut libidinis tantum gratia abusum, sed affectione quadam maritali cum ea, sive serva, sive libera, consuevisse. Nec movet, quod ex Senatus consulto Claudian. mulier libera, quæ servo alieno, se junxisset, ipsa fiebat ancilla: vel quod denuntiationibus aliquot opus erat, de quo dicemus *infra tit.* 12. & potuit servus clam sub fide conjugali propinqua spe libertatis, cum libera consuetudinem habuisse: vel potius, quia Senatusconsultum istud à Justiniano sublatum est.

Et hinc præter jam dicta, corruit alterum Cujacii argumentum; & nimirũ nihil absurdi esse dicemus, si potior sit conditio liberorum, qui nati sunt ex alterutro, vel utroque parente servo, quam qui ex concubina & homine libero nati sunt: affectio enim conjugalis ibi præsumitur, sed cui obstitit servilis conditio: quæ à Dd. quoque ratio differentiæ redditur: & ex iis Angelus hic, quod homo liber si velit, potest uxorem ducere, & ex ea justos liberos suscipere: id autem non est in potestate servi: & præsupposita affectione maritali, quæ considerato jure gentium primævo non impe-

Digitized by Google

impeditur per servitutem, post etiam inter servos dici conjugium, & liberi, quadantenus legitimi censeri, quod & jus Canonicum est secutum: de quo diximus §. *Illud* 10. *sup. de nuptiis.*

Tertiam objectionem Cujacii aut non intelligo aut perspicue Cujacius errat, loquitur enim Justinian. non de liberis post natis, qui succedant ad similitudinem, &c. sed de ante natis, qui ad similitudinem & instar & jure eorum, qui ex justis nuptiis nati sunt, succedant. Et confutatur lectio Cujacii ex constitutionis epitome, quam ipse edidit 20. *obser.* 34. in qua diserte legitur, vocari omnes liberos, & ante & post natos ἢ ἐκ τῶν πρὸ τῶν γάμων ἢ ἐξ ὑστέρων. & ita & constitutionem priorem videtur appellare γάμων, nisi forte intelligit nuptias post cum eadem fœmina contractas, vel cum alia: quæ optima ad hunc locum est interpretatio. Objicitur autem hic *l. ex libera.* 6. *C. de suis & legit.* ubi dicitur, eum, qui ex libera & servo conceptus est, pro spurio haberi. An cum Cujacio dicimus textum esse fugitivum, nec ad materiam successionis ab intestato pertinere, sed ad privilegia decurionum. An accusamus incuriam Triboniani, qui immemor hic fuerit constitutionis novæ. Utique enim Codex quo utimur post institutiones demum compositus fuit, ut apparet ex *l. ult. C. de legit. hæredib.* Et sane non poterit absolvi à culpa Tribonian. si cum Barone & Mynsi. per constitutionem, cujus hoc loco mentio est, dicamus abrogatam *d. l. 6. C. de suis & legit.* Facilius admittam post istud jus novum non amplius locum esse sententiæ *l. is qui 7. unde cognat.* quæ etiam relata est in *fin.* § *pen. sub. de Capit. dim.* quod semel factus, manumissus non recipiat cognationem.

Neque enim alia ejus est sententiæ ratio, quam quod perinde hic habetur, ac si semper servus fuisset: servilis autem nulla cognatio est, & si qua ita dici potest, ejus nullus effectus quo ad jus succedendi, est: Itaque non removetur ista objectio per Cujacium, qui manumissos ex constitutione Justiniani tantum ait libertinis succedere non aliis cognatis. Et enim certum est, stante illa sententia §. *pen. inf. de capit dimin.* nec his quidem posse succedere manumissum.

Quin & amplius verior est opinio, quod ex sententia Justiniani, liberi in servitute suscepti & manumissi, non solum parentibus, nec solum fratrib. in eodem statu natis, sed etiam postea natis succedant, quod & Faro hic probat, & firmatur ex hoc textu, ex quo apparet, quod dicitur *in fin.* de liberis ex nuptiis aliis natis, non tantum pertinere ad successionem parentum, sed etiam ad mutuam successionem liberorum inter se. Tanto absurdius est quod referente Acc. & magis probante, Joh. defendit, nec quidem liberos ante natos & manumissos invicem succedere. Sed nimirum usus est ille speciali ratione, quod patronus præferatur fratri, per *l. liberto.* 17. *de bonis libert. l.* 3. *in pr. de suis & legit.* &, ne quis hæc jura abrogata dicat, per text. §. *sed nost. vers. fin. autem tit. seq.* ubi Justin. ait, si libertus intestatus decesserit, non relictis liberis conservare se patrono jus integrum, quod ex L. 11. tabb. habuit: atquin ex hac l. non dubitatur, prælatum fratri liberi fuisse patronum. Et videtur iste *vers.* cum hoc textu *in vers. hoc enim*, implacabiliter pugnare. Et quod patroni jus sit potius quam fratris, hinc quoque confirmant Interpp. quod patronus præteritus omnimodo habet bonorum possessionem contr. tabb. juxta *tit. seq.* sed frater præteritus non nisi turpi persona instituta impugnare potest testamentum. Bart. ad hunc tit. ait, quod Justin. sustulerit jus patroni, ubi existunt liberi, fratres vel parentes liberti. Ad enim id repugnat textui citato ex *tit. seq.* ubi diserte Justin. patrono reservat jus antiquum, si libertus liberos non habeat. Sed neque expedit nodum, quod Fab. & alii respondent, verba hujus loci, de mutua successione non de fratribus inter se, sed invicem de liberis & parentib. esse accipienda. Etenim juxta *d.* §. *sed nostra vers. fin autem tit. seq.* excluditur patronus tantum per liberti liberos, non etiam per ejus parentes. Et ex ratione juris veteris potior in successione fratrum quam parentum ratio & causa fuit arg. *l. 2. C. ad Tertull. in pr. sup. quib. non est permiss. fac. test. vers. si vero.* Deinde etiam, & verbis repugnare mihi & menti Justin. videtur, ut quod de mutua successione hic dicitur, restringatur ad liberos & parentes. Ait enim Justin. se hos liberos non solum in parentum, sed etiam alterum in alterius successionem admittere: quod sane Latine loquentib. & intelligentibus significat liberos ipsos invicem sibi succedere, quod & probat diserte constitutionis Græca epitome & Basilicis edita à *Cujac.* 20. *obs.* 34. ᾧ καὶ τοὺς τῶν παίδων εἰς τὸν καὶ πλειόνων μίαν καλεῖ καὶ βούλεται ἡ διάταξις addit autē παραδόξως: & ibidem additur, parentes quoq; succedere libertis, & hujusmodi personis, parētibus, liberis & fratribus extantibus, patrono non fieri locū: quod profecto non convenit cum §. *sed nostra tit. seq.* & tamen una constitutione hæc omnia definita sunt, & ergo erunt conjungenda. Illud vero commentum est, quod *Robert.* 2. *lect. rer.* 14. scribit Justin. ita *in* §. *sed nostra*, locutum esse, quod rarius contingeret, ut liberi una & parentes manumissi essent, cæteroquin si superstint

&

& parentes & fratres liberos potiores esse patrono: & adeo absurdus est, ut idem putet obtinuisse ante Justin. non obstantibus text. *in l. 3. in pr. de suis & leg. l. liberto 17. de bon. lib.* qui etiam sint restringendi ad casus, quo fratres non superstint: absurde inquam, cum patronus veniat quodam agnatorum jure & libertus nullos habeat agnatos: ut tanto absurdius etiam jure quodam agnationis Robertus fratres liberti venire contendat. Prorsus ait *in d.* §. 3. Justin. se liberto intestato sine liberis mortuo conservare ius integrum, quod habuit ex L. 12. tabb. atquin ex eo jure certum est, nec patrem, nec fratres liberti vocari potuisse, cum non essent agnati, sed satis haec fuit ratio Lex duodecim tabular. quod libertus nec patrem, nec fratres habere potuerit, cum agnationis servilis habita fuerit ratio nulla: quod cum mutaverit Justin. etiam fratrem praeferre patrono non est à ratione alienum, per ea, quae dicuntur *ad §. sunt autem de bon. poss.* de ea bonorum possessione, quae datur decem personis. Dicerem alias decisionem huius loci procedere, salvo iure tertii, & si non concurrat patronus. Hic enim fuit unicus scopus Justiniani, ut quod ante non habebant, succedendi ius, personae *h. t.* enumeratae, id consequerentur nova ista constitutione, quae ante nullo modo succedere poterant. Nec uno casu contingere potest, ut patronus non concurrat. Quid enim si ipse aut liberi eius mortui sint? Quid si repudiet bonorum possessionem aut successionem? quid si libertus orcinus sit? aut aliquid aliud acciderit, ob quod succedere patronus non debeat, ut in specie *L. sed si hoc 10. in pr. & §. 1 de in ius voc.* & in synopsi constitutionis de iure patronatus, quam edidit *Cuiac. 20. obs. 43. in pr.* multae referuntur species etiam ex iure veteri quibus ius patroni cessat. Sin hoc non placet, secundum est Justin. *inf. ut seq.* oblitum sui, aut casum quo parentes aut quicunque fratres non adsunt cogitasse. Sed nimis multa de re, cuius hodie nullus aut exiguus usus. Nobis nihil inexplicatum praetermittere constitutum est. Denique addo uti hoc textu Justinianum verbo fortasse an non Latino, *liberum* pro filio: de quo diximus *sup. ad §. hoc quoque 1. per quas pers. ncb. adq.*

TEXTVS.

1. Repetitis itaque omnibus, quae jam tradidimus, apparet, non semper eos, qui gradu parem cognationis obtinent, pariter vocari: eoque amplius, ne eum quidem qui proximus sit cognatus semper esse potiorem. Cum enim prima causa sit suorum haeredum, & eorum quos inter haeredes suos enumeravimus, apparet, pronepotem vel abnepotem defuncti, potiorem esse, quam fratrem aut patrem matremve defuncti: cum alioquin pater quidem & mater, ut supra quoq; tradidimus, primum gradu cognationis obtineant, frater vero secundum, pronepos autem tertio gradu sit cognationis, & abnepos quarto. Nec interest, in potestate morientis fuerit, an non, quod vel emancipatus vel ex emancipato, aut ex foeminino sexu propagatus est. Amotis quoque suis haeredib. & quos inter suos haeredes vocari diximus, adnatus, qui integrum ius habet agnationis, etiamsi longissimo gradu sit, plerumque potior habetur, quam proximior cognatus: nam patrui nepos vel pronepos, avunculo vel materterae praefertur. Toties igitur dicimus, aut potiorem haberi eum, qui proximiorem gradum cognationis obtinet: aut pariter vocari eos qui cognati sunt: quoties neq; suorum heredum, quiq; inter suos heredes sunt, neq; agnationis jure aliquis praeferri debeat, secundum ea quae tradidimus: exceptis fratre & sorore emancipatis, qui ad successionem fratrum vel sororum vocantur: qui etsi capite deminuti sunt, tamen praeferuntur ceteris ulterioris gradus agnatis.

COMMENTARIVS.

ABsolute tracta u de successione, quae jure civili ex cognatione defertur, monet non semper eum praeferri qui proximior est gradu, sed aliquando gradu remotiorem esse potiorem: quod ostendit initio exemplo suorum haeredum & qui inter eos à praetore vel ex constitutionibus vocantur: & quod nimirum abnepos qui quarto gradu est, preferatur defuncti patri, & fratri, qui sunt primo & secundo gradu. Si accuratius rem intuearis, dicitur istud non valde subtiliter. Nam ubi de praerogativa gradus quaeritur, oportet concurrere eos qui sunt in eodem ordi-

ordine ſuccedendi. Et ex L. 12, tabb. ſunt duo ordines, ſuorum & agnatorum. Poſt ordinem totum ſuorum, vocat L. 12. tabb. demum agnatos. Itaque non poteſt concurrere agnatus cum ſuo, qui propter hoc quod ſuus eſt, citra aliquam conſiderationem gradus præfertur agnato. Ubi autem ſui cum ſuis, & agnati cum agnatis concurrunt, tum demũ quæritur, uter prior ſit gradu: ubi rurſus in ordine ſuorum conſtat locum eſſe juri repræſentationis, ex ipſa L. duodecim tabularum: quo jure poſito dici rurſus ſimpliciter non poteſt, quod remotior concurrat cum proximiori: ſiquidem in ſuis id obtinet, ut remotior patris vel avi verbi cauſa præmortui locum occupet & in eum ſubintrando, gradu eodem cenſeatur, quo eſt, imo fuit eius pater. In ordine agnatorum jus repræſentationis, (extra liberos fratrum concurrentes cum patruis ex N. 118. *c.* 3.) non habet locum, ubi diſtinguendum initio ex Juriſprudentia media, (cuius meminit Juſtin. *in* §. *caterum* 5. *ſup. de legit. agn. ſucc.*) eſt, inter maſculos & fœminas, quod cum eo iure hæ licet agnatæ, non haberent ſuccedendi jus extra ſorores conſanguineas, efficitur, ut maſculus etiam remotior, prælatus ſuerit fœminæ proximiori: Iſto jure ſublato, fœminæ juxta cum maſculis agnatis ex prioritate gradus vocabuntur. Nam itidem inter ſe conferendi ſunt, non cum cognatis, quod iterum inſubtiliter fit *in h.* §. *verſ. amotis.* quoniam cognati ſunt demum in tertio ordine. Et ſicut ſine conſideratione gradus, ſui propter hoc quod ſui ſunt, agnatis: ita hi viciſſim quocunque gradu ſint, toti ordini cognatorum anteferuntur; præterquam quod Juſtinianus *in* §. *hoc quoque ſup. de legit. agn. ſucc.* unum gradum cognationis in ordinem & jus agnatorum tranſtulit: qui proinde inter agnatos eſt referendus. Etenim ſicut quoad ſucceſſionis jus nihil intereſt, an ſint revera ſui, an ex Edicto prætoris, vel ex principum cõſtitutionibus inter ſuos vocentur, ut hic docet Juſtin. *in verſ. nec intereſt.* (ubi meminit emancipatorum & nepotum ex filia, de quibus ſup. *tit.* 1. § *fin. & ult.*) ita quoque non intereſt an quis vere agnatus ſit, an jus agnatorum poſteriori aliqua Lege acceperit, cujuſmodi ſunt liberi & matres, hinc inde ex SCtis Tertulliano & Orphitiano, juxta ſup. tradita *tit.* 3. *&* 4. Itemq; frater emancipatus ex conſtitutione Anaſtaſij, & ex Lege Juſtiniani ejus liberi quoque, ut tractatum *ſup.* §. 1. *ne ſucc. cogn.* adeoque rurſus parum ſubtiliter in extremo tituli frater & ſoror emancipati ſpecialiter excipiuntur: (propter quos etiam videtur in *verſ. amotis in prin.* uſus verbo *plerumque*, cæteroquin matres & liberi quoq; excipiendi fuiſſent: ſicuti nec recte huc loco cognationis verbum uſurpatur confuſum, modo in ſpecie, ut tantum iis competat: qui ex tertio ad ſucceſſionẽ ordine vocantur: modo in genere; ut competat etiam agnatis. In ſumma, regula hæc firmiter ſtatuẽda eſt. Quod qui ſunt in eodem ordine ſuccedendi, præferantur vel admittantur ex gradus prærogativa, quem obtinent vel vere vel repræſentative. Itaq; cum hodie ſublata differentia agnationis, unus ſit ordo ſuccedendi agnatorum & cognatorum. nulla quoque amplius prerogativa, ordo agnatorum cognatorum ordinem excludere poteſt: ſed totus ille collateralis ordo excluditur per deſcendentes & aſcendentes, (hos enim novos tres ordines ſcil. Juſtinianus) ex certis fratribus utrimq, coniunctis, qui cum defuncti parentibus admittuntur, ubi autem concurrunt duo ordines ſuccedendi, non quæritur de gradu, ſed qui in priori eſt, omnimodo excludit poſteriorem. Idque eleganter hic docuit Theoph. ordo, inquit, (nec enim libet deſcribere Græca verba) ordini præfertur: & qui in priori eſt ordine, etſi poſterior ſit gradu, (ſcil. quam is qui eſt in ſecundo ordine) quia ordine potior eſt, potior quoque eſt in hæreditate: tunc vero fit comparatio graduum, cum plures perſonæ ex eodem ordine veniunt. Hæc Theophilus. Ex iis autem quæ dixi, ſumenda eſt explicatio *l. in ſucceſſione* 9 *C. de legit. hær.* ubi Impp. reſpondent, ſororem potiorem eſſe avo materno & avia. Nimirum ex Tertulliano SCto vocabatur tantum mater, ut ſoror conſanguinea cum ea concurreret §. 3. *ſup. de SC. Tertull.* ex quo mater quaſi agnata admittebatur, & conſequenter procul dubio excludebat ſororem uterinam, quæ non niſi ex tertio ordine cognatorum venire poterat: ſicut & eodem ordine demum vocabantur avia & avus maternus. Et adeo omnino de ſorore conſanguinea *d. l.* 9. accipienda eſt, quę jure agnationis aviam excludebat. Cæteroquin omnino affirmo, ſororẽ uterinam & aviam ex tertio ordine cognatorum, utpote gradu pares, ſimul admiſſos fuiſſe. Sed Juſtinianus quoque ſorori uterinæ jus agnationis dedit *in* §. *hoc quoque ſup. de legit. agn. ſucc. & in* §. *ſed cum* 5. *de SC. Tertull.* ubi eam cum matre, quam omnib. aliis agnatis anteponit, admittit: poſt quod ius, fatebor, uterinam quoq; ſororẽ, aviam in ſucceſſione eſſe potiorem: & ob hoc forte detractum fuit à Triboniano ex *d. l.* 9. *C. de legit. hær.* verbum *conſanguineam*, ſed hodie poſt N. 118. avia quoque cum ſorore & fratre defuncti concurrit, & ſororem uterinam excludit.

AD

AD TITVLVM VIII.

LIBRI TERTII Inſtitutionum.

DE SVCCESSIONE LIBERTORVM.

TEXTVS.

Nunc de libertorum bonis videamus. Olim itaque licebat liberto patronum ſuum impune teſtamento præterire: nam L. 12. tabularum ita demum ad hæreditatem liberti vocabat patronum, ſi inteſtatus libertus mortuus eſſet, hærede ſuo nullo relicto. Itaq; inteſtato mortuo liberto, ſi is ſuum hæredem reliquiſſet, patrono nihil in bonis eius juris erat. Et ſiquidem ex naturalibus liberis aliquem ſuum hæredem reliquiſſet, nulla querela videbatur: ſi vero adoptivus fuiſſet filius, aperte iniquum erat, patrono nihil juris ſupereſſe.

COMMENTARIUS.

VArium & multiplex hoc tit. jus refertur, de ſucceſſione libertorum, id eſt, quomodo iis ſuccedatur Primum eſt ex L. 12. tabb. quod & refert *Vlpian. tit. ult. in princ.* ſecundum quod jus libertus aut teſtatus decedit aut inteſtatus. Priori caſu nullum jus in bonis liberti habet patronus, niſi ſi quid ipſe libertus ipſi legavit, aut eum hæredem inſtituit, teſtamentum autem liberti quo impugnet remedium nullum habet: Poſteriori caſu poſt ſuos hæredes, ſed ante omnes alios agnatos vocabatur patronus *l. text. l. 3. de ſuis & legit. l. liberto 17. de bon. libert.* Adeo apparet, quod patronus acceperit ex L. 12. tabb. jus agnationis & agnatorum, ſed ut primo & potiori gradu collocaretur. Nam & agnatus teſtamento licite excludi poterat, & ab inteſtato poſt ſuos vocabatur. Idque etiam eſt, quod ſcribit Ulp. in *l. 2. §. 1. unde legit.* ea parte edicti etiam deferri libertinorum poſſeſſionem bonorū: quod ita intelligo ut deferatur patronis, cum liberti non habeant agnatos. Ex illa autem parte conſtat vocari agnatos, & qui quacunq; Lege jura agnatorum acceperūt. Duplici autem injuria hoc jus 12. tabb. laboraſſe videtur 1. quod patronus per quemvis hæredem ſcriptum extraneum quoque excludebatur. 2. cuius hic meminit Juſtin. quod non tantum per ſuos hæredes, liberos ex juſto matrimonio natos, ſed etiam per adoptivos ab inteſtato excludebatur patronus, atque ita in poteſtate erat liberti, per commentum adoptionis, ut vocatur in *l. fideicommiſſa 76. de condit. & dem.* efficere ut excluderetur patronus. Sed prius illud pendebat à poteſtate libera teſtandi, quæ L. 12. tabb. cuius erat permiſſa: tum conſtat per adoptivos quoque liberos, omnes alios conjunctiſſimos, etiam defuncti parentes excluſos fuiſſe Et cur igitur patronus cōqueratur injuriam factam ſibi, quam ferre coguntur parentes? Putat Hott. ideo mutatum à prætore jus 2. tabb. & plus conceſſum patrono, quod alias domini nimis duras conditiones ſervis manumiſſis imponere, & ita libertos onerare ſolebant, arg. *l. 1. de bon. libert. l. 2. de operis libert.* futuri enim hic ſunt mitiores, ſi mortuo quandoque liberto ſciant plenius ſibi de jure ſuccedendi eſſe cautum

TEXTVS.

1. Qua de cauſa poſtea prætoris Edicto hæc juris iniquitas emendata eſt: ſive enim faciebat teſtamentum libertus, iubebatur ita teſtari, ut patrono partem dimidiam bonorum ſuorum relinqueret: & ſi aut nihil, aut minus dimidia parte reliquerat, dabatur patrono contra tabulas teſtamenti partis dimidiæ bonorum poſſeſſio: Sive inteſtatus moriebatur, ſuo hærede relicto filio adoptivo, dabatur eque patrono contra hunc ſuum hærede partis dimidiæ bonorum poſſeſſio. Liberto autem prodeſſe ſolebant ad patronum excludendum naturales liberi, non ſolum quos in poteſtate habebat mortis tempore, ſed etiam emancipati, & in adoptionem dati; ſi modo ex aliqua parte erant ſcripti hæredes, aut præteriti bonorum poſſeſſionem contra tabb. ex edicto prætorio petierant: nam exhæredati nullo modo repellebant patronum.

COMMENTARIVS.

SEquitur jus prætorium: quod tamen non plane satis exponit Justinianus. Ego ita distinguendum censeo. Patronus decedit aut intestatus, aut testatus. Illo casu siquidem non relinquat liberos, proculdubio jure 12. tabb. succedit in solidum patronus. Liberi sunt aut naturales, id est (ita enim accipiuntur, dum opponuntur adoptivis nati ex legitimo matrimonio, aut adoptati. Contra hos in dimidiam partem bonorum admittitur patronus *Vlp. in f. pr. tit. ult. b.* §. *vers. sive intestatus.* Naturales liberi aut sunt sui & mortis tempore in potestate, quibus prætor jus 12. tabb. integrum reliquit, ut nimirum in solidum excluderent patronum: (quod colligitur ex *d. vers. huius* §. ubi prætor tantum contra adoptivos dicitur dedisse bon. possessionem) aut non sunt in potestate: & hi vel sunt in familia aliena, aut non sunt: veluti emancipati qui se aliis adrogandos non dederunt: Et hi proculdubio excludunt patronum in solidum, siquidem ex Edicto prætoris jus suorum hæredum habent, ut supra non uno loco diximus, & inprimis *ad* §. 3. *de exhared. lib. &* §. 9. *de har. ab int.* Illi autem qui tum in aliena familia sunt, cum jus succedendi non habeant, præterquam ex tertio capite, cum cognati §. *ast h.* 10 §. *Eadem* 12. *cum* §. *seq.* nec poterunt excludere patronum. Nam quod in *f. huius* §. dicitur, de liberis in adoptionem datis ad casum quo instituti sunt pertinet: sed quid si liberi sui abstineant, vel emancipatus repudiet bon. possessionem? Crediderim admitti patronum: cæteroquin locus fieret agnatis aut cognatis, quibus sane potior est patronus. Hic primus est principalis casus, liberti intestato defuncti: sequitur alter, quo testamentum fecit. Et hic aut reliquit liberos, aut non reliquit. Et hoc casu omnino datur patrono contra liberti testamentum bonorum possessio partis dimidiæ. Liberi aut sunt adoptivi, & est omnimodo idem jus: aut naturales: Et duplex distinctio est, tum, quam modo proposuimus inter eos qui tempore mortis in aliena familia sunt, aut non sunt, tum an sint instituti, an exhæredati, an vero sint præteriti: Ego secundum juris rationem has constituo propositiones. Exhæredati liberi indistincte non repellunt patronum, *h. §. inf.* in genere enim & de omnibus liberis verum est, quod ibi dicitur: hoc ita, stante testamento: Quid si enim liberi per querelam everterint testamentum, sane excludetur tum patronus. Querela autem possunt uti liberi sui & emancipati, sed qui eo tempore in potestate & familia sunt aliena, non puto uti posse querela: & in horum persona inutilis & minime necessaria est exhæredatio, cum neque ab intestato jus succedendi habeant, nec per bon. poss. contra testamentum impugnare possint. Quod attinet ad præteritos, patet ex jam dictis removendos hinc, qui tempore mortis sunt in familia aliena, qui non possunt ullo remedio contra testamentum venire: sed tractatio hæc pertinet ad suos & emancipatos, & omnino eos qui tum in aliena familia non sunt. Et hi aut utuntur jure suo, aut non utuntur. Jus quo uti possunt, est in suis, jus dicendi testamentum nullum: in utrisque bonorum possessio contra tabulas. Hoc si utantur, excluditur patronus: si non utantur: nō excluditur: Et tum suo jure contra hæredes scriptos, petita bon. poss. in dimidiam partem utetur patronus. Idq; in emancipatis liquidum est, cum jure valeat testamentum. Suo abstinente res redigitur ad causam intestati, vel potius cum testamētum sit nullum res initio est in causa intestati. Itaque idem erit, quod ad casum præced. diximus, si suus abstineat, nec præterea alii sint liberi, fore patronum potiorem. Denique tertius casus liberorū est institutorum. Et hic istud singulare est, quod etiam qui in adoptionem dati & ita in familia aliena sunt, instituti excludunt patronum, ut diserte Justin. hic scriptum est *in vers. prodesse*, ad hos enim communiter cum emancipatis pertinet, quod ibi de institutis iis hæredibus scriptum est, nam quod de bon. poss. contra tabulas adiicitur, ad emancipatos debet referri solos, cum ea bonorum possessio non detur iis, qui tempore mortis aliena familia existunt. §. *Eadem* 12. *sup. de hared. ab int.* in quo aperte labitur Hottom. hic. Et diserte ut diximus hæc distinguit Theophilus, Instituuntur liberi vel in solidum, vel pro parte. Illo casu in solidum excludunt quoque patronum: cui fit nulla injuria, cum ab intestato illum excluſuri quoque fuissent, sui videlicet & emancipati. Nam quod attinet ad datos in adoptionem, qui ab intestato cum non excluſissent patronum, nec videntur in solidum quasi in fraudem patroni instituī potuisse. An forte hoc datum est naturali affectioni & pietati, quæ manet erga liberos, etiam in adoptionem datos? quæ tamen causa ex ratione juris veteris non satis momenti habet, quo pater adoptivus ad solidum fiebat hæres, ut merito in adoptionem intio & secuta institutio in fraudem patroni facta videri possit, & forte non sine causa mentionem facit Justinian. institutionis *ex parte*. Quod ego quidem in medium relinquo. Quo ad suos & eman-

& emancipatos, qui ab inteſtato in ſolidum ſuccedebant, crediderim ſi ex parte tantum ſcripti hæredes fuiſſent, dato extraneo cohærede, contra hunc pro dimidia patroni jus integrum fuiſſe non ſecus ac ſi in ſolidum inſtitutus fuiſſet: ceteroquin potuiſſet facile fraudem comminiſci libertus, inſtituto filio in portione, quæ legitimam faciebat, in reliquis partibus, adjectis cohæredibus extraneis.

TEXTVS.

2. Poſtea vero Lege Papia adaucta ſunt jura patronorum, qui locupletiores habebant libertos. Cautum eſt enim, ut ex bonis eius qui ſeſtertium centum millium patrimonium reliquerat, & pauciores quam tres liberos habebat: ſive facto teſtamento ſive inteſtatus is mortuus erat, virilis pars patrono deberetur. Itaque cum unum quidem filium filiamve hæredem libertus reliquerat, perinde pars dimidia debebatur patrono, ac ſi is ſine ullo filio, filiave inteſtatus deceſſiſſet: cum vero duos duasve reliquerat hæredes, tertia pars debebatur patrono: ſi tres reliquerat, repellebatur patronus.

COMMENTARIVS.

TErtium hoc jus eſt, ex Lege Papia, quæ jus anterius conſervavit & reliquit ſuo loco in libertopauperiori, ſed ſi locupletior eſſet libertus & centum millia in bonis habebat adauxit jus patronorum: nam cum ex edicto quoque prætoris omnimodo per liberos patronus excluderetur, Papia Lex ſive ab inteſtato, ſive facto teſtamento libertus eſſet mortuus, patronum cum duobus liberis in virites partes admiſit: ubi adeo unicus ſupererat filius, conſequebatur patronus dimidiam partem hæreditatis & conſequenter, eam quam ſi juxta prætoris edictum libertus teſtatus deceſſiſſet ſine liberis: quoniam hoc caſu bonorum poſſeſſionem in partem dimidiam patrono dabat prætor. Ita enim legendum eſt, & emendandus textus, qui habet, *inteſtatus*, ſiquidem inteſtato mortuo ſine liberis liberto & ex L. XII. Tabb & ex edicto prætoris patronus in ſolidum ſuccedebat liberto, ut ex *pr.* & §. 1. *h. t.* & quæ ibi diximus, apparet. Et ita *Cuiacius* 3. *obſ.* 3. & huic emendationi aſſentitur paraphraſis Theophili, quippe qui ponit libertum mortuum eſſe *ἐπιδανῆ*. Et iſtam emendationem probant Hotto. Ruſſar. Cont. Pacius, Weſemb. Et fruſtra lectionem vulgatam defendit *Rober.* 2. *rec. lect.* 24. ubi contendit liberto mortuo inteſtato, agnatos (abſurde liberto tribuit agnatos) & ſcilicet fratres concurrere cum patrono, *ex pr. ſup. de ſervil. cognat.* cujus ſententiam ibidem quoque exploſimus: nec uſquam pictum aut ſcriptum eſt ab inteſtato, cum patrono concurrere aut parentes, aut fratres liberti: & cur potius in dimidiam concurrunt fratres, & non in tertiam, aut in viriles? & *in d. pr. ſit. praeſd.* ſimpliciter loquitur Juſtinianus admitti fratres, ſive, ut volunt alii, parentes liberti, ut appareat ibi de ſucceſſione in ſolidum agi, maxime cum ibi pariter agat de jure ſuccedendi liberorum liberti, qui ſane ex ſententia Juſtiniani omnimodo etiam unus aut duo, præferuntur patrono, qui cum iis ex L. Papia concurrebat, ut in *fin. huius* §. traditur.

Seſtertium centum millium.] Denarius apud Romanos antiquitus fuit decem aſſium, quod ipſum nomen arguit, poſt autem ſervato eodem nomine ſedecim aſſium fuit. Itaque cum in denario eſſent quatuor ſeſtertii, conſequens eſt, ſeſtertium initio duos aſſes & dimidium ſeu ſemiſſem, poſt quatuor aſſes valuiſſe, quæ petenda ſunt ex *Budæo de aſſe. & Hotoman. in lib. de re numm.* qui accurate refutat Budæum exiſtimantem, ſeſtertium maſculino genere ſignificare nummum, & in denario ejuſmodi nummos quatuor eſſe, (quod verum eſt, ſeſtertium autem neutro genere ſignificare mille ſeſtertios. Docet ibidem enunciandi uſum fuiſſe olim duplicem, ut interdum plena oratione diceretur: quinquaginta ſeſtertiûm millia: interdum præciſe quinquaginta ſeſtertiûm. Et igitur Juſtinianus hoc loco plenam orationem uſurpavit, dum dicit, patrimonium centum millium ſeſtertiûm ſive ſeſtertiorum: Africanus autem *in l. liberto* 26. *de bon. lib.* proculdubio per *octoginta*, totidem millia ſeſtertiûm intelligit. Pluribus in hanc tractationem excurri non eſt inſtituti noſtri: monendum hoc ſaltem fuit, ne quis à Budæo in errorem induceretur, ſecundum cuius ſententiam ingens hæc nimis ſumma fuerit, ſi ſeſtertia de mille ſeſtertiis explices, & neutro genere ſeſtertia hic à Juſtiniano dicta accipias: & vero recte docet Hottom. d. loco, ſeſtertium, neutro genere à probis Latinis autoribus uſurpatum non fuiſſe, niſi quod poe-

tæ matri causa ita eo verbo abusi fuerint, non tamen pro nummo, sed ut subintelligerent millia. In eo autem convenit inter Budæum, Hottom. Agric. & reliquos, ultra nongenta millia sestertiûm vel sestertiorum non pronuntiasse Romanos, sed cum ad mille millia ventum esset, tunc adverbio numerandi usos decies sestertiûm, & porro ita extulisse. Istud non injuria quis quæsiverit, quæ ratio fuerit, definiendi locupletiorem libertum, ex patrimonio centum millium sestertiorum. Fortassis hæc reddi possit non improbalis, quod census is apud veteres dicebatur, qui centum millia sestertiûm possideret, & hanc professionem in censum detulisset, ut scribit *Ascon. Ped. in orat. 3. Verr.* quæ dicitur de prætura urbana. Atque ita necessum est veterem rationem plane immutatam fuisse, auctis civitatis opibus. Nam ut constat ex Livio & Dionysio Halicarnasseo, cum Servius Rex primo censum constitueret, fecit quatuor classes eorum qui bona in censum deferebant & ære censebantur, & in primum, qui centum millium æris, in secunda, qui LXXV. in tertia qui quinquaginta, in ultima qui XXV. possidebant, collocavit. Et cum ut diximus sestertiis postea quatuor assibus æstimaretur, efficitur, ut tum, qui XXV. millia sestertium possideret, haberet eum censum qui maximus fuit ætate Servii Regis. Ita videtur κατ' ἐξοχὴν census dictus, qui maximum olim censum possidebat, subrogatis in locum assium, sestertiis. Et hanc summam centum millium sestertium, confeciisse olim censum Decurionum, patet ex *Epist. Plinij ad Romanum 19. lib. 1.* & ex eodem censum equestrem fuisse CCCC. millium, & senatorum fuisse DCCC. millium, ampliarum ab Augusto docet *Sueton. in Augusto cap. 41.* Ita vetus illa summa in omnibus procul dubio aucta, imo nova plane constituta fuisse videtur, quoniam summa huius §. centum millia, conficiunt CCCC. millia assium. Et eum qui tantum possideret, placuit pro locupletiore haberi, & in eiusmodi liberto patroni jus augeri.

TEXTUS.

3. Sed nostra constitutio, (quam præ omni natione Græca lingua compendioso habito tractatu composuimus) ita definivit huiusmodi causam, ut siquidem libertus vel liberta minores sint centenariis, id est minus centum aureis habeant substantiam, (sic enim Papiæ Legis summam interpretati sumus, ut pro mille sestertiis unus aureus computetur) nullum locum in eorum successione patronus habeat, si tamen testamentum fecerint. Sin autem intestati decesserint, nullo liberorum relicto, tunc jus patronatus, quod erat ex L. XII. Tabularum integrum reservavit. Cum vero maiores cẽtenariis sint, si hæredes, vel bonorum possessorum liberos habeant, sive unum sive plures, cuiuscunque gradus vel sexus, ad eos successiones parentum deduximus, patronis, cum sua progenie omnibus modis semotis. Sin autem sine liberis decesserint, siquidem intestati, ad omnem hæreditatem, patronos patronasque vocavimus. Si vero fecerint quidem testamentum, patronos autem aut patronas præterierint, cum nullos liberos haberent, vel habentes, eos exhæredaverint, vel mater sive avus maternus eos præterierint, ita quod non possint argui inofficiosa testamenta eorum, tunc ex nostra constitutione per bonorum possessionem contra tabulas, non dimidiam, ut antea, sed tertiam partem bonorum liberti consequantur, vel quod deest eis ex nostra constitutione repleatur, si quando minus tertia parte bonorum suorum libertus vel liberta eius reliquerit, ita sine onere, ut nec liberis liberti libertæve ex ea parte fideicommissa vel legata præstentur, sed ad hæredes eorum hoc onus retundet. Multis aliis casibus à nobis in constitutione præfata congregatis, quos necessarios esse ad huiusmodi juris dispositionem perspeximus, ut tam patroni patronæque, quam liberi eorum, necnon qui ex transverso latere veniunt, usque ad quintum gradum ad successionem libertorum liberta-

rum-

tarumve vocentur, ſicut intelligendum eſt ex ea conſtitutione. Et, ſi ejuſdem patroni vel patronæ, vel duorum duarumque pluriumve liberi ſint, qui proximior eſt, ad liberti vel libertæ vocetur ſucceſſionem, & in capita, non in ſtirpes dividatur ſucceſſio eodem modo & in iis, qui ex tranſverſo latere veniunt, ſervando. Pene enim conſonantia ingenuitatis & liberti natis jura in ſucceſſionibus fecimus.

COMMENTARIUS.

NImis loquax eſt Tribonianus, cujus ſententiam ſtrictim & ſummatim proponamus. Libertus eſt aut pauperior, cujus patrimonium eſt infra centummillia ſeſtertium, vel infra centum aureos (de qua re mox dicemus) aut eſt locupletior quem Juſtin. centenarium dicit. Uterque aut moritur inteſtatus aut teſtatus. Si inteſtatus, ſiquidem liberis relictis, quocunque numero, vel uno tantum & omnino excluditur patronus, atq; ita derogatum eſt Legi Papiæ, quæ cum uno aut duobus liberis patronum admittebat) ſin ſine liberis in ſolidum; ſicut olim ex L. XII. Tabb. admittitur patronus: & de ſententia *tit. ſup. de ſervil. exp. in pr.* qui huic loco repugnare videtur, ibidem diximus. Intelligendi ſunt autem liberi naturales non adoptivi *arg. pr. ſup. h. t.* Si teſtamentum fecit libertus, diſtinguitur inter centenarium & minorem centenario. Hic teſtamento facto impune poteſt præterire patronum, adeo licet non habuerit liberos, ſed alios heredes inſtituerit *h.* §. *verſ. ſiquidem* atque ita reditum hactenus ad jus antiquum XII. Tabb. qnod refertur *in pr. tit.* Ille aut nullos liberos habuit, & datur contra hæredem ſcriptum bonorum poſſeſſio in tertiam partem, aut quod deeſt ſuppletur, ſi minus relictum ſit: quomodo diſceditur ab Edicto prætoris, ex quo bon. poſſeſſio contra Tabb. in dimidiam partem dabatur §. 1. *h. t.* ſin liberos habeat libertus, itidem diſtinguendum eſt, ſicut diximus *ad* §. 1. *h. t.* an ſint præteriti, an exhæredati an inſtituti, & an ſui an in poteſtate morientis an extra eam & in aliena familia: quæ huc repetenda ſunt: cum ſit eadem plane ratio: nam & quod *in fin. d.* §. 1. dicitur, exheredatos non excluſiſſe patronum, intelligitur de caſu, quo vel non poſſunt movere querelam inofficioſi liberi, quem caſum *hoc* §. proponit Juſtin. vel in ea ſuccumbunt, vel querelam repudiant, qui duo caſus jure eodem utuntur. Hæc ſumma eſt conſtitutionis Juuſtinianeæ, jam verba quædam textus videamus.

Pro omni natione Græca Lingua.] Jam enim imperio in Orientem translato, ante 200. annos, Græcæ linguæ uſus latius patebat, quam Romanæ ſive Latinæ

Compendioſo tractatu.] Quam compendioſa fuerit iſta conſtitutio, quæ non exſtat, jndicium facere licet, ex prolixa Epitome quam refert Cujac. 20. *obſ.* 34.

Minus centum aureis.] Ergo pro centum millibus ſeſtertium, computat Juſtinianus centum aureos. Iſtud vero minime liquidum eſt. Glarean. *ad lib* 1. *Livij*, centum millia æris, qui primæ claſſis cenſus erat, conficere docere centum minas & cũ talentum Atticum haberet 60. minas, & talentum iſtud æſtimari ſoleat ab ejus rei peritis 600. coronatis, conſequenter 100. minæ fecerunt mille coronatos. Et cum, ut diximus: ſeſtertius poſt valeret quatuor aſſibus, centum millia ſeſtertiũ fecerunt, CCCC. millia æris, & ita IV, millia coronatorum, à quo immane quantum abit, ut pro C. millibus ſeſtertium centum aurei computentur. Plane efficitur ex dictis, quod centum aſſes confecerint aureum unũ, & conſequenter centũ ſeſtertii, aureos quatuor. Cõvenit, quod *Budæus* ſ. *de aſſe*: dena millia æris, explicat de centum coronatis. Plane autẽ diſcrepat Hottom. qui in lib. de re numar. cap. de aureo Juſtinianeo, & hic ſcribit, centum ſeſtertios, tantum aureum confeciſſe. Et alterutram opinionem falſam eſſe oportet, vix enim quis dicere poſſit ſorraſſis poſt minuta æſtimatione monetæ ſeſtertiũ unũ & quatuor aſſes, novos, tantum fuiſſe pretio unius aſſis antiqui, quomodo & Budæus, pro mille ſeſteriis decem aureos computat. Quod ego ſane non exputo. Sed & juxta Hottomanni cõputationem centum millia ſeſtertium, non centũ, ſed mille aureos efficiunt. Itaq; Hottomannus pro *centum* ſubſtituit *mille*, & viciſſim pro *mille* legendum cenſet, *centum in pr. h* §. hoc modo, *ſi minus mille aureis habeant ſubſtantiam*, (*ſic enim L. Papiæ ſummam interpretati ſumus, ut pro centum ſeſtertiis unus aureus computetur*:) quod & Weſemb. ſed præterea nemo probat. Et me vel præcipue movet authoritas Theophili qui aureum per *νόμισμα* exponit, & diſerte addit, *ἤγουν οὐκ ἐν στερτίοις ἀλλὰ νομίσμασι τοιοῦτο*. id eſt, ita ut mille ſeſtertia faciant unum aureum, & ſiquidem hæc erat vetus ratio,

d by Google

rio, ut centum seſtertii facerent unum aureum, & eam sequi propositum fuisset Justiniano, nulla interpretatione opus fuisset.

Ait autem Justinian. se ita L. Papiæ summam interpretatum esse ut appareat, eum ab veteri illa computatione discessisse, vel quod tum & ipsius ætate census & facultates hominum essent immiutæ, vel ut Baro hic ait, in favorem patronorum, ut his facilius locus esset, & quidem contra alios hæredes quippe cum contra Legem Papiã omnimodo per liberos, etiam per unum, patronum excludi dispositisset. Sed & Epitome edita à Cujacio 20. *obs.* 34. diserte exprimit *ἐπανὴρ νομίσματος*. Et facit contra Hottomann. quod Justiniani ætate imminuto aureorum pretio, constat non amplius 48. aureos, ut olim, sed 72. aureos libram confecisse; & omnino apparet Justinianum hactenus à L. Julia Papia & veteri æstimatione recedere voluisse.

Sin autem sine liberis.] Liberi omnino juxta Justinianum excludunt patronum; quod de liberis naturalibus, non adoptivis accipiendum supra monui, nec adeo dubito errare Hottom. qui per liberos quoque adoptivos patronum excludi putat: cum ipse Justinian. in *princ. h. tit.* dicat, aperte iniquum esse, ut patronus excludatur per hos liberos adoptivos; & mox in §. 1. per edictum prætoris emendatum fuisse hanc iniquitatem, neque sit verosimile, hanc iniquitatem reducere voluisse Justinianum. Et inepto argumento utitur Hottoman. quod Justinianus hic in *fin. hujus text.* & *infr. de bon. poss. in §. sed nec vers. cumque antea* exæquarit libertinorum & ingenuorum successionem; nam & in *fin. h. text.* addidit, *pene*, & exæquatio procedit in terminis comparabilibus ingenui autem non habent patronum, de cujus exclusione quæri possit. Et decidit hoc diserte epitome constitutionis Justinianeæ relata à Cujacio 20. *obs.* 34. sub fin. his verbis *εἰ δὲ μὴ καὶ πατέρας ἔχοιεν οἱ ἐλευθερούμενοι, οὐδὲ οἱ πάτρωνοι, οὕτως οὐ καὶ ὑπεξουσίους ἔχουσιν, οὐ δέχομαι τὸ σὸν πλέον ἔχειν, ἀλλὰ τὸ τοῦ ἐξωτικοῦ.* Si autem adoptivos liberos habeant, aut liberti, aut patroni, hos etiamsi in potestate adhuc sint, non recipimus in numero, vel ordine liberorum, sed in numero extraneorum.

Vel mater sive avus maternus.] Horum enim præteritio pro exheredatione est, & plane fuit etiamnum hoc jure, sed quod istud mutatum post sit novo jure, *N.* 115. *cap.* 3. *sup. de inoffic. test.* ostendimus.

Bon. possessionem contra tabb.] Notanda hic differentia bonorum possessionis, quæ liberis & quæ patronis datur. Nam illa quidem nec dum adita hæreditate contra lignum dari dicitur; hæc autem demum adita hæreditate, *l. illud in pr. 4. de bon. poss. cont. tabb. l. 3. §. ut patronus 5. de bon. lib.* Cujus differentiæ hanc rationem Dd. reddere solent, quod bonorum possessio quæ liberis datur totum evertit testamentum, sed quæ datur patrono, tantum partem, itaque fieret ut libertus pro parte esset testatus & intestatus; quod antea aditam hæreditatem admitti nequit, ut not. Fab. hic. tum etiam facit, quod jus liberorum plenius & certius est & omnimodo iis competit, ob hoc solum, quod præteriti sunt, sed jus patroni habet suos limites, & contradictore adeo est opus, qui causam contra patronum tueatur.

Ex constitutione nostra supplentur.] Procul dubio intelligit constitutionem *l. omnimodo 30. C. de inoff. test.* ut hactenus eadem sit ratio legitimæ patronorum & liberorum.

Sine onere] Et hic quoque exæquata à Justiniano est portio patrono debita, liberorum legitimæ; & à veteri jure discessum; quo portio dimidia patroni, quæ debeatur ex edicto prætoris, potest & legatis gravari, & universali quoque fideicommisso, ut docet *l. 4. de cond. & demon.* & apertius *l. si ejus 64. §. ult. ad Trebell.* hactenus scil. si fideicommissa & legata liberis præteritis, vel etiam exhæredatis relicta essent: nec immerito: siquidem liberi ex edicto prætoris, sive instituti, sive nullo testamento facto, in solidum ab intestato patronum excludebant. Itaque ad legata vel fideicommissa liberis tantum relicta hoc refero, & restringo, cum alias si liberi præteriti, bon. possessione contra tabb. patris testamentum evertissent, parentibus etiam relicta conservarentur: quoniam & hi jus succedendi habent; atquin ut Theoph. *in pr. h. tit.* verescribit, liberi non censebantur habere parentes, cum in servitute reali essent, cujus cognationis nullam olim habitam rationem fuisse in successione diximus *ad pr. tit. proced.*

Multis aliis casibus.] Cum constitutio cujus meminit, peperit quid dispositum ea fuerit, non aliunde quam ex hoc loco & sæpe memorata epitome, quæ apud *Cujac.* 20. *obs.* 34. exstat, repeti potest. Illud autẽ observandum, quod nõ tantum jus succedendi liberto habeant patroni & ejus liberi, sed etiam agnati ejus usq; ad gradum quintũ: probatur ex *l. 5. §. utique 6. de suis & leg.* in qua cum agatur de hæreditate liberti, dicitur & postumus

(videl.

(videl. patroni,) admitti, & remorari *ADGNATOS* sequentes. Item in *l. liberto* 17. *de bon. lib.* proximos admitti simul ait JCtus post patronum aut patronam; hos enim præmortuos esse ponendum est, cum nemo una cum patrono vel patrona admitti possit, per ea quæ jam dicemus. An autem L. 12. tabb. hic gradus quintus sit definitus, an constitutione Justiniani, non liquet. Ita sane definit constitutio apud *Cuiac.* 20. *obs.* 34. ut, qui ex obliquo etiam patrono cõjuncti sunt gradu quinto, ad successionem liberti loco suo vocentur. Tractant Dd. an quod de quinto gradu dicitur, æque ad descendentem lineam pertineat; quod magis putant, quia conjunctim de utraque linea loquatur textus: Sed non tamen ita coniunctim ut non possit restringi ad lineam transversam. Sed rem decidit (si illi fides) epitome apud *Cuiac.* 34. *lib.* 20. ἕως δὲ πέμπτου βαθμοῦ οἱ ἐκ πλαγίου συγγενεῖς τοῦ πατρωνοῦ καὶ οἱ κατιόντες· οὕτω κληρονομήσουσι τὸν ἀπελεύθερον, id est, usque ad quintum gradum, qui ex transverso conjuncti sunt patrono, & ab ipso descẽdentes, succedant liberto.

Qui proximior est.] Proximus gradu vocatur ad successionem liberti, ex patroni liberis vel agnatis, & ita ut hæreditas dividatur in capita, non in stirpes, ut mox additur. Et ita jus esse refertur quoque in liberis plurium patronorum, ut remotior excludatur à proximiori. Et igitur si ex uno patrono sit filius, ex altero nepos, filius solus succedit & præfertur nepoti. Ulp. *tit.* 27. §. 1 *de lib. succ.* Eademque ratione patronus superstes, alterius prædefuncti patroni filium excludit *Ulp. d. loco. §. 1. de bonor. lib.* & citato loco Ulp. plurium patronorum liberos non in stirpes, sed in capita ad liberti successionem admitti scribit. Adeoque hactenus nihil novi à Justin. constitutum apparet. Neque movet, quod supra *tit.* 1. *in* §. *cum filius* tractatur liberos in locum parentum subintrare, & non in capita sed in stirpes succedere. Hoc etenim obtinet, cum succedunt parenti ut sui, hic autem non de succedendo in bona parentis, sed liberti tractatur, & ad *pr. huius tit.* diximus, patronum venire ad successionem liberti agnatorum instar, quod & docet *d. l.* 3. §. 9. *de suis & legit.*

Qui ex transverso latere.] Relative ad patronum, cuius & liberi & agnati jus succedendi habẽt. Nam liberto omnes perinde sunt, ac qui ex transverso veniunt.

Pentaconsonantia.] De hoc agemus *inf. tit.* 10. §. *sed cui vers. cumq; antea*, ubi etiam videbimus, an quod de agnatis patroni usque ad quintum gradum dicitur, pariter ad successionem ab intestato ad bon. possessionem quoque contra tabulas: pertineat.

TEXTVS.

Sed hæc hodie dicenda sunt, de iis libertinis, qui in civitatem Romanam pervenerunt: cum neque sint alii libertini simul & dedititiis & Latinis sublatis: cum legitimæ Latinorũ successiones penitus nullæ erant: quia licet vitam suam, ut liberi peragebant, attamen ipso ultimo spiritu simul animam amittebant, atque libertatem: & quasi servorum ita eorum bona, jure quodammodo peculii, ex Lege Iunia Norbana manumissores detinebãt. Postea vero Senatusconsulto Largiano cautum fuerat, ut manumissoris liberi, non nominatim exhæredati facti, hæredibus extraneis eorum in Latinorum bonis præponerentur. Quibus etiam supervenit D. Trajani edictum, quod eundem hominem, si invito vel ignorante patrono ad civitatem Romanam venire festinarat, ex beneficio principis, vivum quidem faciebat civem Romanum, Latinũ vero morientem. Sed nostra constitutione propter huiusmodi conditionum vices, & alias difficultates, cũ ipsis Latinis etiam Legem Iuniam, & SCtum Largianum, & edictum Divi Trajani in perpetuum censuimus deleri: ut omnes liberti civitate Romana fruantur: & mirabili modo, quibusdam adjectionibus, ipsas vias, quæ in Latinitatem ducebant, ad civitatem Romanam capiendam transposuimus.

COMMENTARIUS.

DE iis libertinis.] Quoniam agitur de successione libertorũ; qui autem hæredem vel ex testamẽto vel ab intestato debent habere, eos necessum est esse cives Romanos. Et hinc *Ulp. in l. 3. de suis & legit.* hanc eandem rem tractans, libertum inquit,

quit, intelligere debemus eum, quem quis ad Romanam civitatem ex servitute perduxit: nō obscure innuens, aliud esse in ceteris speciebus, cum Latini, ut hoc loco Justin. refert, vitam quidem peragens, ad instar liberorum, sed ultimo spiritu, simul animam & libertatem amitterent; eo respectu nimirum (ceteroquin id inepte diceretur & absurde) quod hæredem non poterant habere, sed patronus, eorum bona jure peculii, non secus ac dominus servi perculium, occupabat, ut ipse explicat Justinianus, & extat in eandem sententiam rescriptum Constantini, in *leg. un. Cod. Theod. de petit. hared.* idque Legi Juniæ Norbanæ tribuit *Justin. hic.* Ipse autem cum omnes exæquarit libertos, parum subtiliter ita ait *in prin. h. t.* quod dicenda sint de his libertinis, qui perducti sunt ad Romanam civitatem; Ita enim arguit, esse quandam speciem libertorum, qui Rom. sint expertes civitatis, quod ipse statim hic negat, dicens nullos alios esse libertos, quam cives Romanos. Notum autem est Justin. *propriis titulis lib. 7. Cod.* sustuliſſe & dedititiam & Latinam libertatem; & nos ea de re diximus, ad *lib. 1 sup. de libertinis.*

Latinorum legitima successiones.] Et fuerunt ergo Legitimę successiones, libertorum, qui erant cives Romani; nam & suos hæredes, liberos scil. post libertatem natos habebant: & ut non semel ante diximus, patroni jure agnatorum libertis his succedebant, quæ hæreditas in edicto prætoris in specie dici solet legitima.

Posteà SCto Largiano.] Huius SCti etiam meminit in *l un. C. de Lat. lib. toll. & in pr. N. 78.* ubi SCtum Largianum se odisse profitetur. Eius loco hoc sententiam plenius proponit, quod ex illo liberi manumissorus non exhæredati, extraneis hæredibus eorum in bonis Latinorum fuerint præpositi. Quod Hottomann. ita explicat, quod si libertus testamentum feciſſet, & in eo hæredes extraneos instituiſſet, ablatam his fuiſſe hæreditatem, & patroni liberis datam. Miror quo ipsi mens fuerit cum hæc scriberet. Quod si enim dominus istorum bona occupabat jure peculii (loquitur enim perspicue etiamnum de Latinis Justin.) &, si cum ipso spiritu libertatem amittebant, nec ulla eorum erat successio, qui fieri potuit, ut testamentum condere illis liceret, cum nec ferant illam explicationem verba Justiniani; quod præponantur extraneis hæredibus, in bonis Latinorum; ut proinde ipsius hæredes Latini intelligi non possint. Recte itaque Accursius explicat, hæredes extraneos non liberti, sed manumissorum, (qui genitivus est pluralis, *non à manumissus*, sed à manumissor) & quod nimirum, si patronus liberos simul, & extraneos instituerit hæredes, in occupandis bonis Latini liberti, potiores esse liberos patroni; quod vel ex Theoph didiciſſe potuiſſet Hottoman. apud quem disertis verbis ita casus firmatur. Apparet adeo nihil constituiſſe SCtum Largianum de jure Latinorum libertorum, aut quidquam in eorum conditione mutaſſe. Frustra autem hic objecerit quis, jus patroni ad extraneos hæredes non transiviſſe, ideoque frustra mutatum id dici SCto Largiano; etenim ut ex hoc loco apparet, non tam jure patroni, sed magis domini jure & instar peculii bona liberti defuncti, occupabat qui fecerat libertum Latinum.

D. Traiani Edictum.] Huius quoque mentio est in *d. l. un. in pr. & §. ult. C. de Lat. lib. toll.* Nimirum sicut restitutio naturalium petenda erat à principe consentiente patrono, quoniam ea impetrata, ius patroni cessabat *l. 2. l. pen. & ult. de natural. lib. restit.* Ita quoque quoniam libertus civis Romanus poterat hæredem ab intestato & ex testamento habere, & ita eius bona amplius patronus iure peculii occupare non poterat, ideo constituit Trajanus edicto suo, ut patroni jus in eum, qui Latinus libertus fuerat, maneret integrum, si is invito patrono, aut ignorante civitatis jus à principe impetraſſet, ut itidem viveret quidem ut civis, sed moreretur ut Latinus.

In fin. §. refert se Justinianus ad fæpe *d. l un. Cod. de Lat. lib. toll.* qua conditionem Latinam, (sicut tit. preced. dedititiam) tollit, & omnes manumissos fecit cives Romanos; nam, quod *sup. de libertin.* monuimus, per sanctionem Antonini *l. in orbe 17. de stat. hom.* non libertini exæquati inter se, sed ingenuis omnibus civitas Romana data est: Justin. & libertos invicem & post N. 78. fere etiam libertos ingenuis exæquavit.

Mirabili modo] Non animadverto, quid hac in re possit esse admiratione dignum; constituere pro Imperio, ut omnes liberti sint cives Romani; & hoc adiicere libertati, qua pene imperfecta olim Latini utebantur: quod videtur intelligere per adjectiones quarū in extremo §. meminit, aut etiam quod adiecerit aliquid iis modis, quibus olim Latinitas competebat; veluti quod in *d. l un. §. sed & §. 2. C. de Lat. lib. toll.* in manumissione interamicos quinque testes requirit, quin & unum alterumque modum libertatis de novo adipiscendæ videtur introduxiſſe *d. l un. §. similique 4. cum seq.*

AD

AD TITVLVM IX.

LIBRI TERTII INstitutionum,

DE ADSIGNATIONE LIBERtorum.

TEXTVS.

In summa, quod ad libertorum bona attinet, admonendi sumus, censuisse Senatum, ut quamvis ad omnes liberos patroni, qui eiusdem gradus sunt, bona libertorũ æqualiter pertineant, tamen licere parenti, uni ex liberis, libertum adsignare, ut post mortem eius habeatur is solus patronus cui adsignatus est: & ceteri liberi, qui ipsi quoq; ad bona eadem, nulla adsignatione interveniente, pariter admitterentur in bis bonis nihil juris habeant, sed ita demum pristinum jus recipiant, si is cui adsignatus est, decesserit, nullis relictis liberis. Nec tantum libertum, sed libertam etiam: & non tantum filio neputive, sed etiam filiæ neptive adsignare permittitur.

COMMENTARIVS

PLenius hoc jus, de quo in *princ. h. t.* exponitur in *l. 1. h. t.* ubi Ulpian. refert SCtum, quo id patronis concessum fuit. Et est adsignatio liberti nihil aliud, quam juris patronatus, quod alias omnibus liberis commune futurum erat, in unum ex iis vel aliquos, vel masculos sive fœminas, sive primi, sive secundi gradus *h. text. in fin. l. 1. l. 3. § 1 eod.* transcriptio, qua facta, ceteri quamdiu vel ipse cui adsignatio facta est, vel liberi ex eo supersunt, ceteri à jure patronatus excluduntur *h. text. & leg. 1. in fin. princ. D. eod.* potestas hęc detur parenti patrono, qui libertum ipse manumittendo adquisivit; non etiam liberis eius porro, nec his quidem quibus libertus à patre adsignatus fuit *l. liberi 8. h. t.* adeo arcte & stricte hæc potestas adsignandi accepta fuit; forte quoniã Lex 12. tabb jus hoc in liberis æqualiter transfundere visa fuit, qui nec in hæredem extraneum potuit transferri.

TEXTVS.

1. Datur autem hæc adsignandi facultas ei, qui duos plureſve liberos habuerit in potestate: ut eis quos in potestate habet adsignare liceat libertũ libertamve. Unde quærebatur, si eum, cui adsignavit, postea emãcipaverit, num adsignatio evanescat. Sed placuit evanescere: quod & Iuliano & aliis plerisque visum est. Nec interest, an testamento quis adsignet, an sine testamento, sed & quibuscunq; verbis patronis permittitur hoc facere, ex ipso SCto, quod Claudianis temporib. factum est, Asterio Scapula, & Sabellio Rufo consulibus.

COMMENTARIVS.

1 *An l. 9. de adsign. lib.*

QVI duos plureſve.] Cum adsignatio fit translatio in unum, aut aliquos, juris illius, quod alias pluribus erat competiturum, ridiculum fuerit dubitare, an adsignationi sit locus, ubi unus tantum est filius. Itaque non existimandum est hoc proponi, quasi de eo dubitari possit: Sed tantum doceri quid sit adsignatio, & quod, cum L 12. tabb. hoc jus ad familiam restrinxerit, nec posse id extra familiam transferri; idque est quod & in *princ. l. 1. h. t. & h. §* traditur, adsignari libertum uni ex liberis, qui sunt in potestate, adeo quidem, ut adsignatio facta postea secuta emancipatione evanescat, h. §. quamvis ex hoc sane, non videatur satis probari, quod emancipato non possit adsignari libertus: quippe quod ubi pater libertum adsignavit filio in potestate existenti, postquam per emancipationem filium ex familia sua submovit, adsignationem factam revocasse videtur. Ceteroquin emancipato posse adsignari libertum, contra quam aperte scribit Theophil. hic, bene probat *l. utrum 9. h. t.* dum enim JCtus respondet, *magis est posse*, apparet, eum respondere ad eam partem quæstionis initio propositæ, an etiam emancipato posset libertus adsignari, & utique numquam de eo, qui in potestate est, an ei posset libertus adsignari, fuit dubitatum ut mirari satis non pos-

Digitized by Goog

fim, quod Azo & Acc. reſponſum illud, ad liberos in poteſtate referunt. Sed illud in *d. l.* 9. obſcurum, quod admittit adſignari poſſe emancipato, ſi pater præter emancipatum non pauciores quam duos habeat in poteſtate. Cur enim non ſatis ſit vel unum filium præterea ſupereſſe: Hottom. ita explicat hanc rem; quod uni & ſoli emancipato nequeat fieri liberti adſignatio, ſed ipſi & alii ſimul, qui eſt in poteſtate poſſe adſignari libertum: & quia illa dubitandi ratio occurrebat, quod illo, qui conjunctus fuit mortuo jus liberti totum extra familiam tranſiturum fuiſſet, ideo reſpondiſſe JCtum oportere ut præterea unus adhuc ſit in poteſtate, in quem pars juris patronatus tranſeat. Verum 1. exiſtimo uno ex conjunctis mortuo, jus totum ad ſolum ſuperſtitem pertinuiſſe; tum etiam quid ſi uterque, qui in poſtate fuit mortuus ſit? & cur non igitur tres aut quatuor requirimus, qui ſint in poteſtate? 3. quòd jus liberti adſignati tranſeat etiam in liberos emancipatos auxilio juris prætorii etiam quo ad ſucceſſionem, probat *lex* 3. §. *emancipatos.* 4. *h. t.* quo argumento Johan. Faber defendit, tranſire in nepotes ex filia cui libertus fuit adſignatus, juxta §. 1. *h. t.* Itaque Hottom. ſcrupulum non ſolvit, neque transfert me hærentem in *d. l.* 9. *D. de adſignat. lib.* & etiamnum quæro, cur ut adſignari poſſit libertus emancipato, neceſſum fuerit, ut præterea duo in poteſtate liberi ſuperſint. An fortaſſis hæc ratio eſt, quod ubi ſuperſunt duo liberi in poteſtate, & adſignatur libertus emancipato, neuter ex iis, qui ſuperſunt in poteſtate, poteſt conqueri de injuria ſibi illata, cum & alterutri ex illis jus ademptum in unum ſolum transferre pater potuiſſet. Atquin cum unus tantum ſupereſt in poteſtate, habet quod ſibi injuriam factam conqueratur ille; quod ſolidum ſit translatum in emancipatum, quum alter in poteſtate ſolidum ex L. 12. tabb. habere deberet; nam cum jus patroni & ejus in ſucceſſione liberti effectus ſit à L. 12. tabb. & hæc Lex nullos agnoſcat emancipatos, nec jus patroni ex hac L. poteſt habere emancipatus: prætor autem, qui inter ſuos, vocat emancipatos, & ex hæreditate partem illis abſtractam his tribuit §. *emancipati* 9. *in fin. ſup. tit.* 1. etiam quo ad partem ratam in jure patronatus defendiſſe emancipatum videtur ea ratione qua & ejus cui libertus fuit adſignatus, liberos emancipatos tuetur *d. l.* 3. §. 4. *h. t.* Ceteroquin SCtum nihil mutavit, ſed tantum eorum, qui in poteſtate ſunt, mentionem fecit, ſecutum hactenus Legem 12. tabb. hoc tantum immutato, ut jus iſtud in unum ex liberis transferri poſſit, ſed quoniam edictum prætoris ad ſucceſſorum vocabat emancipatos quoque, ſenſim & ab hoc jure diſceſſum videtur, juxta modo explicata, ex quibus partim & his, quæ paulo ante contra Hottomanni ſententiam diſputavimus, ſatisfieri poſſet. Fortaſſis nec male hanc rem expedit Cujac. qui itidem, ut Hottom. putat emancipato ſimul ſuo factam eſſe adſignationem & quæ valeat propter eum qui conjunctus eſt, adeoque oportere præterea eſſe adhuc alium in poteſtate, quoniam non niſi inter duos ſit locus electioni & adſignationi. Ergo ſi unus tantum ſit in poteſtate, nulla eſt adſignatio, nec propterea emancipatus facere poteſt ut valeat, cum tantum valeat propter ſuum; cum quo proinde alium ſuum concurrere oportet, inter quos fiat electio.

Nec intereſt.] Teſtamento poteſt fieri adſignatio, & abinteſtato quoque, & igitur in codicillis quoque. Quin & amplius extra ultimam voluntatem, per modum contractus, & per donationem adſignari poſſe libertum, colligitur ex *l.* 1. §. 3. *adſignare* 7. *h. t.* Ex quo non bene inferunt Dd. etiam teſtamento contractum celebrari poſſe; quia, ut diximus, ad §. *ſed cum* 3. *de teſtam.* quædam jura & res, & teſtamento conſtitui, & per contractum poſſunt transferri.

Quibuſcunque verbis.] Epiſtola, chirographo, quin & nutu; & rurſus & pure, & ſub conditione *l.* 1. § 3. *l. adſignare* 7. *h. t.*

Senatuſconſulto,] Cujus ſententia refertur *l.* 1. *h. t.* Sed ſine nomine, adjectis tamen nominibus Conſulum, Sabellio Rufo, & Oſterio ſcapula: Sed pro Sabellio, Hottoman. Cujac. Weſemb. legunt *Suellio*, quod nomen valde inſolens Romanis, nec puto uſquam alibi lectum, & in Plinii meo exemplari *lib.* 3. *cap.* 7. ad quem provocat Cujac. legitur *Suillo Rufo* & apud Theoph. *Suillio*. & magis probo Ant. Auguſt. 3. emend. 7. *Vellio Rufo*, quomodo & Florentinæ editiones habent.

AD TITVLVM X.

LIBRI TERTII Inſtitutionum.

DE BONORVM POSSESSIONIBVS.

TEXTVS.

Ius bonorum poſſeſſionis introductum à præto-

prætore est, emendandi veteris juris gratia. Nec solum in intestatorũ hereditatibus vetus jus eo modo prætor emendavit, sicut sup. dictum est: sed quoq; in eorum qui testamento facto decesserint. Nam si alienus posthumus fuerit hæres institutus, quamvis jure civili adire hæreditatem non poterat, cum non valebat institutio, honorario tamen jure bonorum possessor efficiebatur, videlicet cum à prætore adjuvabatur. Sed & is à nostra constitutione hodie recte hæres instituitur, quasi civili etiam jure non incognitus. Aliquando tamen, neque emendandi neque impugnandi veteris juris gratia prætor pollicetur possessionem bonorum. Nam illis quoque qui recte testamento facto hæredes instituti sunt, dat secundum tabulas bon. possessionem: Item ab intestato suos hæredes & agnatos vocat ad bonorum possessionem. Sed & remota quoque bon. possessione ad eos hæreditas jure civili pertinet.

COMMENTARIVS.

1. *Quomodo prætor emendaverit ius civile.*
2. *Quomodo confirmaverit.*

PRincipaliter hactenus egit, de successione ex jure civili, ita ut occasione sese offerente, imo ipsa materiarum connexione flagitante simul inferet jus prætorium. Hic autem ex professo & in specie, de successione prætoria agit. Apparet ex hactenus tractatis, L. 12. tabb. jura successionum angustissimis finibus & omnino ordine suorum & 1 † agnatorum fuisse conclusa: & tum prætorem tum Senatusconsulta, & constitutiones, multas personas, tum inter suos, tum inter agnatos & jure agnatorum vocasse, prætorem etiam tertium succedendi ordinem, præter suos & agnatos, videl. eorum qui tantum naturali jure cognati essent, fecisse. Idque est, quod ait *Iustin. in pr. h. tit.* introductũ esse jus bonor. possessionis emendandi juris civilis gratia. Ita scilic. emendandi, ut succurrat iis, qui juris civilis rigore sunt exclusi, dum id solos suos & agnatos vocat, non autem prohibet eos nominatim capere: Ceteroquin bon. possessio (quoniam prætor directo jus civile abrogare & tollere non potest) cessaret *l. non est* 12. § 1. *h. t.* Et ita emendatum fuisse à prætore jus civile in successionibus ab intestato, ex superioribus titulis abunde satis patet. Idem factitasse prætorem in successione ex testamento *h. text. in verf. nec solum*, docet Justinianus, idque illustrat exemplo posthumi alieni in *l. 3. nam si*, qui quamquam jure civili institui non poterat, (cuius rationem reddimus sup. §. posthumo d. legat.) tamen jure prætoris admittebatur, data ei bonorum possessione secundum tabulas. Quis sit posthumus alienus tractavimus ad d. locum, & ibidem diximus, sententiam esse probandam Baronis & Hottom quam & loco isto repetit, ut posthumus alienus dicatur & intelligatur tantum, qui est in utero nurus, & quem tempore institutionis filius præcedit. Nec enim hic simpliciter haberi potuit pro alieno posthumo, qui filio præmortuo omnino inter suos esset futurus; nec opus hic fuisset edicto prætoris, cum ex formula Aquilii Galli recte institueretur. Divinatorium enim est, quod hic scribit Hottom. Edictum prætoris formula Galli fuisse posterius, neque enim si ita fuisset, tam accurate etiamnum de illa formula Jurisconsulti disputassent, ut patet ex *L. Gallus de liber. & posthum.* Nec minus falsum puto, quod post formulam Galli tantum ad eum casum pertinuerit auxilium prætoris, quo posthumus hic & nepos ex filio nasciturus, non observata præcise Galli formula, & omissa particula *TVNC* institutus fuisset. Ita enim nimis hoc, quod de posthumo alieno jure prætorio admisso hoc loco scribit Justinian. restringeretur. Et igitur statuimus, latius patuisse prætoris edictum de admittendo posthumo alieno per bonorum possessionem secundum tabulas, cum & fratris posthumum alienum nominatim appellet *SCtus in l. pen. de legat.* 1. Atq; his modis jus civile emendavit prætor, & eo ipso impugnavit, ut loquitur Justin. in hoc textu *verf. aliquando*, eo scilicet modo ut paulo ante declaravimus, dum eos admittit, qui jure civili non poterant succedere; siquidem directo contra jus civile pugnare, & capere prohibitos admittere prætor non potuit *d. l.* 12. § 1. *h. t.* Docet Justin inde in *d. verf. aliquando* prætorem aliquando confirmandi juris civilis causa pollicitum possessionem bonorum. Quod explicatione indiget, quia ambigue dicitur: & variis enim modis hoc accipi potest. Et 1. dicitur prætor per productionem con-

Digitized by Google

firmandi juris civilis gratia poſſeſſionem bonorum dediſſe. Verbi gratia bonorum poſſeſſionem *unde liberi* itemque contra tabulas, & hanc magis primo & præcipue, imo ratione primæ intentionis tantum pro iis induxit, qui jure civili nec ab inteſtato ſuccedere, nec teſtamentum in quo à patre præteriti erant, impugnare poterant, & nimirum pro liberis emancipatis, ut apparet ex §. *emancipati 9. & 6. eadem 12. ſupr. de hared. ab inteſt.* Cum autem remedia prætoria eſſent expeditiora, ea quoque ſuis deneganda eſſe non exiſtimavit, ſi vel ab inteſtato, bonorum poſſeſſionem *unde liberi* & ipſi petere, aut præteriti contra tabulas bonorum poſſeſſione uti vellent, *d. verſ. aliquando & §. ſequent. h. t.* licet alterutrum remedium illis non eſſet neceſſarium, ſed jure civili ab inteſtato ſuccedere, & eodem jure præteriti dicere teſtamentum nullum poſſent; idque eſt quod in *fin. huius textus* ait, etiam remota bonorum poſſeſſione ad eos jure civili hereditatem pertinuiſſe, ubi concinnius, pro *ſed &* legetur *nam &*. Quin & amplius poſſit exiſtimari prætor dum ordines illos tres ſuccedendi conſtituit, *unde liberi, unde legitimi, & unde cognati*, hoc animo fuiſſe, ut indiſtincte quoſuis liberos etiam qui in poteſtate non fuiſſent tempore mortis, admitteret: idque ex hoc apparet; quod aperte propoſuit ordinem ſuccedendi pro perſonis legitimis & agnatis, vel, qui inter agnatos ex SCtis, aut alio jure civili vocabantur, non exclusi adeo jure civili, & quorum nomine neceſſaria erat bonorum poſſeſſio; quoniam voluit omnino, edicto ſuo omnes vocare, quibus & ſuo noviter, & ex alio jure hæreditas & ſucceſſio deberetur: quod ipſum quoque in fi. huius textus inſinuat Juſtinianus, dum meminit agnatorum, quos (& ſcilicet jure civili vocatos) proprio Edicto ex ſecundo capite ad bonorum poſſeſſionem admittit. Et hæc eſt ſententia JCti in *leg. ius autem 7 §. 1. de iuſt. & iur.* quod prætor introduxerit edictum, ſupplendi, adjuvandi & corrigendi juris civilis gratia. Ait Juſtinianus:

Quamvis iure civili adire non poterat.] Non probo hic ſententiam Hottom. & Weſembecii, qui non volunt intelligi L. 12. tabb. ſed Juriſconſultorum diſputationes. Cum inquiunt illi L. 12. tabb. poſthumum ſuum inſtitui permitteret, rationi ſunt JCti, alienum inſtitui non poſſe: inepte: quorſum enim adhuc diſputatione JCtorum opus fuit? quod ex ipſa L. 12. tabb. ſatis apparebat; ea Lege quæ nominatim inſtituere poſthumum ſuum permittit, non poſſe inſtitui poſthumum alienũ. Et igitur veriſſime, vel ob hoc ipſum dicitur, poſthumum alienum non potuiſſe inſtitui L. 12. tabularum. Quinimo nec verum videtur, quod Lex 12. tabb. nominatim permiſerit inſtitui poſthumum ſuum; ſed ſupra ad *d. §. poſthumo de legat.* diximus, poſthumum quemcunque tamquam perſonam incertam ex L. 12. tabb. non potuiſſe hæreditatem adire, ſed id ſenſim humaniter eſſe admiſſum, ut liceret inſtituere ſuum poſthumum, cum alias id eventurum fuiſſet, ut teſtator præcavere non poſſet quamvis teſtamentum rumperetur.

A noſtra conſtitutione.] Intelligit haud dubie eum, quæ intercidit penitus, aut in priore Codice fuit: cuius meminit *ſup. de leg. §. ſed nec huiuſmodi 27.* ubi de incertis perſonis.

TEXTVS.

1. Quos autem ſolus vocat prætor ad hæreditatem, hæredes quidem ipſo jure non fiunt, (nam prætor hæredem facere non poteſt: per legem enim tantum vel ſimilem iuris conſtitutionem hæredes fiunt, veluti, per Senatusconſulta & conſtitutiones principales) ſed cum eis prætor dat bonorum poſſeſſionem, loco hæredum conſtituuntur, & vocantur bonorũ poſſeſſores. Adhuc autem & alios complures gradus prætor fecit in bonorum poſſeſſionibus, dum id agebat, ne quis ſine ſucceſſore moreretur. Nam anguſtiſſimis finibus conſtitutum per Legem XII. Tabb. ius percipiendarum hæreditatum, ex æquo & bono prætor dilatavit.

COMMENTARIUS.

1 *Prætor non facit hæredem.*
2 *Quid ſit bonorum poſſeſſio.*
3 *An v. c. ſuus, qui agnovit bon. poſſ. ſit etiam in re civili hæres.*

PErtinet ad effectum juris prætorii, quod ſucceſſor ex jure prætorio non fiat hæres. Scilicet hæc eſt argumentatio: Hæres efficitur per Legem, vel eiuſmodi ſanctionem quæ æquipollet Legi. Atquin edictum prætoris non eſt Lex. Ergo per illud nec efficitur hæres. Ad declarationem aſſumptionis

nis pertinent quæ diximus ad §. *Edicta sup. de jur. nat.* ubi plene hac de re egimus, & quod prætor revera fuerit legislator, sed quod tantum magistratus sui qui annuus erat, potestate Edicta sua defenderit. Hæres autem perpetuum jus consequebatur & rerum omnium, quæ defuncti fuerant dominium plenum. Propositionis ratio pendet ab autoritate Legis, quæ *in l. 2. d. LL.* dicitur dominæ omnium rerum Legem nemo potest ferre proprie accepto verbo legis, quam qui summum in Rep. jus, quod Aristot. κύριον vocat, & imperium in omnes habet: itaque quod à tali potestate sancitur, id *in* Repub. plenum obtinet vigorem & robur. Hæc autem differentia juris civilis & prætorii magis in quadam subtilitate quam in rebus ipsis sita est: non minus ac illa, quod jus civile directas actiones, prætor autem utiles, quas ἀναγὼγιμους appellat passim Theoph. introducere potest: post quam eo itum est, tacita approbatione ut Edicta prætorum etiam post annum, & perpetuum obtinerent vigorem, ut ad *d. §. Edicta sup. de jur. nat.* tractavimus. Et prætor igitur cum ex subtili ratione heredem facere non possit, successores suos, qui ex edicto ipsius ad bona defuncti vocabantur, appellavit bonorum possessores, quibus utiles accommodando actiones, efficiebat, ut tantundem consequerentur, atque illi, qui civili jure hæredes & domini erant, quo respectu hic ait Justinianus, quod habeantur loco hæredum, & non uno in loco simpliciter hæredum appellatione veniunt *l. in condit 19. §. 2. de condit & demonstr.* & hinc generali textu *in l. hereditatis 138. de verb. signif.* hæreditatis appellatione & bonorum possessio dicitur significari: sicut non minus verum est, quod per solam legem dominium rerum transferatur, & hæres dominus est: attamen ex edicto prætoris quoque dominos effici, probatur ex *l. si finita 15. §. Iulian. 16. & §. postea 33. de dam. inf.* & in his ipsis terminis possessionis bonorum ex *l. 1. h. t.* quod tamen non de domino Quiritario, sed ut appellant, bonitario accipiendum est, aut potius prætorio, ut ita dicatur à causa efficiente, quomodo & bonorum possessionem recte dicemus hæreditatem prætoriam. Neque enim possessio bonorum hic significat actualem detentionem rerum, quomodo usurpatur *lib. 41. Digest. tit. 3.* sed instar hæreditatis significat rerum universitatem, quæ fuerunt defuncti: ideoque non minus ac hæreditas *in* jure consistere dicitur *l. 3. in pr. h. t.* quia consideratione etiam definitur jus *in d. l. 3. §.* & quidem jus persequendi, genere aliquantum tropico, quoniam ipsa bonorum possessio sive universitas rerum & bonorum, jus persequendi non est, sed qui eam universitatem agnovit & adquisivit, hinc tamquam ex causa efficiente consequitur jus persequendi. Hæc pro explicatione hujus rei. Jam quædam in textu videamus. Ait Justinianus

Quos SOLVS prætor.] Videatur fortassis emphasis esse *in* voce *Solus*, verbi causa, cognati, per fœminas qui ex tertio capite vocantur, sunt fere exclusi jure civili: itaque non nisi bonorum possessores esse possunt, cum non nisi prætorium remedium habeant. Atquin in agnatis dubitatio esse potest & in suis: in istis vel maxime. Finge patrem intestato mortuum: suus ipsa potestate juris statim à morte patris hæres insistit etiam ignorans: hic postea agnoscit bonorum possessionem ex prima parte Edicti prætoris *unde liberi*: numquid non utroque jure & cujus erit hæres & bonorum possessor & utroque jure poterit ex arbitrio uti: neque enim fieri posse videtur, ut propter agnitam bonorum possessionem ex prætorio jure amittat jus quæsitum potestate Legis XII. Tabb. Neque hoc in verbis, sed in rebus ipsis consistit. Etenim cum multæ actiones prætoriæ annales sint, & non nisi prætoriis actionibus bonorum possessor uti possit, prout dicemus istum vel uno tantum jure hæredem esse, ita eum vel solis prætoriis actionibus, vel etiam post annum adhuc exercere civiles actiones posse. Plane constat penes hæredem suum, abstinentem etiam manere directas actiones *l. ultim. de adquir. hereditat.* & multo magis igitur, eas fatendum est manere apud eum, qui bonorum possessionem agnovit. Sed sicut abstinenti ab hæreditate actiones negat prætor, ita etiam crediderim negaturum ei actiones directas, qui quasi repudiato jure civili ex Edicto ipsius hæres esse maluit. Itaque expeditior in agnatis res est, quoniam hi non ipso jure sed per aditionem hæredes fiunt. Et argumentatio Doctorum relata ab Angelo, mihi captiosa & cavillatoria videtur. Qui declarant, inquiunt, se velle esse hæredes, illi jure civili hæredes fiunt: aditio enim contingit per nudam voluntatis declarationem, ut notamus ad §. *ult. sup. de hared. qual.* Atquin quisquis ex Edicto prætoris, possessionem bonorum petit, hoc ipso declarat se velle esse hæredem. Ergo efficitur etiam jure civili hæres. Etenim non potest causa operam effectum alium nisi ad quem destinatur. Atqui petitio bonorum possessionis tendit & est destinata ad adqui-

quirenda bona ex prætorio jure, igitur non potest operari, ut qui petit bon. possessionem jure civili fiat hæres. Confirmatur bene per textum *in l. 2. §. si duo 8. de bon. possess. sec. tab.* ubi hæres institutus potest jure civili hæreditatem adire, &, si malit, bonorum possessionem secundum tabulas accipere: Ait ICtus, *si noluerit hæreditatem adire, vel accipere bonorum possessionem, &c.* quibus verbis satis innuit petitione bonorum possessionis non intelligi aditam hæreditatem. Et ita recte concludit Fab. hic, quod tantum si hæres ex jure prætorio, postquam ex eo expresse bonorum possessionem agnovit.

Alia quæstio est, an si agnatus hæreditatem adierit, bonorum possessionem postmodum nihilominus petere possit. Quod forte admiserim, sed eo facto directas ei prætor actiones negabit.

Diximus porro bonorum possessorem & hęredem prætorium non habere directas, sed solummodo utiles actiones. Quærunt Interpp. quid igitur fiat de directis actionibus. Et siquidem hæreditas adquisita civili jure fuerit, per existentiam sui hæredis aut aditionem (postea beneficio ætatis repudiata hæreditate) ubi tum bonorum possessionem dedit prætor: penes eum, qui semel hæres factus, manet hæres *l. 7. §. sed quid 10 de minorib. l. & qui 88. de hared. inst.* actiones directæ manebant, sed sine effectu, quippe eas Prætor negat. Quod si vero hæreditas jure civili adquisita non sit, actiones directę non manebunt in esse, ut hic Joan. Fab. loquitur, sed ab initio nullæ penitus erunt.

Neque tamen tum verum erit, quod post Bart. hic scribit Angelus, quod bonorum possessor sit futurus directo hæres, sed actiones utiles sive prætoriæ solæ sunt futuræ: Est enim perpetuo verum, quod hæredem directo prætor non possit facere, ut hoc loco affirmat Justinianus.

Per Legem enim tantum.] Legem in specie accipit pro Lege veteri, & antiquo jure civili, cui non uno in loco constitutiones principum opponi solent, ut notatum ad §. *sed cum 3. sup. de testam.* cæteroquin in statu Monarchiæ, in quem sub Impp. Romanis Respublica translata fuit, principis sanctiones veræ sunt Leges, non tantum similes Legibus, ut hic ait *Justin.* Quæ fuerit autoritas SCtorum, & unde diximus sup. *ad § SCtum de jur. nat.*

Alios complures gradus.] Gradus intelligit, ordines succedendi: Et ex his duorum paulo superius meminit, agnatorum & suorum. Sunt alii duo, *unde cognati, & unde vir & uxor*, quibus effecit, ut **defunctus (quod subjicit statim) non moreretur sine successore, nec ad fiscum tamquam vacua hæreditas pervenerit. Plures ordines generales non sunt: sed sunt tamen alii: de quibus *in §. seq.* sed & possunt per gradus, intelligi vanæ rationes, quas invenit prætor, ut (veluti subjicit Justin.) dilataret jus succedendi, quod Lege XII. Tabularum finibus angustis erat circumclusum, quippe ex qua tantum sui & agnati admittebantur, & ita quidem, ut in primo gradu totum jus successionis consumeretur, nec eo deficiente sequens admitteretur, ut traditum *in §. placebat 7. sup. de legit. agn. succ.* prætor autem edicto successorio & sequentes gradus, & priori ordine exclusum ex sequenti capite admisit *l. 1. & 1. 1. de succ. edicto.***

TEXTVS.

2. Sunt autem bonorum possessiones, ex testamento quidem, hæc prima, quæ liberis præteritis datur, vocaturque contra tabulas: secunda, quam omnibus jure scriptis hæredibus prætor pollicetur, ideoque vocatur, secundum tabulas testamenti. Et cum prius locutus est de testatis, ad intestatos transitum fecit. Et suis hæredibus primo loco, & iis qui inter suos hæredes ex edicto prætoris connumerantur, dat bonorum possessionem, quæ vocatur *unde liberi*. Secundo legitimis hæredibus. Tertio decem personis, quas præferebat extraneo manumissori, sunt autem decem personæ hæ: pater, mater, avus, avia, tam paterni quam materni: item filius, filia, nepos, neptis, tam ex filio quam ex filia, frater sororve, consanguinei vel uterini. Quarto cognatis proximis. Quinto *tamquam ex familia*. Sexto patrono, patronæque liberisve eorum & parentibus. Septimo viro & uxori. Octavus, cognatis manumissoris.

COM-

COMMENTARIVS.

1. *Bonorum poſſeſſio pro decem perſonis.*
2. *Bon: poſſeſſio tanquam ex familia.*

TAmquam per indicem veteres bonorum poſſeſſiones & earum gradus exponit: & hujus quidem juris pene nulla hodie eſt utilitas, cum præſertim *in §. ſeq.* totum hoc jus immutet Juſtinianus. Interpreti tamen hoc non negligendum, ſed quantum fieri poteſt, iſta res ex antiquitate explicanda eſt, ſed paucis, bonorum poſſeſſio competit vel teſtamento facto, vel ab inteſtato. Illa duplex eſt, contra tabulas, & ſecundum tabulas. Et cum per illam teſtamentum impugnetur & evertatur, paulo pinguius loquitur, Juſtinianus, dum utramque ait eſſe ex teſtamento: Ceteroquin bon. poſſeſſio, quæ datur contra teſtamentum, non poteſt dici eſſe ex teſtamento. Et illam quæ eſt contra teſtamentum priori loco proponit Iuſtinianus, quem etiam ordinem ſecutus eſt prætor Edicto ſuo, quo merito fecit conditionem liberorum potiorem, qui præteriti à patre fuerunt, & tum demum alios ad poſſeſſionem bonorum ſecundum tabulas admiſit *l. æquiſſimum 2. in principio de bon. poſſeſſ. ſec. tabulas.* Eſt tamen & alia ſpecies hujus bonorum poſſeſſionis contra tabb. quæ patrono datur præterito, in partem quam ei dat Edictum prætoris, vel etiam conſtitutio Juſtiniani, juxta tradita *ſuper. de ſucceſſ. libert.* Altera hinc eſt ſecundum tabulas, modo rite ſint compoſitæ, de quo ſupra in materia teſtamentorum diximus, nihil præterea requirere prætorem, quam ut ſeptem teſtium ſignis ſint ſignatæ tabulæ, nec attendere alias ſolennitates juris civilis.

Sequuntur bonorum poſſeſſiones ab inteſtato. Semper enim teſtati cauſa potior eſt, itaque ait Juſtin. prætorem poſtquam de teſtatis locutus eſt, ad cauſam inteſtati tranſitum feciſſe. Sed non tamen eo ſenſu, ut teſtati cauſa ſimpliciter præferri poſſet: nam per bonorum poſſeſſionem contra tabulas evertitur teſtamentum, & res deducitur ad cauſam inteſtati: & iſta bonorum poſſeſſio prior eſt bonorum poſſeſſione, quæ datur ſecundum tabulas, ſcilicet imparibus poſitis terminis perſonarum, quæ petunt bonorum poſſeſſionem; ubi nimirum liberis præteritis inſtituti ſunt extranei hæredes *lib. 2. in pr. de bon. poſſ. ſec. tab.* nam hæredibus ſuis ſcriptis primo loco ſecundum tabulas datur poſſeſſio, ſed & ſi ſui ſint præteriti & alii hæredes ſcripti, ratio propria eſt, quod quamvis teſtamentum ſeptem teſtium ſigna habeat, & poſſeſſio bonorum ſecundum illud peti poſſit, tamen propter jus liberorum, & quod ejuſmodi diſpoſitio jure civili, cujus miniſter eſt prætor, nulla eſt, fit, ut iſta poſſeſſio bonorum ſecundum tabb. ſit ſine te, & ut potior ſit ſucceſſio ab inteſtato, dum liberi jure ſuo utuntur. per *lib. 1. §. ult. und. liberi, junct. lib. ult. de lib. & poſth.*

Dicamus jam de bonorum poſſeſſionibus ab inteſtato. De duabus prioribus res liquida eſt, quæ ſunt, *Vnde liberi* &, *unde agnati ſive legitimi* & ex ſuperioribus quorſum illæ pertineant, & quibus competant, ſatis conſtat, quod nimirum illa liberis, ſive ſuis ſive emancipatis detur. hæc agnatis & qui quacunque L. aut SCto veluti Tertulliano aut Orphitiano inter agnatos aut jure agnatorum vocantur *l. 3. und. legit.* Tertiam dicit Juſtin. propoſitam decem perſonis, quæ præferebantur extraneo manumiſſori. Ubi repetendum eſt, quod non ſemel, & præcipue ad *§. præterea ſup. quib mod. jus pat. pot ſolv.* diximus emancipationem ita fieri ſolitam, ut imaginarius emptor adhiberetur, qui filium ſibi mancipatum à patre primo, ſecundo & tertio, manumitteret, quo demum facto filius liberabatur à poteſtate patris. Et, ut ad *§. ult. ſup. de legit. agn. ſucc.* quoque notatum, ſub tertiam venditionem fiducia contrahi ſolebat, ut imaginarius ille emptor ſive pater (ita enim quoque appellatum fuiſſe docet *Caius l. 1. Inſtit. 6.*) filium patri naturali remanciparet, ut hic ipſe filium tertio manumittens, jus patroni haberet, quid ſi neglectum & non contracta fiducia, imaginarius ille emptor filium manumiſiſſet, ipſe ſumma & ſtricta ratione jus patroni in eo conſequebatur, quod aliis patronis, ſive ex L. XI. Tabularum, ſive ex Edicto prætoris. aut ex Lege Papia competebat. Quod cum prætori non immerito iniquum videretur, ut homo alieniſſimus in filio alterius, emancipato jus patroni haberet, & ab inteſtato omnibus pene præferatur propoſita hac bonorum poſſeſſione decem hic numeratas perſonas ei prætulit, qui dicitur extraneus manumiſſor, & opponitur patri manumiſſori.

Et hanc bonorum poſſeſſionem intelligit ICtus *in l. ſi ad patrem 10. de ſuis & legit.* quoniam nimirum ille eſt pater non manumiſſor, qui filium emancipavit non contracta fiducia, & per hanc bonorum poſſeſſionem filio ſuccedit, cum ceſſante jure patrona-

tronatus non possit ad legitimam filii hæreditatem, (quæ patrono L. XII. Tabul. defertur) admitti. Et eodem sensu dicitur pater manumissor cui ius vetus, (scil. patroni) sit servatum *in l. 2. C. ad SC. Tertull.* Et istæ sunt decem personæ, quæ in aliis terminis præferuntur fisco *in l. 1. 6. de secund. nupt.* Sed quæritur de ipsarum decem personarum hic enumeratorum ordine inter se, quem Justinianus non videtur observasse, hoc loco: cum ex *d. l. 2.* post liberos demum & fratres pater manumissor vocetur. Nec dubium est liberorum causam omnino esse fratres præferuntur manumissori patri, scrupulo non caret. Et ut hoc addam ad ea quæ tractavi supra ad *pr. de servil. cognat. & § sed nostra sup. de success. libert.* Siquidem liberto intestato sine liberis mortuo omnino succedit patronus ut traditur *in d. §. sed nostra* non video quomodo frater præferatur patri manumissori, quem constat jus patroni in filio manumisso habere *tot. tit. si quis à par. §. ult. sup. de leg. agn. succ. §. præterea C. sup quib. mod. ius pat. pot. solvitur.* Veniebat in mentem ideo ex L. XII. Tabb. omnino post suos hæredas vocat in patronum, quia libertus nec parentes nec agnatos habebat, & cognationis, quæ initium in servitute cepisset, nulla penitus habebatur ratio, & alias quoque cum soio jure cognationis citra agnationem succedi ex XII. Tabulis non posset, utique nec emancipati fratres aut sorores ex ratione L. XII. Tabb. fratri emancipato succedere, aut patri manumissori præferri potuerint. Et si adeo nihil mutatum à Triboniano *in d. l. 2. C. ad Tertull.* &, si argumentum validum à contrario sensu inde potest deduci, fateri oportebat, habitam postea rationem cognationis, & Impp. quoque hac in re secutos jus prætorium fratres liberti ante patronum admisisse. Cum enim in jure antiquo manumissoris sit fundet *d. l. 2.* efficietur, ut postquam Justinianus servilium cognationum in successione voluit haberi rationem *d. pr. de servil. cognat.* hodie & juxta illud jus quivis frater liberti cuicunque patrono præferatur, & ita recte se habebit illorum opinio, qui excluso patrono manumissi fratris, unum in alterius locum admitti defendunt. de quo *ad d. pr.* supra diximus. Verum posito isto jure, quo frater & soror præferuntur etiam patri manumissori, juxta *d. l. 2. C. ad SC. Tertull.* quid tandem necesse fuit fratrem & sororem speciali hac bonorum possessione vocari? Qui enim præferuntur naturali patri & habenti jus patroni, illi utique multo magis præferuntur extraneo manumissori. Rursus quid necesse fuit vocare filios & filias, & omnino liberos, cum hi ex primo capite Edicti prætoris ante omnes vocentur, & ex L. quoque XII. Tabularum excludunt patronum? Vix video huius rei rationem, nisi si forte prætor omnino proprias voluit esse & distinctas bonorum possessiones, citra bona & successionem liberti, sive proprie dicti sive etiam filii emancipati. Autan dicimus pertinere hanc bonorum possessionem ad eos qui propter capitis diminutionem amplius agnati & sui non sunt, veluti, si quis nepotem ex filio emancipaverit: qui cum sit in aliena familia, (ubi scilicet pater in potestate retentus est) ex prioribus possessionibus non succedet. (Et quo ad *l. 2. C. ad Tertull.* nondum mihi liquet, quomodo fratres præferantur patrono.) Et hinc apparet ratio cur ista possessio tertio loco post agnatos proposita fuerit. Ridiculus autem cum aliis est Mynsi. qui putant agi hic de personis istis decem, præferendis patri naturali, qui non contracta fiducia emancipavit, hic enim nec est nec dicitur manumissor, hæ autem personæ extraneo manumissori præferuntur. Sed nimis multa de hac re.

Sequitur quarta bonorum possessio, quæ defertur proximis cognatis, cujus conditio quæ sit, satis ex iis quæ diximus *sup. ad tit. de success. agnat.* intelligi potest.

Quæ autem sit ea quæ quinto loco proponi-
2 tur, † *tamquam ex familia*, ut vulgo legitur, satis est obscurum: Et hoc modo quoque apud Theophil. extat. Russardus tamen notat hic miram varietatem exemplarium: Hottoman legit, *Tum qui ex familia*. Cuiacius, *Tum qui ex familia*, nam & ad eum modũ locutos est prætor alibi in hac materia, ut docent *l. 1 & 4. unde legit. l. un. in fin. ut ex LL. l. ex illa 227. de verb. sign.* Explicationes quoque variant. Alciat. *1. par. c. 2.* intelligit hac fuisse vocatos gentiles, sed ipse necdum quid inter gentem & familiam interesset, intellexisse videtur, ut nos semel adigimus, gens una multas familias continebat: neq; appellatione familiæ gentem venisse, unquam legimus: Ceteroquin facile concesserim deficientibus his qui ejusdem familiæ erant, gentiles, admissos fuisse & quidem sub appellatione agnatorum, nec ratio est, cur hæc bonorum possessio ita fuerit appellata, si ad gentiles pertinuisset Communior explicatio est, quod vocentur hac bonorum possessione agnati patroni, quod & Acc.

pro

probat. Et oſtendimus *ſup. de ſucc. lib.* etiam adgnatas patroni ad ſucceſſionem liberti admiſſos fuiſſe. Adeo cum in ſpecie parentibus & liberis patroni, itemque cognatis eius propoſuerit poſſeſſionem, non veroſimile eſt agnatos omiſſos fuiſſe. Et hac de cauſa Cujac. legiſſe videtur, *Tum quem ex familia*, neque enim verbum, *tamquam* quod improprietatem denotat, ſatis convenit. Qui nimio quadrat licet explices de agnatis patroni: quoniam patronus non eſt agnatus liberto: ſed jure agnati, & ita tamquam agnatus venit ad bonorum poſſeſſionem. Sed præterea repugnat ordo Edicti, nec enim credibile eſt, prius patroni agnatis, quam liberis bonorum poſſeſſionem fuiſſe propoſitam, quamvis, quidquid etiam videatur Hottomanno, dici poſſit, nec prætorem ipſum accuratum ordinem ſervaſſe: aut ſi ille maxime ſervavit, eum forte à Triboniano neglectum fuiſſe: cui nec obſervare eum neceſſe fuit, cum ei propoſitum eſſet, iſtas ad liberti bona pertinentes poſſeſſiones tollere: & nō levis eſt Theophili autoritas, qui etiam patroni agnatos hoc bonorum poſſeſſione vocatos fuiſſe cenſet. Hottoman. refert ad familiam ipſius liberti, ita ut ejus liberos & uxorem intelligat, argumento ſane levi ex *Vlp. tit. ult. in pr.* ubi agitur de uxore liberti, quæ in manum convenerat. Et apparet ex illo ipſo loco, talem uxorem olim inter ſuos hæredes fuiſſe. Et hic poterat ſufficere generalis ſucceſſio, *Vnde vir & uxor.* Siquidem ad libertum referre id licet, malim intelligere eos, qui quaſi agnati ſunt liberto. Veros enim agnatos libertus non habet, ſed utique habere poteſt, qui ipſi per maſculos ſunt conjuncti, quam impropritatem verbo *tamquam* prætor ſignificare voluiſſe videtur, quid enim ſi duo fratres manumiſſi fuerint, ex altero genitus filius, poterit venire ad ſucceſſionem quaſi patrui tamquam agnatus. Sed ſane iſtos inter cognatos (ſcilicet poſt manumiſſionem ſuſceptos & genitos) vocaſſe videtur prætor: ac me ea ſemper ratio movet, quod veroſimile non eſt, nullam agnatorum patroni factam mentionem. Et videtur prætor circa libertos tot ordines facere voluiſſe, quot circa ingenuos.

Ad hos pertinent tres ordines, ſuorum, legitimorum & cognatorum. Ita & tres ordines voluit facere eorum qui liberto proprio jure ſuccedunt, patronos ipſos cum liberis & parentibus, eorum agnatos & cognatos Et cum diſtinctam bonorum poſſeſſionem propoſuerit patrono, quamvis hic etiam ex Edicto *unde legitimi* venire poſſet *l. 2. §. 1. unde legitimi*, quid ni ſeparatim quoque agnatos vocaverit, cum & cognatorum propriam fecerit mentionem. Sed non ſunt iſta tanti.

Neque vero placet, quod Hottoman. hic iſtam bonorum poſſeſſionem, quæ patrono & liberis competit, reſtringit ad caſum, quo liberi non naturales ſunt liberto, ſed adoptivi vel uxor materfam. quæ in manum convenerat quoniam ab his quidem patronus à L. XII. Tabb. excludebatur, ſed ex Edicto prætorio vocabatur in partem contra iſtos liberos §. 1. *ſup. de ſucceſſ. lib.* per enim abſurdum eſt, verba ſimpliciter loquentia, reſtringere ad caſum ſingularem. Et cum prætor ordines ſuccedendi faceret, laxius illos patere voluit, & etiam his proprios eſſe, qui alias ex communi quodam ordine venire poterant. Sexta datur patrono, parentibus & liberis ejus, ubi hoc ſaltem annotandum, comprehendi liberos tantum naturales, non etiam adoptivos, Quod expreſſum eſt Epitome conſtitutionis apud *Cuiac.* 20. *obſ.* 24. *in fin.* ex qua ea verba retulimus ſup. ad §. *ſed noſtra* 3. *de ſucceſſ. libert.* Septima bonorum poſſeſſio eſt conjugum, qui admittuntur ante fiſcum *l. 1. unde vir & uxor. l. un. C. eod.* Quod Hottoman. notat ad eas pertinere uxores, quæ matronæ dicebantur, non matresfam. & quæ per conventionem in manum non factæ erant uxores: Cæteroquin eas jure ſuorum hæredum admiſſas primo loco fuiſſe. Sed iſta quidē probantur ex antiquioribus autoribus: ætate autem Juriſconſultorum noſtrorum obtinuiſſe, & id temporis conjuges invicem ſibi & ſuos hæredes ſucceſſiſſe, procul dubio falſiſſimum eſt, quod ad *Treutl. diſp. de nupt.* apertius & plenius oſtendi.

TEXTVS.

3. Sed eos quidem prætoria introduxit Juriſdictio: à nobis tamen nihil incuriosum prætermiſſum eſt, ſed noſtris conſtitutionibus corrigentes, contra tabulas quidem & ſecundum tabulas bonorum poſſeſſiones admiſimus, utpote neceſſario conſtitutas: nec nō ab inteſtato, Vnde liberi & unde legitimi, bonorū poſſeſsiones, quæ autē quinto loco erat poſita in prætoris Edicto. *Vnde decē perſonæ,*

eam pio propoſito & compendioſo ſermone ſupervacuam oſtendimus. Cum enim præfata bonorum poſſeſſio decem perſonas præponebat extraneo manumiſſori, noſtra conſtitutio, quam de emancipatione liberorũ fecimus, omnibus parentibus eiſd emque manumiſſoribus contracta fiducia manumiſſionem facere dedit: ut ipſa manumiſſio eorum hoc in ſe habeat privilegium, & bonorũ poſſeſſio ſupradicta fiat ſupervacua. Sublata igitur prædicta quinta poſſeſſione bonorum, in gradum eius ſextam antea bonorum poſſeſſionem induximus, & quintam fecimus, quam prætor proximis cognatis pollicetur.

COMMENTARIVS.

MUtatio juris veteris. Et initio iſtud quamvis leve hic notandum: Juſtinianum, qui cap. præced. poſſeſſione eas bonorum, quæ teſtamento facto competunt, computavit disjunctim, ab iis quæ ab inteſtato dantur, hoc §, utraſq; conjunctim recenſere, ut quæ §. *præced.* tertia, ea hoc §. quinta vocetur, & ita porro in cæteris.

Ait Juſtinian. ſe duas illas bonorum poſſeſſiones, quæ teſtamento facto competunt, contra tabulas & ſecundum tabb. conſervaſſe tanquam neceſſarias. Quod ad priorẽ attinet, ea ſuis præteritis nec olim neceſſaria fuit emancipatis à patre tantũ (nam à matre præteritis olim data non fuit §. *ult. ſup. de exher. lib.*) neceſſaria olim fuit, hodie an neceſſaria ſit, diſputatur, *poſt N. 115. cap. 3.* de quo dixi *ſup. ad pr. tit. de inoff. teſtam.* Bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas olim neceſſaria non eſt, ut ipſe *in pr. h. t.* tradit. Nec iis qui legitime teſtamento valido ſcripti ſunt, neceſſaria eſſe poteſt, cum poſſint jure civili adire hæreditatem. Quod ſi teſtamentũ aliqua ſolemnitate civili deſtituatur, & ſaltem teſtium ſignis ſit ſignatum, diximus ſupra dari quidem ſecundum illud bonorum poſſeſſionem, ſed quæ fere ſit ſine re & effectu, cum teſtamento jure civili in valido proximi ab inteſtato facile evincant hæreditatem. Itaque neceſſariam hic Juſtinianus pro utili dixiſſe videtur, aut intellexit neceſſariam ex hypotheſi, ſi quis intercedere, & rediis prætoriis veluti Interdicto Quor. bonorũ, uti velit: quæ non temere aliis quam bon poſſeſſoribus accommodabat prætor.

Sequuntur duæ poſſeſſiones ab Inteſtato: *Vnde liberi & unde legitimi* quas & ipſas, ut neceſſarias conſervat, ſed enim illa ſuis neceſſaria nec olim fuit, qui ipſo jure exiſtebant heredes: Emancipatis neceſſaria fuit: hodie non eſt poſt N. 118. ex qua ab inteſtato pariter emancipati, ut ſui ſuccedant, licet non perinde, ut ſui exiſtant hæredes, quomodo nec olim jure prætorio exiſtebant. Unde *legitimi* nec olim neceſſaria fuiſſe videtur: quippe cum agnati ex L. XII. Tabb. venirent, & qui ex Senatuſconſultis aut conſtitutionibus jure agnatorum & ante proprie dictos agnatos vocabantur, et illis ipſis Senatuſconſultis & conſtitutionibus ſuccedere poſſent: neque ullam perſonam ſupra retulit Juſtin. cui prætor jus agnatorum dederit: Quod ſi quod SCtum aut qua alia Lex bonorum poſſeſſionem dare jubebat, his ſpecialis bonorum poſſeſſio propoſita erat, quæ ex LL. dicebatur, de qua *in §. ſeptima infra h. t.* nec bon. poſſeſſio *unde legitimi* neceſſaria erat *l. 1. unde legit.*

Porro poſſeſſio bonorum *unde decem perſonæ* ſponte ſua ceſſavit, poſtquam ſublatum eſt jus extranei manumiſſoris: quod neceſſario ceſſavit, poſtquam emancipationes ex nova L. Juſtiniani citra ullas ſolemnitates venditionum aut manumiſſionum fiunt: cum ita nec ullus talis manumiſſor fingi poſſit.

Itaque cum ad eam ipſam conſtitutionem, quæ *in l. pen. C. de emancip.* extat, hic ſe referat Juſtin. parum ſubtiliter ait, ſe dediſſe omnibus parentibus contracta fiducia manumiſſionem facere, ram non entis nullæ ſunt qualitates, & ceſſante vetere illo emancipandi modo non niſi ridicule de contracta fiducia, vel omiſſa tractari poteſt, ſuccedit igitur in numerum bonorum poſſeſſionũ, ea quæ dicitur *unde cognati*, ut ait Juſtin. *in verſ. ſublata.* Quæ nec ipſa hodie neceſſaria eſt poſt ſublatam per N. 118. agnationis prærogativam, & exæquata agnationum & cognationum jura, cum ex d. N. cognati vocentur æqualiter cum agnatis, qui & hodie cum ex eadem N. ſuccedant, tanto minus bon. poſſeſſio *Vnde legitim.* neceſſaria eſſe poteſt.

TEXTVS.

4. Cumque antea fuerat ſeptimo loco bonorum poſſeſſio, tamquam ex familia: & octa-

by Google

octava, unde patroni patronæque liberi & parentes eorum: utramque per constitutionem nostram, quam de jure patronatus fecimus, penitus evacuavimus. Cum enim ad similitudinem ingenuorum successionis, libertinorum successiones posuerimus, quas usque ad quintum gradum tantummodo coarctavimus, ut sit aliqua inter ingenuos & libertinos differentia: sufficit eis tam contra tabulas possessio, quam *unde legitimi, & unde cognati,* ex quibus possunt sua jura vindicare, omni scrupulositate & errore inextricabili istarum duarum bonorum possessionum resoluta. Aliam vero bonorum possessionem, quæ *unde vir & uxor* appellatur, & nono loco inter veteres possessiones bonorum posita erat, & in suo vigore servavimus, & alteri loco, id est, sexto eam posuimus: decima quoque veteri bonorum possessione, quæ erat, unde cognati manumissoris, propter enumeratas, causas merito sublata: ut sex tantummodo bonorum possessiones ordinariæ permaneant, suo vigore pollentes.

COMMENTARIVS.

1. *Bon. poss. tanquam ex familia.*

ULterior mutatio veteris juris. Et tollit hic tres bon. possessiones, quæ patronis eorumque liberis, parentibus, quæ agnatis, & quæ cognatis patroni dabatur. Et utitur duplici ratione, cur istæ possessiones amplius necessariæ non sint. Prima, quia constitutione sua de patronatus jure satis definierit, quomodo libertis patroni succedant. Altera est, quod libertinorum & ingenuorum successiones fere exæquaverit. Quæ posterior ratio si ad idem thema referas, de successione patronorum in bona libertorum, nihil plane concludit: quoniam ingenui nullos habent patronos, sed ea ratio si alicuius debet momenti esse, referenda est ad successionem libertorum inter se, qui scilicet ex eodem capite, *unde cognati*, possint petere bonorum possessionem, ex quo eam petunt ingenui. Ex quo mihi probabilis fit sententia quam ad § præcedentem proposui, quod bonorum possessio, quæ dicitur tamquam ex familia, pertineat ad familiam non patroni, sed liberti; Illa enim posterior ratio huius loci, causam reddit, cur bonorum possessio tamquam ex familia sit sublata. Urget quidem objectio, quam *precedent.* §. proposuimus, quod non conveniat, prætorem, qui parentibus, liberis & cognatis quoque proposuit bonorum possessionem, nullam proposuisse pro agnatis sed fortasse an respondere possit, ils sufficisse bonorum possessionem *unde legitimi*, argument. *leg.* 2. §. 1. *unde legit.* Et ideo liberis parentibusque fuisse propositam, ut etiam patronis parentibus, etiam emancipatis, (quibus etiam nominatim jus succedendi liberto tribuit epitome constitutionis apud *Cuiac. lib.* 20. *obs.* 34. *in fin.*) etiam ex filia natis posset succurrere prætor; qua occasione ipso quoque adiecit patronos, qui alias. *Unde legitim.* bonorum possessionem haud dubie petere potuerunt.

Et sane non est de nihilo, quod movet Hottomann. non esse probabile, ut Justinian. priori loco eam retulerit, quæ agnatis detur patroni, post demum eam quæ ipsis patronis; cum ex toto contextu satis pareat Justinian. eum ordinem observasse, quem ipse prætor tenuerat. Et tamen Justinian. *supr. de succ. libert.* §. 3. *in fin.* ubi tantum tractat, quomodo patroni & eius liberi cognative succedant libertis, hac eadem utitur ratione, quod pene consonantia fecerit jura ingenuorum & libertinorum. Cruces ubique ingeniis figit Justinian. Et ita ratio mea superior pro explicatione *tanquam ex familia*, nulla erat, sed ea hic quoque erit sententia Justiniani, quod ita succedant patroni libertinis, sicut alias succeditur ingenuis. Et id tamen mihi non sapit, & forte nec mens fuit Justiniani. Sed videamus cetera huius textus. Ait.

Ad similitudinem ingenuorum.] Cum mox relinquat hanc differentiam, ut libertinis tantum usque ad quintum gradum succedatur, repetenda huc est particula *PENE* quam posuit in §. 3. *in fin. de succ. lib.* ubi eam particulam ex hoc loco explicat Theophil. Addit duas alias differentias ad d. §. 1. Accurs. quod ubi succeditur libertinis, à pluribus patronorum liberis, fiat divisio in stirpes; Item quod unius patroni filius excludat nepotem alterius patroni, de quo ibidem egimus. Sed sunt

illæ differentiæ parum subtiles, quoniam patronus succedens liberto, venit tamquam agnatus, & liberi plurium patronorum ibidem, tamquam ex latere, non tamquam patri suo succederent. Hodie si agamus de successione, libertorum inter apertius est, quod succedatur ad similitudinem ingenuorũ, post N. 78. qua, salvo saltem jure patronatus liberti ingenuorum jure utuntur.

Sufficit eis tam contra tabulas.] Hoc itidem ad patronos pertinet; nam liberis præteritis à patre liberto, communi alias & ordinario jure datur jus dicendi nullum, neque de hac specie succedendi isto loco agitur. Iraque significat sufficere patronis istam bonorum possessionem, (circa quam nihil quoque immutavit) de qua in §. 1. & 3. *sup. de succ. libertorum.* Sed an ista bonorum possessio contra tabulas, etiam datur liberis, parentibus, & agnatis patroni? Probo sententiam Fabri, eam agnatis non dari, sed eos tantum ab intestato admitti; Liberis olim datam fuisse non dubito; an parentibus etiam competierit, ambigo. Sed decidit rem constitutio, cujus epitome est apud *Cuiac. 20. obs.* 34. & ejus huc verba transcribere libet: ubi de casu liberti, qui testatus est non relicta tertia parte, καλῶς (ait constitutio) αὐτὰς, ἵνα μέσον τὸ τρίτον τῆς τοῦ παλαιοῦ μετὰ κληρονομίας μέρος ἔχωσιν αἱ ἀβδαὶ, ἀ πάντες οἱ κατὰ τὸν νόμον ἐπὶ τὸν πατρωνικὸν κληρονομίαν, ἀλλὰ τάξιν τινὰ πατρωνικὴν, ἢ παῖδες αὐτῶν, καὶ ἔγγονοι καὶ ἀπέγγονοι τυγχάνουσιν οἱ ἕως πέμπτου βαθμοῦ κατάντες τοῦ πατρώνου καὶ μέσου, οἱ ὕστερον πρὸ αὐτῶν κατόντες ἢ ἐν πλαγίῳ, οὐκ ἔχουσιν τὸν ἔπαινον τῆς ἀληθείας, ἐξαιρετῶν χαριζόμενον κλῆρον ἐμπεσεῖν τὸ λαβεῖν τὸ τρίτον τῆς οὐσίας, id est. Vocamus eos (scilicet per bonorum possessionem contra tabulas) ut saltem tertiam partem (ante enim dimidia erat) liberti hæreditatis possint accipere, non tamen omnes (scilicet possint accipere,) qui vocantur ad patronalem hæreditatem (quæ scilicet defertur patronali jure,) sed patronus & patrona, sed eorum liberi, nepotes, & pronepotes, & qui usque ad quintum gradum à patrono descendunt, qui igitur ulteriori gradu descendunt, vel à latere sunt, non habent contradictionem testamẽti (scilicet ut possint id impugnare per bonor. possess. contra tabb.) scriptis (à liberto) extraneis hæredibus, pro tertia illa parte capienda.

Vnde cognati & unde legitimi.] Has sane bon. possessiones videtur prætor tantum pro patrono ejusque agnatis & cognatis proposuisse, id est voluisse, ut hi ex ordinibus istis aliorum agnatorum & cognatorum admittantur. Cum tamen ex *pr. sup. de ser. vil. cogn.* Justin. etiam cognationem servilem admittat, & iis quoque, qui sunt in servitute nati, jus succedendi & parentibus & invicem concedat, consequentia necessaria, & hi utique ex capite, *unde cognati*, erunt admittendi.

Omni scrupulositate.] Quæ fuerit ista scrupulositas & inextricabilis error, à nemine video explicari. Neque enim satisfaciat, quod Hottoman. scribit, magnas probabiliter controversias incidisse in partiendis bonis inter patronum, & hæredem extraneum, vel etiam suum, non naturalem filium. An enim.

Hic labor ille domus & inextricabilis error.

Ubicunque quarta vel quæcunque portio defertur, ut plurimum lites oboriri contingit; & Justinian. dimidiam partem in tertiam mutavit. In more est hoc Triboniano, ut veteri Jurisprudentiæ contentiones, ambiguitates, & scrupulositates soleat objicere, & in primis in *leg. 1. Cod. comm. de leg.* ubi vocat *inextricabiles circuitus* 1. & in *leg. 3. §. 1. eod. tit. tenebrosissimum errorem.* Scilicet ut extendat merces suas. Mihi sane non ita facile persuadet.

Suo vigore pollentes.] Quam exiguus istarum hodie sit usus ad *textum præcedentem* diximus. Notant tamen satis multos casus, sed fere singulares, Interpretes nostri, quibus hodieque sit necessaria bonorum possessio: quos videre est apud *Angel. alia. supr. de exhared. lib. in princ. numer. 7. & Iason. in addit. ad Porcium hic*, & in eo fere conveniunt, quod trium illarum possessionum, *unde liberi*, *unde legitimi*, & *unde cognati*, necessitas hodie sit nulla, post differentias sublatas *N.* 118. emancipationis, & potestatis patriæ, itemque agnatorum & cognatorum.

TEXTVS.

5. Septima eas secuta, quam prætores optima ratione introduxerunt. Novissime enim promittitur edicto iis etiam possessio bonorum, quibus ut detur, Lege vel Senatusconsulto vel constitutione comprehensum est, quam neque bon. possessionibus, quæ ab intestato veniunt, neq; iis quæ ex testamẽto sunt, prætor stabili jure connumeravit, sed quasi ultimũ &

ex-

extraordinarium auxilium, (prout exigit res) accommodavit; scilicet iis, qui ex legibus, SCtis, constitutionibusve principum ex novo jure, vel ex testamento, vel ab intestato veniunt.

COMMENTARIUS

HActenus bonorum possessiones ordinariæ relatæ fuerunt quæ certis personarum gradibus sive ordinibus deferuntur, & instar hæreditatis Lege delatæ, agnoscuntur. Aliæ sunt extraordinariæ; quæ causa cognita dantur, & hæ vel determinatæ, velut quæ datur ventri *l. 1. de ventr. in possess. mitt.* Itemque Carboniana, quæ datur impuberi filiæ cui controversia status movetur, dilata hac quæstione in tempus pubertatis *leg. 1. & 3. de Carboniano edicto*, vel vagæ & indeterminatæ, quæ variis casibus causa cognita & interposito speciali decreto à prætore conceduntur; & hodie quoq; necessariæ sunt; qualis species est in *leg. venire 84. de adquiren. hæredit.* Sub quod genus hæc quoque bonorum possessio referri potest, quæ dicitur ex Legibus, iis promissa, quibus bonorum possessionem dare jubet jus civile, ut docet *hic* §. & apertius *L. un. ut. ex Legibus, &c.* quæ docet tunc istam bonorum possessionem habere locum, ubi species aliqua juris civilis non hæreditatem defert, sed bonorum possessionem dare jubet; quod etiam docet *l. 3. unde legit.*

Neque movet quod cum Lex sit ex se potens deferre hæreditatem, frustra videatur recurrere ad prætorem & ei injungere, ut det possessionem bonorum; quoniam legi est liberum, quod velit, remedium eligere, & proponere; Et ista bonorum possessio pertinet ad casus singulares, in quibus necessaria fere est cognitio causæ, quam prætori Lex permittere; & ad eum voluit remittere. Neque adeo Lex possessionem bonorum dat (omnis enim bonorum possessio prætoria est,) sed à prætore eam dari jubet, ubi & illud notandum, quod ut plurimum hæc bonorum possessio inciderit in aliquam speciem ordinariæ bonorum possessionis; sed ob proprias rationes opus est auxilio Legis & prætoris, citra quod alias auferret hæreditatem; veluti contingit in specie *lex posthumus ratione pr. de inoffic. testament.* ubi rupto summo jure testamento, ab intestato agnatus succederet, nisi juxta Hadriani constitutionem prætor bonorum possessionem secundum tabulas scripto hæredi daret: cum alias illa quæ ex simplici edicto prætoris competit, sine re esset futura.

Itaque non obstat, quod Fab. movet, hanc bonorum possessionem esse septimam; illam secundum tabulas, secundam: eoque non posse concurrere. Et proinde nihil prohibeat exemplum quoque petere ex §. *non tamen supr. quibus modis testament. infirm.* ut apparet ex *dd. textibus* est ista generalis bonorum possessio non ad certam speciem restricta, & quæ adeo omnibus ordinibus, singularibus casibus possit accommodari Exemplum singulare quoque prodidit *Cujacius 14. obs. 11.*

TEXTVS.

6. Cum igitur plures species successionum prætor introduxisset, easque per ordinem disposuisset, & in unaquaque specie successionis sæpe plures, gradu dispari exstent personæ: nec creditorum actiones differentur, sed haberent quos convenirēt, & ne facile in possessione bonorum defuncti mitterentur, & eo modo sibi consulerent, ideo bonorum possessioni petendæ certum præfinivit tempus. Liberis itaque & parentibus tam naturalibus quam adoptivis in petenda bonorum possessione spatium anni, ceteris autem agnatis vel cognatis, centum dierum dedit. Et, si intra hoc tempus aliquis bonorum possessionem non petierit, ejusdem gradus personis adcrescit, vel si nullus sit, deinceps ceteris bonorum possessionibus perinde ex edicto successorio pollicetur, ac si is, quæ præcedebat, ex eo numero non esset, si quis itaque delatam sibi bonorum possessionem repudiaverit, non quousque tempus bonorum possessioni præfinitum excesserit, expectatur, sed statim ceteri ex eodem edicto admittuntur. In petenda autem bonorum possessione, dies utiles singuli considerantur. Sed bene anteriores principes & huic causæ providerunt, ne quis pro petenda bonorum possessione curet, sed quocunque modo admittentis.

eam

Digitized by Google

eam judicium (intra statuta tamen tempora) ostenderit, plenum habeat earum beneficium.

Commentarius.

Connexa hæc tractatio est, de modo adquirendi bonorum possessionem, & intra quæ tempora; itaque uno contextu illa proponere visum fuit.

Easque per ordinem disposuisset.] Ut altera alteri esset subalterna, & ab una ad alteram transiretur. Primo enim vocantur sui, post agnati, mox cognati, quæ est successio de ordine in ordinem, quas species successionis hic vocat Justinian. Est alia in eodem ordine de gradu in gradum: quæ jure civili locum non habebat, ut dictum in §. *placebat 7. supra de legitima agnatorum successione* Sed prætor ei locum fecit, & ei fini præcipue successorium edictum introduxit *leg. 1. & t. t. de successione Edict.* quod significat Justinian. hoc §. dum ait, in una specie successionis, veluti agnatorum & cognatorum, sæpe exstare gradu dispares personas; ita ut priori gradu deficiente sequens admittatur. Et hac ipsa gratia certum tempus petendæ bonorum possessioni definitum est ut sciri posset, quando finito jure prioris, gradus secundus eam petere posset, & nullo petente tandem sequens ordo, aut fiscus admitteretur. Sed & alia ratio additur hoc §. *& in l. 1. in princ. de success. edict.* Nimirum sicut in debitore vivo latitante jus est, ut nisi ab alio defendatur, mittantur creditores in possessionem bonorum, & porro bona distrahantur; ita & mortuo debitore, si nemo sit, qui actiones excipiat, & respondeat creditoribus, jure hi petunt immitti in bona.

Quod adeo cum ignominiosum esset, ne facile permittere cogeretur prætor, certum tempus constituit, intra quod petenda esset bonorum possessio, & quod citra injuriam cogantur exspectare creditores. Ex quibus apparet, triplex commodum in hac temporis definitione spectari, ipsius testatoris, ut ne ob moram bonorum possessoris in bona ipsius immittantur creditores: sequentium graduum, ut sciant an jus bonorum possessionis ad ipsos devolutum sit: & creditorum denique, ne eorum actiones diutius differantur.

Liberis & parentibus.] His anni spatium datum est; ceteris, agnatis cognatisque centum dierum. Ratio diversitatis est in *leg. 1. §. Largius 12. de successione edict.* quod illi non sint arctandi, nec tam facile excludendi, qui tamquam ad bona propria veniunt. Quæ ratio cum in liberis magis propria vera sit quam in parentibus, per ea quæ supr. ad §. 1. *de inoffic. testament.* diximus, ex ea laxius tempus liberis quam parentibus erat tribuendum. Plane nullus est ordo proprius, ex quo vocentur ad bonorum agnatorum & cognatorum: itaque quod hic de parentibus dicitur, locum habet, si v. c. pater bonorum possessionem contra emancipati filii tabulas petat *d. l. 1. §. penult. de success. edict.* item si mater cui ex Tertull. SCto defertur hæreditas, petat bonorum possessionem ex capite, *unde legitimi*, juxta *l. 3. unde legit.*

Et si intra hoc tempus] Jus adcrescendi habet locum in successione testamentaria & ab intestato, §. *ultim. supr. de SC. Orfit.* itemque in successione civili & prætoria; ut hic locus ostendit; si nimirum ex eodem gradu persona aliqua defecerit; id est mortua sit, vel repudiaverit; quæ repudiatio hic est vel expressa, vel tacita, veluti si quis intra tempus præfinitum bonorum possessionem non potierit h. §. eosque omnes casus complexus est Jurisconsultus in *l. 4. de bonorum possess.* Sed in ita accrescit vel accedit, ut illa pars quæ deficit, si de novo petenda à prætore an ut citra novam petitionem accedat? Et posterius magis probo exemplo juris accrescendi, quod in successione civili obtinet, ut pars vacans necessario accedat portioni occupatæ, idque etiam confirmatur §. *ultim. cum 2. ll. seqq. h. t.* ubi & in *dict. leg. 5.* dicitur, ei qui admisit, accrescere portiones, quæ ceteris competerent, si petiissent bonorum possessionem.

Deinceps ceteris.] Hoc jam diximus, per edictum successorium deferri bonorum possessionem sequenti gradui, quam præcedens non admisit; & quidem ita juxta hunc textum, ac si præcedens gradus in eo ordine non fuisset: quod ideo mihi videtur ita receptum, ut removeretur ratio qua ex Lege 12. tabularum successioni locus ei negatur, juxta not ad §. *placet ait supr. de legit. agnatorum successione*, quod proximo deferatur hæreditas, in quo cum spectandum sit tempus mortis defuncti, utique proximus non est sequens gradus. Itaque prætor cum edictum successorium introduceret, hoc colore usus est, ac si numquam priori gradui, sed recta sequenti bonorum possessio fuisset delata.

Si quis

Si quis itaque.] Repudiata bonorum poſſeſſione per eos, qui gradu præcedenti ſunt, exinde ſequenti gradui locus fit. Quod duplici cauſa admonetur, 1. ut intelligamus, eum qui ſemel repudiavit, amplius ad bonorum poſſeſſionem non admitti *leg. 1. §. qui ſemel 6. de ſucceſſorio edicto*, niſi quis (quod commune eſt jus,) beneficio ætatis reſtituatur, quod præcipue ad hanc rem pertinet, ut ſciamus repudiante agnato intra tempus præfinitum, & verbi cauſa, poſt quinquaginta dies, ſtatim intelligamus currere tempus & centum dies ſequenti gradui, non vero demum poſt elapſos inſuper alios quinquaginta dies. Itaque ſi à repudiatione prioris gradus exceſſerint centum dies, jam ſecundus quoque gradus excluſus eſt, priori enim repudiante jam ſtatim cepit ad ſequentem pertinere poſſeſſio, *dict. leg. 1. §. 6. de edict. ſucceſſorio.*

In petenda.] Alibi tractatur, tempus in jure noſtrum aliud eſſe continuum, aliud utile. Utile tempus quid ſit ex duabus qualitatibus dignoſcitur, ut quis ſciat aliquod jus ſibi competere, & ut illud jus exercere poſſit. Id ſignificat vetus ratio inſtituendi ſub formula cretionis, de qua diximus ſupra §. *ultim. de hæredum qualitat. Intra centum dies, quibus ſcieris, poterisve.* Itaque tempus utile non currit, nec computatur ignoranti, nec agere non valenti. Et hinc ille centum dies demum currunt & computantur, ex quo quis ſcivit bonorum poſſeſſionem ſibi delatam, & rurſus ex quo quis ſcivit, inter eos dies non computantur, quibus vel quominus peteret neceſſaria cauſa impeditus fuit, vel eo quod prætor copiam ſui non faciebat, bonorum poſſeſſionem non poterat petere *l. 2. & ultim. quæ ord. in bonorum poſſeſſione.* Ex quo intelligitur aliud hic juris eſſe in bonorum poſſeſſionibus ordinariis, de quibus *h. t.* agitur, quæ certis perſonarum generibus deferuntur; aliudin extraordinariis, quæ accuratiorem cauſæ cognitionem & decretum deſiderant. Illæ nimirum dicebantur admitti, *d. l. 2. quis ordo in bonor. poſſeſſ. l. 1. § quibus 10. & §. Largius 12. de ſuccedict.* quod in cuiuſvis libero arbitrio poſitum erat, nec prætor eas ſi quis agnatum, aut cognatum ſe probaſſet, poterat denegare: Itaque etiam prætore non ſedente pro tribunali, ſed de plano peti & agnoſci poterant. Hæ autem pro tribunali cognita cauſa interpoſito decreto impetrabantur, *l 2. §. 1. & 2. quis ord in bonor. poſſ.* Ex quo iſtud conſequitur, ut plures eſſent utiles dies petendæ bon. poſſeſſioni ordinariæ, quam extraordinariæ; quod illæ etiam extra tribunal ubicunque copiam ſui faciente prætore poterant peti & admitti.

Sed bene anteriores principes.] Non ita longe ante Juſtinianum, nō autem qui temporibus JCtorum noſtrorum vixerunt. Autor ejus juris perhibetur Conſtantinus, *in l. ultim. Cod. qui admitt. &c.* Hoc autem quod iſto loco dicitur, non ita accipiendum eſt, quaſi ſufficiat ſimplex declaratio voluntatis, privatim aut coram teſtibus facta; ita enim nihil differret ab aditione hæreditatis; Sed quod non neceſſum ſit uti certa petendi formula, nec omnino prætorem adire neceſſe ſit, ſed ſatis ſit ſimplici conteſtatione & voluntatis declaratione, apud magiſtrum municipalem quoque bonorum poſſeſſionem agnoviſſe; ut apparet ex *dict. leg. ultim. Codic. qui admitti* ubi in princ. iſtis verbis, ut *verborum inanium excludimus captiones*, excluditur ſolemnis formula petendi; & mox, *apud duumviros quoque teſtationem amplectenda hæreditatis* (id eſt bonorum poſſeſſionis) interponi poſſe ſubiicitur. Quod ſcilicet ita locum habet, in ordinariis bonorum poſſeſſionibus, quæ regulariter decretum non requirunt, & perinde adquiruntur, ut hæreditas quæ ab inteſtato certis perſonis defertur, cum nec hic tertio fiat præjudicium, ſed ſi forte ſe proximiorem oſtendere poſſit, jus ipſius integrum maneat. Ceteroquin in extraordinariis bonorum poſſeſſionibus, ſed &, ſi aliquando ob contradictionem alterius cauſa cognita & decreto ſit opus *l. 3. §. pen. h. t.* utique prætore & decreto opus eſit, neque tum nuda conteſtatio apud magiſtratum quemvis interpoſita ſufficiet.

Sed quocunque modo.] Laborat conſtructio, nec cohærent, *admittentis, oſtenderit*, Cujac. monet legendum, *ſed quocunque modo admittendi eam indicium oſtenderit*: nec multum aliter Ruſſardus, *ſi admittendi indicium.*

Plenum habeat earum.] Ruſſardus Cui. Hottom. legunt, *eorum* ut referatur ad anteriores principes: ſed poſſit dici Tribonianum non bonum Latinitatis autorem, mutaſſe numerum, & intelexiſſe bonorum poſſeſſionum plenum beneficium; etiamſi ut olim pro iis petendis non curaverit, ut paulo ante locutus eſt.

AD TITVLVM XI.
LIBRI TERTII
Institutionum.
DE ADQVISITIONE PER ADROgationem.

TEXTVS.

Est & alterius generis per universitatem successio: quæ neque Lege 12. tabularum, neque prætoris edicto, sed eo jure, quod consensu receptum est, introducta est. Ecce enim cum paterfamilias se in adrogationem dat, res omnes eius, corporales & incorporales, quæque ei debitæ sunt, antea quidem adrogatori pleno jure adquirebantur: exceptis iis, quæ per capitis diminutionem pereunt: quales sunt operarum obligationes, & jus agnationis: usus etenim & ususfructus, licet his antea connumerabantur, attamen minima capitis diminutione, eas nostra constitutio tolli prohibuit. Nunc autem nos eandem adquisitionem, quæ fiebat per adrogationem, coarctavimus ad naturalium parentum similitudinem. Nihil enim aliud nisi tantummodo ususfructus, tam naturalibus parentibus, quam adoptivis per filiosfamiliarum adquiritur in iis rebus, quæ filiis extrinsecus obveniunt, dominio eis integro servato.

COMMENTARIVS.

IN universum modi adquirendi, vel sunt particulares vel universales. Et per universitatem acquirimus, vel bona defuncti cui succedimus, de quo hactenus actum est; vel etiam viventis, ex certis & propriis rationibus. Cujusmodi species acquisitionis hic proponitur, per adrogationem; quæ aliquanto minus proprie hic in *princip.* successio apellari videtur. Dependet istud à iure patriæ potestatis, cui qui subjectus est, nihil omnino proprii habere potest, sed omnia patris sunt: ut necesse sit, eo ipso puncto, quo quis deducitur per arrogationem in alienam potestatem, omnia quæcunque habet adrogatori adquiri, *suc. l. si paterfam. 15. de adopt. l. penultim. §. . . in princ. de bonorum possession. sec. tab.* & hic text. *vers. ecce.* ita ut & possessio adroganti adquiratur *leg. si adoptavero 16. de precar.* Sive illam adquirat per filium, tamquam ipsius nomine nunc possidentem (qua in re diversum est in hærede) sive ipsius apprehensione sit opus, ut disputat Faber hic. Hoc ait hic in prin. Justinian. non fieri Lege 12. tabularum nec ex edicto prætoris, sed eo jure, quod consensu receptũ est. Actum potestatem patriam Romuli Lege introductam & in Leg. 12. tabularum repetitam fuisse *supra lib. 1. de pat. pot.* probavimus, & ibidem tamen addidimus quomodo intelligendum sit, quod dicitur in *leg. 8. de his, qui sunt sui vel.* patriam potestatem moribus receptam esse. nec aliud hic videtur sentire Justinian nam consuetudo & mores dicuntur jus utentium consensu comprobatum *§. sine 9. supr. de jur. naturali.* An intelligimus jus adoptandi & adrogandi moribus introductum esse? Lege quidem curiata interveniente fiebat adrogatio; sed ipsum jus adoptandi certa Lege introductum esse non meminime legisse.

Quæque ei debita sunt.] Itaque etiam actiones & obligationes transeunt; siquidem filiusfam agere regulariter nõ potest, & transeunt citra ullam cessionem, quæ alias in incorporalibus & actionibus necessaria est; quoniam est adquisitio per universitatem ad instar successionis. An autẽ vicissim passione teneatur adrogator, dicemus ad textum sequent.

Exceptis, quæ per capitis dimin.] De hac diximus supra *de capit. dim. & ad § sciendum 2. sup. de SC. Orphit.* per capitis diminutionem minimam quoque tolli jus agnationis. Adrogatus autem capite minuitur. Exigitur quæ à jure agnationis pendent, ea non possunt transire in adrogatorem. Sed videtur præterius agnationis aliud genus ponere Justinian. eorum quæ pereunt capit. diminutione. Ait enim, quales sunt operarum obligationes, & jus agnationis: Ceteroquin satis habuisset solum hoc exprimere. Et sane cur adrogatus amittat operas quas ipsi libertus debet, non ita in proclivi ratio esse videtur; cum hac ratione non adimatur nec pereat jus succedendi liberi *leg. si libertus in princip. l. patroni 39. de bon. lib.* Et cur igitur patro-

patronus quamvis adrogatus non possit exigere operas, aut cur hæ pereant potius quam jus succedendi? neque enim aliæ opere hic intelligi videntur posse, quam quas libertus debet patrono, qui se adrogandum dedit. An forte hæc specialis ratio est, quod sint mere personales? Atquin istud eo pertineret, ut non transirent in patrem adrogatorem, (quomodo nec in dominum transit, si quid personale stipulatus sit servus §. 2. *infra de stipulatione serv.*) non autem ut plane perirent? sicut nec secuta capitis diminutio facit, quo minus patrono reverentiam libertus exhibere cogatur, argument. *l. si filius 10. §. 2. de in ius. voc.* Hottomanus ait, per emancipationem quidem ipso jure videri jus patroni extinctum esse, sed tamen jus successionis ex æquo & bono fuisse conservatum. Verum cur non & conservatę fuerunt operarum obligationes? Deinde emancipatus deducebatur in imaginariam servitutem: hic autem de adrogato quæritur, qui Lege lata curiata ad populum, citra ullas manumissiones & venditiones, (quod ego quidem sciam) in potestatem & familiam alienam transibat. Accedit quod opere transeunt in hæredes patroni liberos, etiamsi sint in adoptionem dati *l. ut inter L. 7. §. penult. de oper. libert.*

Apparet plane hoc de operis non artificialibus, sed officialibus intelligi, quod Hottomann. Cui. Wesembec. notant, siquidem artificiales etiam alteri quam patrono præstari possunt, non itidem officiales *l. opera 9. de op. lib.* adeo eadem hic ratio, videlicet quod alii non debentur; quam patrono, quæ in usu & usufructu, quas olim quoque minima capitis diminutione periisse refert Justinian. hic & in *l. corruptionem Co. de usufruct.* & probatur ex *l. 17. quibus modis usufr. am.* (quem locum apparet ad cap. diminutionem maximam, aut mediam restringi non posse) & diserte Paulus scribit 3. *sent. de usufruct §. capitis.* Itaque statuendum est, adrogatione facta, quæcunque fuerunt apud adrogandum, aut transiviſſe in patrem adrogatorem, aut si transire non potuerint, hoc ipso fuisse extincta. Transire autem non potuit usus fructus, quoniam ita novus usufructuarius substitutus fuisset cum injuria proprietarii, (aliam autem rationem secutus est *Justin. in l. ult. C. de usufr.*) & pariter propter personalitatem cum operæ non possent transire in partem adrogatorem ob hoc plane deberi desierunt? Itaque textus supra citati referendi erunt ad operas artificiales; aut dicendum erit, facilius esse ut filio fam. jam constituto, & per eum patri aliquid adquiratur ab initio; quam ut quod in alicuius persona jam constitutum est, eo post sese ultro in alienam familiam dante, durare & subsistere possit. At enim si adrogatus socius sit, nec contractus finitur, nec transit in adrogatorem *l. actione 65. § societas 11. pro socio:* Nec enim contractus, qui facti & juris gentium est, potest extingui per adrogationem: & specialis ratio est cur in adrogatorem non transeat, cum nec transeat in hæredem: ne invitus quis socium habere, aut socius fieri cogatur alteri.

Nunc autem nos.] Nulla alia ratio fuit, ob quam adrogator omnia bona filii adquirebat, quam quia jus hoc erat patris in filium ex nuptiis susceptum. Ita enim verba L. curiatæ habebant, ut eodem jure filius esset adrogantis, ac si ex ipso & matre familias eius natus esset: Consequenter cum per constitutiones recentiorum Imperatorum, & cum primis Justiniani, pater naturalis in adventitiis tantum habeat usumfructum, ratio non patitur, ut plus tribuatur patri adrogatori.

TEXTVS.

1. Mortuo autem filio adrogato in adoptiva familia, etiam dominium rerum eius ad adrogatorem pertransit: nisi superstint aliæ personæ, quæ ex constitutione nostra partem in iis, quæ adquiri non possunt, antecedunt.

COMMENTARIVS.

HOc inter jura patris non postremum erat, ut filii defuncti bona omnia adquireret & quæ etiam non adquirebat per filium veluti castrensia & quasi, ea tamen filio intestato mortuo jure peculii occuparet, ut diximus *sup. lib. 2. tit. 9.* Neq; enim eo jure filius f. hæredem in quibuscunque bonis ab intestato habere poterat. Post id jus mutatum, & quædam personæ partibus prælatæ, si filius fam. etiam intestatus decessisset; hoc enim ipso necessario effectum est, ut filius f. haberet hæredem: Ceteroquin semper potiori jure pater fuisset. Et jam ante Justinianum quoq; fratres defuncti prælatos patri utique in proprietate apparet ex *pr sup. quib. non est perm. fac. testam. vers. si vero* Justin. hic certius jus constituit *N. 118. cap. 2.* ex qua tamen non nisi liberi præferuntur avo, frater autem utrimque

defuncto conjuncti cum parentibus concurrunt: hic provocat ad conſtitutionem ſuam, ex qua quædam perſonæ antecedant patrem, & intelligi *l. ult. C. comm. de ſucceſſ.* ex qua liberi & fratres feruntur, Acc. putat. Alii ut Hottom. & Bart. Græcam conſtitutionem deperditam intelligunt.

In iis quæ adquiri non poſſunt.] Intelligit nimirum adventitia, de quibus & loquitur *in d. l. ult.* & quæ *in §. 2. ſup. per quas perſ. adq.* appellat, adquiſitionem effugientia, & quæ omnino ad perſonas *d. l. ult.* & hodie *N.* 118. deſignatas perveniunt, utpote de quibus filius teſtari non poſſit: Cæteroquin, ſi teſtatus de caſtrenſibus vel quaſi caſtrenſibus filius nō fuerit, ad eundem modum & iiſdem perſonis hæc bona ab inteſtato deferentur.

TEXTUS.

2. Sed ex diverſo pro eo quod is debuit, qui ſe in adoptionem dedit, ipſo quidem jure adrogator non tenetur, ſed nomine filii convenitur: & ſi noluerit eum defendere, permittitur creditoribus, per competentes magiſtratus noſtros, bona, quæ ejus cū uſufructu futura fuiſſent, ſi ſe alieno juri non ſubjeciſſet, poſſidere & legitimo modo ea diſponere.

COMMENTARIUS.

1 *An adrogator teneatur de antegeſto.*

2 *An adrogator teneatur utilibus actionibus, ex contractu adrogati.*

ACtiones omnes per filium adrogatum & quæ ipſi ante competebant, adquirit pater adrogator §. 1. *h. t.* ſed non itidem ipſe ſuo nomine tenetur creditoribus, neque hic ob adrogationem factam obligatur. In quo hæc adquiſitio aperte differt ab adquiſitione hæreditatis, quæ facit, ut directæ quoque actiones in hæredem dentur: Scilicet totum hoc dependet à jure patriæ poteſtatis Pater omnia per filium adquirit, etiam actiones: ſed viciſſim contrahendo filius patrem obligare non poteſt, niſi de peculio ſibi pater peculium filio conceſſit, & hoc ipſo jus contrahendi filio permiſit *arg. l. 1. §. 5. de adquiren. poſſ.* Itaque Hottoman. & Pacius hic pro limitatione notant, quod pater adrogator teneatur de peculio. Equidem adrogatus cum ſui juris fuerit, non potuit habuiſſe peculium: itaque oportet fingere ipſi peculium à patre adrogatore conceſſum. Ubi quæritur an etiam ex antegeſto antequam ſe adrogandum filius daret, de peculio conveniri poſſit pater. Quod ut negandum ſit facit ſumma ratio juris *ex d. l. 1. §. 5* qui hanc reddit rationem actionis peculii, quod qui concedit peculium ſimul conceſſerit facultatem contrahendi: quæ ratio utique hic ceſſat. Accedit, quod qui tenetur de peculio, tenetur omnino defendere, aut patitur miſſionem in ſua ipſius bona *l. Fulcinius 7. §. ſi quis 15. quib. ex cauſ. in poſſ. junct. l. ſumma 21. §. fin. de pecul.* Ad id autem non tenetur adrogator ob antegeſtum, ſed ad ſummum tenetur permittere creditoribus bona filii arrogati *h. textu in fin.* Atque ita accipienda eſt *l. in arrog. 42. de pecul.* quod adrogator teneatur de peculio ex contractibus poſt ſecutis, conceſſo peculio: & quod probetur ſententia Caſſij & Sabini, qui negant, ex antegeſto actionem de peculio habere locum.

Nomine filii convenitur.] Omnia quidem bona adquiruntur adrogatori. Sed ratio apertiſſima ſuadet, ut adquirantur ſalvo jure tertii; ne per factum alterius alteri iniqua conditio inferatur. Nimis au-

3 tem † iniquum eſſet, ut creditores ob ſecutam adrogationem amittant actiones ſuas. Etiam qui contraxit cum eſſet filius familias tenetur creditoribus, & conveniri poteſt: *l. filius f. 39. de ob. & act.* Sed eſt ea fere actio ſine effectu, cum filius bona non habeat. Sed cum hic tempore contractus habuerit bona, plus juris habent creditores, & nimirum in bonis quæ filius tempore contractus habuit, & ita pater convenitur, ut ſi non ſatisfiat ipſis, miſſionem in bona ea petere & impetrare creditores poſſint. Eaque ſententia eſt, cuius quod hic dicitur, adrogatorem conveniri nomine filii. Etenim recta adrogator conveniri non poteſt: ſed actio in adrogatum dirigetur, quem aut defendere cogitur pater, aut, ut dixi creditores in bona mittentur *h. textu.* At numquid per damnationem capitis pereunt actiones? *l. 2. in princ. & §. pen. d. cap. min.* Id quidem in emancipatione ob imaginariam ſervitutem, *l. 3. de capite min.* apertius eſt, ſed idem eſſe videtur in adrogatione, propterea quod ipſo jure omnia bona alteri adquiruntur, & *in d. l. 2.* fit ſimpliciter mētio capitis diminutionis minimæ; & nominatim adrogationis *in §. pen. ibid.* ſed utut ita ſit, prætoris edicto reſtituuntur actiones, & ita datur judicium, ac ſi nulla capitis diminutio interceſſiſſet *d. l. 2. §.*

1 quod

1.quod huic loco addendum eſt. Hic autem obiiciunt Interpp. quod cum & fiſcus ad quem bona perveniunt, itemq; is cui libertatis cauſa bona addicta ſunt, creditoribus hereditariis teneantur, utique utilibus actionibus *l. 3. de fideicomm. lib.* mirum videri quod non teneatur pater arrogator, qui bona tenet. Et Joh. Faber quem ſequitur Ang. putat, quod imo etiam de jure, proprio nomine utilibus actionibus teneatur arrogator, ſed liberetur ex æquitate, ſi demittat bona & ea creditoribus permittat, ſed falſa eſt ſententia. & ſatis perſpicua differentia inter fiſcum eumve de quo *tit. ſeq* & patrem adrogatorem.

Illi ſubeunt locum hæredum ſive bonorum poſſeſſorum *l. 4. §. is autem 21. de fideicommiſſ. lib.* quod ſecus eſt in patre adrogatore, qui nullo modo repræſentat hæredem, ſed jure patriæ poteſtatis bona conſequitur: cum & ipſe ſuperſtes ſit debitor, in quem actiones competunt.

Qua eius cum uſufructu.] Quia ut *in* §. 2. dicitur, proprietas poſt adrogationem integra manet adrogato.

Legitimo iure ea diſponere.] De qua re *in tit. quib. ex cauſ. in poſſ. & de reb. aut. iud. poſſid. & de curat. bon.*

AD TITVLVM XII. LIBRI TERTII Inſtitutionum.

DE EO CVI LIBERTATIS cauſa bona addicuntur.

TEXTVS.

Acceſſit novus caſus ſucceſſionis ex conſtitutione Divi Marci. Nam ſi ii qui libertatem acceperunt à domino in teſtamento, ex quo non aditur hæreditas, velint ſibi bona addici, libertatum conſervandarum cauſa, aüdiuntur. Et ita Divi Marci reſcripto ad Pompilium Rufum continetur. Verba reſcripti ita ſe habent. Si Virginio Valenti, qui libertatem teſtamento ſuo quibuſdam adſcripſit, nemine ſucceſſore ab inteſtato exiſtente, in ea cauſa bona ejus eſſe cæperunt, ut venire debeant, is cuius notio eſt ea de re, aditus rationem habebit deſiderii tui, ut libertatum tam earum, quæ directo, quam earum, quæ per ſpeciem fideicommiſſi ſunt relictæ, tuendarum gratia addicantur tibi, ſi idonee creditoribus caveris de ſolido, quod cuique debetur ſolvendo. Et ii quidem quibus directa libertas data eſt, perinde liberi erunt, ac ſi hæreditas adita eſſet: hi autem quos hæres manumittere rogatus eſt, libertatem à te conſequentur: Ita autem ut ſi non alia conditione tibi velis bona addici, quam ut ii etiam, qui acceperunt libertatem directo, tui liberti fiant: nam huic etiam voluntati tuæ, ſi ii qui quorum de ſtatu agitur conſentiant, noſtram autoritatem accommodamus. Et ne reſcriptionis huius noſtræ emolumentum alia ratione irritum fiat, ſi fiſcus bona agnoſcere voluerit, & ii qui rebus noſtris attendunt, ſciant, commodo pecuniariæ præferendam eſſe libertatis cauſam, & ita bona cogenda, ut libertas eis ſalva ſit, qui eam adipiſci potuerunt, ac ſi hæreditas ex teſtamento adita eſſet.

COMMENTARIUS.

Hic cui libertatum conſervandarum cauſa bona addicuntur, uti in defuncti locum ſuccedit. Sed quia nec voluntate ultima, nec Edicto prætoris, aut alia Lege ad hæreditatem vocatur, nec hæres civilis nec prætorius eſt, & quia tamen, ut dixi defuncti in locum ſuccedit, & in eum non ſecus ac in hæredem prætorium actiones utiles dantur *l. 3. de fideicomm. libert.* ideo bonorum poſſeſſoris loco eſſe dicitur *l. 45. is autem 21. eod. tit.* in hoc à patre adrogatore omnino diverſis.

Hæc porro ſucceſſio fit ex autoritate reſcripti D. Marci, *h. textu l. 2. de fideicomm. lib. l. ſi hæreditas 6. & l. ult. C. de manum. teſtam.* cui cauſam dedit favor libertatis ut eſt *in fin. huius tex. & in §. pen. in pr.* itaque novus modus dicitur *h. t. in pr.*

Digitized by Google

Si qui libertatem acceperunt] Et ad horum implorationem fortaſſe primum reſcriptum emanavit Imp. Marci : poteſt enim quod hic refertur , ad ipſum manumiſſum ſcriptum fuiſſe : ſed poſt etiam ad extraneos quoſcunque productum *d. l. 6. in fin. & d. l. ult. in princip. Cod. de teſtam. manum.* Et poteſt teſtator ſervo directo manumiſſo hoc nomen impoſuiſſe (Pompilii Rufi) quod inſcriptio præfert huius reſcripti: ſolebant enim manumiſſis nomina patronorum imponi. Ita in *l. quare* 32. *§.* 2. *de teſtamento tut.* ſervus vocatur Lucius Eros, ſed nihil affirmo: nam neutrum horum Pompilii, aut Ruti, convenit ſervo. Conſtat ſane ex *dd. locis & l.* 2. *de fideicomm. lib.* ipſos quoque ſervos hoc petere potuiſſe. Plane Theophil. quoque Pompilium iſtum Rufum ponit fuiſſe unum ex manumiſſis. Sed an oportet directam libertatem eſſe relictam? Ita ſane rationis videatur : quoniam hæ libertates recta valeant : & addictis bonis perinde habetur ac ſi hæreditas adita fuiſſet *in fine huius textus* : fideicommiſſaria autem libertas facto alterius indiget.

Et ut forte dubitari olim potuerit , hodie res certa eſt poſtquam Juſtin permiſit , ut etiam hic ſervus cui libertas data non eſt , poſſit petere bona ſibi addici *l. ult. §. pen. in fin. C. de teſtam manumiſſ.*

Qui teſtamento libertatem.] Sive etiam codicillis *§. in primis infra h. t.* Ait, *adſcripſit*, id eſt, dedit: neque enim ſcriptura neceſſaria eſt : Quid enim ſi teſtamentum nuncupativum fecit , vel etiam codicillos nuncupavit , *l. 3. in pr. C. de con. libert.* & nominatim, locum eſſe conſtitutioni , licet libertates ſine ſcriptis fuerint relictæ , diſponit *l. ult. in princip. Cod. de teſtamento manumiſſ.* libertates plane datas eſſe oportet , ut conſtitutio locum habeat *§. pen. h. t.*

Nemine ſucceſſore ab inteſtato.] Ergone, ſi ſucceſſor ab inteſtato ſit, debebuntur libertates, ubi ex teſtamento non auditur hæreditas? Non ita eſt , *l. 1. C. de fideic. hared. arg. l. 1. in pr. ſi quis om. cauſ. teſtam.* Quod ſi ab inteſtato quis reliquerit libertates , facilius eſt, ut ſecundus gradus , modo non prior nominatus gravatus ſit , debeat libertates & alia fideicommiſſa, quomodo conciliandæ ſunt *l. 1. § pen. de legat. 3 l. ſi Titio* 61. *de leg.* 2. de quo alibi tractatur. Ergo ideo demum conſtitutioni locus eſt , ubi defecit ſucceſſor ab inteſtato, quod licet magnus ſit libertatis favor , tamen non talis , ut jus quæſitum alteri debeat auferri. Eſt autem jus quæſitum proximis agnatis, vel cognatis.

Vt venire debebant.] Ubi nullus eſt hæres , qui reſpondeat creditoribus, qui proinde petunt in bona immitti, aut ut ea præſcribantur recta , *de quo tit. ſeq.* Et hoc eſt quod *in lib. 6. C. de teſtam. man.* dicitur, cum hæreditas ob æs alienum ſpernitur : Unde etiam ſumitur alia ratio pro conſtitutione Marci, ut conſulatur honori ipſius defuncti , nec cum eius infamia bona diſtrahantur, ut eſt *in §. ſeq.*

Addicantur.] Et ergo decreto magiſtratus poſt cognitam cauſam , opus eſt, ut hic tamquam & ad initar decretalis bonorum poſſeſſoris conſtituatur.

Si idonee caveris de ſolido.] Ita favendum eſt libertatibus, ne fiat aliis injuria, videl. creditoribus hæreditariis, ſiquidem per libertates minuuntur bona defuncti Itaque caveri oportet , & 1. caveri idonee , id eſt , non promiſſione nuda , ſed pignoribus aut fidejuſſoribus , ut explicat JCtus *in l. ergo* 4. *§. addic.* 8. *de fideicomm. lib.* 2. caveri oportet de ſolido , *hic & d. §.* 8 quod tamen Juſtin. mitigavit *in d. l. ult. C. de teſtam. manum. §.* 1. ut liceat paciſci cum creditoribus de ſolvenda parte, quam pactionem ſi ultro admittant creditores , locum conſtitutio habeat , quoniam creditorum gratia hoc ita conſtitutum eſt ut caveri de ſolido oporteret , quibus autem poteſt remittere jus ſuum.

Ac ſi hæreditas adita eſſet.] Aut ac ſi bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas aut ab inteſtato petita eſſet, in iis terminis ſcil. quibus directæ libertates directo valerent, ceteræ, ab hærede praſtandæ eſſent: quod utrumque ſimul contingit ubi teſtamentum factum eſt , (nam ab inteſtato directo libertates competere non poſſūt) in quibus terminis reſcripſit Imp. itaque & tum quo ad libertates perinde habetur , ac ſi ex teſtamento hæreditas adita fuiſſet. Indeque fit, ut directo etiam manumiſſi protinus liberi fiant. Sed ſicut cum creditoribus paciſci licet, ut partem accipiant: ita & licet tranſigere cum his qui directo manumiſſi ſunt , ut ſint contenti fideicommiſſaria libertate, & eam ſcil. accipiant ab eo cui addicuntur bona, & ita (in quo non parum commodi eſt) fiant ipſius liberti , qui alias futuri fuiſſent orcini. *l. 4. §. hi qui* 12. *de fideicom. lib.* Tranſigendum autem cum iis eſt, & oportet, ut juxta hunc text. conſentiant. Sed an dubitari poteſt, illos conſenſuros? cum præſtet quocunq; modo liberum fieri quam ſervum manere. An noluerunt forte aliqui hoc beneficium debere olim conſervo ? An noluerunt ſibi nimis duras conditiones imponi *arg. l. de bon. libert.* Certe Juſtin. *in l. ult. § 2. C. de teſtam. manum.* meminit ſervorum , qui plane nolint

noliat (an forte propter metum paupertatis) liberi fieri. quos tamen non permittit impedimentum afferre rescripto Marci.

Sed fiscus bona agnoscere voluerit.] Ubi nemo adire vult hæreditatem, bona fiunt vacantia, adeo notissimo jure, ea occupat fiscus principis regalium jure. Sed benignissime hoc cautum est, ut etiam fisco agnoscente bona, conserventur libertates *h. text. & l. 4 § Eadem 17. de fideic. libert.* nimirum ut intelligo si quis alius sit, qui bona sibi addici petat libertatum conservandarum gratia, ut docet hic locus, ubi hoc disponitur, ne emolumentum hujus rescripti irritum fiat, ubi scilicet aliquis est, hoc implorat, & bona sibi addici petit. Eoque autem refero, quod est *in d. l. 4. §. 17. vers. ceterum*, ubi dicitur, cessare constitutionem, si alia ratione fiscus agnoscat bona, nemine scilicet cum eo concurrente: quamvis nec male ideo referat Acc. si fiscus bona defuncti debitoris sui vel damnati occupet.

TEXTVS.

1. Hoc rescripto subventum est & libertatibus, & defunctis, ne bona eorum à creditoribus possideantur & veneant. Certe si hac de causa bona addicta fuerint, cessat venditio. Existit enim defuncti defensor, & quidem idoneus qui de solido creditoribus cavit. Inprimis hoc rescriptum toties locum habet, quoties testamento libertates datæ sunt. Quid ergo si quis intestatus decedens, codicillis libertates datæ sunt. Quid ergo si quis intestatus decidens, codicillis libertates dederit, neq; adita sit ab intestato hereditas, an favor constitutionis debebit locum habere? Certe si intestatus decesserit, & codicillis dederit libertatem, competere eam nemini dubium est. Tunc constitutioni locum esse verba ostendunt, cum successor ab intestato nemo existat. Ergo quamdiu incertum erit utrum existat, an non, cessabit constitutio. Si vero certum esse ceperit, neminem existere, tunc erit constitutioni locus. Si is qui in integrum restitui potest, abstinuerit hereditate, an quamvis potest in integrum restitui possit admitti constitutio, & bonorum addictio fieri? Quid ergo si post addictionem libertatum conservandarum causa factam, in integrum sit restitutus? utique non erit dicendum revocari libertates: quia semel competierunt. Hæc constitutio libertatum tuendarum causa facta est. Ergo si libertates nullæ sint datæ, cessabit constitutio. Quid ergo si vivus dederit libertates vel mortis causa, & de hoc quæratur, utrum in fraudem creditorum an non factum sit, idcirco addici sibi velint bona, an audiendi sint? Et magis est ut audiri debeant, etsi verba constitutionis deficiant. Sed cum multæ divisiones ejusmodi constitutioni deesse perspexi, mus, lata est à nobis pleniſſima constitutio, in qua multæ species collatæ sunt, quibus jus hujusmodi successionis pleniſſimum est effectum, quas ex ipsius constitutionis lectione quis potest cognoscere.

COMMENTARIVS.

QUia Justin. paulo confusius agit, ne bis idem dicere necesse sit, conjunctim ista explicabimus. Primum est, de quo ante diximus, scopus & finis effectus constitutionis, ut libertatibus subveniretur, & defunctis ne bona eorum distrahantur. Nam cum alias quicunque etiam extraneus cum satisdatione possit defendere debitorem absentem & latitantem, & impedire ne immissio in bona ejus fiat, & hic qui bona sibi addici petit, caveat, de solvendo, nihil habent creditores quod conquerantur: Creditores nimirum: nam aliis legatariis quibus defunctus quid reliquit cavendū non est, qui alias destituto testamento, nihil consequerentur: creditorum autem jus semper manet salvum.

Alterum caput est ad quas libertatis constitutio pertineat. Et ante quoque diximus, rescriptum habere locum, sive testamento, sive ab intestato datæ sint libertates *l. 2. de fideicomm. lib.* quod tractatur in §. *inprimis*. ubi tamen parum subtiliter cū quæstio tamquam dubia proponatur, de libertatibus ab intestato datis: respondetur nemini dubium esse quin locus sit constitutioni. Et debebat igitur

igitur ſimpliciter hoc proponi, ſicut & in *d. l.* 2. Sed quid ſi non ſint dato à morituro, ſed à vivo mortis cauſa, & imo ſimpliciter inter vivos, ut ſtatim valerent, ſed quæ arguuntur datæ in fraudem creditorum? Hoc deciditur in §. *pen.* licet verba deficiant conſtitutionis, tamen ex æquitate & mente eius hoc admitti debere; ut nimirum audiatur qui libertatem accepit, ſi bona ſibi addici, & creditoribus, cavere velit. Ubi autem nullæ libertates datæ ſunt, ceſſat conſtitutio. *d.* §. *pen.* Adeoque hanc apparet principalem eſſe cauſam conſtitutionis, ut libertates conſerventur. Igitur adeo licet alius ſervus defuncti petat ſibi addici bona cum cautione, non audietur.

Tertium eſt, tum demum habere locum conſtitutionem, ſi nemo ex teſtamento vel ab inteſtato ſit heres, quod etiam ad text. præc. attigimus. Et oportet conſtare, quod nemo ſit futurus heres: ſi dubitetur, interim dum de eo conſtet, ceſſat conſtitutio, quod docet §. *tunc* 4. cuius *prin.* verbum *enim* ſupervacuum eſt. Quid ſi igitur qui repudiavit hereditatem, ob ætatem poſſit reſtitui in incertum ſit, an quis ſit futurus heres? Quod ſi ſumimus, ceſſabit interim conſtitutio. Sed magis placuit non ceſſare, quia hic non ordinario jure ſed extra ordinem beneficio prætoris cauſa cognita admittitur iterum ad hereditatem, & ita reſpondet *Vlp. in l.* 4. §. 1. *de fidei. hared.* idque ipſum non obſcure innuitur in §. *ſi is* 5. *h. t.* & tacite hec reſponderi intelligitur ex *ſeq. verſ.* qui docet per addictionē factam non impediri, quo minus minor in integrum reſtituatur, ſalvis tamen libertatibus, quæ ſemel competierunt. Plane ex *d. l.* 4. §. 1. ſupplendus eſt *d.* §. 5. aut particula interrogandi AN detrahenda. Et ita in caſu contrario, ſi minore adeunte, competierint libertates, non revocantur, licet poſt minor reſtitutus ſit contra aditionem *l.* 3. *C. de teſtam. manum. fac. l. ſciendum* 32. *D. eod. l. cum queſi* 30. §. *ſed etſi* 10. *cum* §. *ſeq. de fidei. libert.* Et hoc libertatum jus eſt, ut vix retractentur § *ſemel ſup. quib. annum. non lic.* Conſtitutio porro cuius in *f. tit.* meminit Juſtinian. exſtat in *l. ultim. C. de teſtament. manum.*

AD TITULUM XIII. LIBRI TERTII Inſtitutionum.

DE SVCCESSIONIBVS SVBLATIS, quæ fiebant per bonorum venditiones &c.

TEXTVS.

Erant ante prædictam ſucceſſionem olim & aliæ per univerſitatem ſucceſſione; qualis fuerat bonorum emptio, quæ de bonis debitoris vendendis per multas ambages fuerat introducta; & tum locum habebat, quando judicia ordinaria in uſu fuerant. Sed cum extraordinariis judiciis poſteritas uſa eſt, ideo cum ipſis ordinariis judiciis, etiam bonorum venditiones exſpiraverunt: & tantummodo creditoribus datur, officio judicis bona poſſidere, & prout utile eis viſum eſt ei diſponere: quod ex latioribus Digeſtorum libris perfectius apparebit.

COMMENTARIVS.

CUm nec heres ullus eſſet, nec quiſquam ſibi bona addici peteret, & fiſcus bona quoque reſpueret, tandem olim ſuccedebat quod hic proponitur obſervatum fuiſſe. Nam & fortaſſis poſt tempora Marci venditiones iſtæ bonorum obſervatæ fuerunt: ſed procul dubio & magis tum, cum necdum ad lictio de qua *tit. præced.* introducta eſſet: ſiquidem ut in *pr.* teſtatur Juſtinian. ante ſucceſſionem de qua *tit. præced.* venditiones bonorum frequentabantur, & maxime, ut Hottom. notat, ſtante adhuc Repub. & necdū à principibus occupata. Non inſequens olim erat, ut damnatorum bona & proſcriptorum publice haſtæ ſubjicerentur, & non raro pro magna ſumma, autoritate eorum qui tum in Repub. pollebant, alicui addicerētur: quod ſub Sulla, Mario & Triumviris ſæpe accidiſſe conſtat. Huc pertinet, quod Aſcon. tradit. Ubi ſectorem deſcribit & dicit, æſtimatorem redemptoremque bonorum damnati atque proſcripti, qui ſpem

Digitized by Google

ſpem ſectans lucri ſui bona omnia auctione emit, & ſemel inſert pecuniam ærario: quæ paulo poſt repetit in *eandem orat. 3. in Verr.* quæ eſt prætura urbana, ubi addit, quod ſectores, qui ita auctionati erant bona, poſtea pro compendio ſuo ſingulas res populi venditarint: quo ſorte poteſt referri illud *Varronis 2. de re ruſt. cap. 10.* ubi inter modos quibus jure acquiritur dominium, refert, cum quis ex bonis & ſectione publice quid emit. Eandem rationem obſervatam fuiſſe, ubi defuncti bona ſolvendo non erant, nec heredem habebant, ex h. *textu.* colligitur, ut ſcilicet bona publice proſcriberentur, & per averſionem & univerſitatem, alicui, qui forte cum creditoribus pactus erat, addicerentur. Sed duo ſunt hic ſcrupuli, & 1. quod Juſtinian. ait id obtinuiſſe, cum judicia ordinaria erant: ſed deſiiſſe poſtquam poſteritas judiciis extraordinariis uſa eſt. Neque enim ſatis apparet, quomodo à varietate hac judiciorū illud jus pendeat. 2. quod Juſtinian. ait poſtea receptū, ut creditores officio judicis bona poſſiderent, & ea diſponerent, juxta Digeſt. libros ad quos nos remittit. At enim dubium non eſt, quin etiam temporibus JCtorum noſtrorum, ex quorum reſponſis Digeſta compoſita ſunt, ordinaria judicia fuerint in uſu, ut videlic. magiſtratus judicem Pedaneum cum formula daret, & poſt ſententiam *ipſe* prætor juxta *Là Divo 15. de re iud.* faceret executionem. Tum & amplius hæc ipſa ratio vendendi bona publice etiamnum jure Digeſtorum obſervata fuiſſe videtur, per *l. cum bona 16 l. Fuſidius 19. de reb. aut. iud. poſſ l imperator 60. pact. l 4. C. de bon. aut. iud. poſſ. l. 9. de cur. fur.* quod & omnino hic putat Hottom cum tamen diſerte Juſtin. hæc ſententia ſit jure Digeſtorū non fuiſſe locum veteri illi venditioni bonorum: ſiquidem huic veteri rationi opponit iſtum procedendi morem, ut creditores bona poſſideant, & de iis diſponant: & ad iſtum modum cognoſcendum ad Digeſta nos remittit. Iſta explicare in re tam antiqua non eſt per facile. Inprimis vereor ne in verbis: ordinarii & extraordinarii lateat ambiguitas. Equidem illud conſtat, cauſas de quibus prætor ipſe cognoſcit, dici extra ordinem tractari: ordinarie autem agi, cum prætor formula data partes ad judicem pedaneum mittit: quo ſenſu ſi hic accipimus ordinarium & extraordinarium judicium, explicari res aut liberari ab errore Tribonianus non poteſt, cum liquidiſſimum ſit temporibus JCtorum noſtrorum, etiamnū illū morē dandi judices in uſu ordinario fuiſſe. Sed forte alio ſenſu quid ordinariū aut extra ordinariū in hac materia dici poteſt, quod tamē ego non exputo: & repugnat quod ex Cicer. pro Quintio & iis quæ hic tractat Hott. apparet, jam antiquitus & Ciceronis temporibus hunc ordinarium procedendi modum fuiſſe, ut creditores in bona mitterentur, & ubi ea certo tempore poſſediſſent, vendendi jus haberent: nec quicquam in eo extraordinarii videtur, ut creditores bona poſſideant, & poſt nemine defendente, ea vendant. An forte Tribonianus in diſtinctione temporum peccavit? aut non bene iſta inter ſe oppoſuit? ſiquidem iſta non pugnant, creditores mitti in poſſeſſionem, & poſtmodum bona alicui ſive extraneo ſive etiam creditorum uni bona omnia addici: unde tamen Theoph. hic, ubi notat emptorem bonorum loco heredis effectum, & in eum & ei actiones datas fuiſſe: quod poſtea vix putem obtinuiſſe, ſed ita vendita bona ut ex pretio recte creditoribus ſatis fieret. Juſtin. quoque in *§. ult. inſ. de interdict.* ait hodie omnia judicia eſſe extraordinaria: quo ſenſu ſi hic loquitur nō video quomodo excuſari poſſit: cum iſtud de temporibus JCtorum non poſſit eſſe verum. Ego mihi fateor nō liquere: quomodo hic explicandus, aut excuſandus ſit Tribonianus.

TEXTVS.

Erat & ex SCto Claudiano miſerabilis per univerſitatem adquiſitio, cum libera mulier ſervili amore bacchata, ipſam libertatem per Senatuſconſultum amittebat, & ſubſtantiam cum libertate: quod indignū temporibus noſtris exiſtimantes, & à noſtra civitate deleri, & non inſeri noſtris Digg. conceſſimus.

COMMENTARIUS.

SUetonius in Veſpaſiano ſcribit *cap. 11.* autorem fuiſſe eum Senatui decernendi, ut quæ ſe alieno ſervo junxiſſet, ancilla haberetur. Aut errat Suetonius aut iterum relatum id fuiſſe oportet; ſiquidem *lib. XII. annal. Tacit* ubi de rebus geſtis ſub Claudio: Inter quæ, inquit, refertur ad patres, de pœna feminarum quæ ſervis conjungerentur: ſtatuitque ut ignaro domino ad id prolapſa, in ſervitutem ſui conſenſiſſet, & qui nati eſſent pro libertis haberentur. Qui locus tamen Lipſio & aliis mendoſus videtur, & non uno modo emendatur. Sed

nihil absurdi video, si dicamus, mulierem in servitutem sui ceu consentientem pro serva ex eo SCto habitam, conservata tamen ex ea natis libertate, ut dominus servi jus liberti tantum in iis haberet. *Vlp. tit. de tutelis XI. §. 5. maxima* 10. hanc refert speciem maximæ capitis diminutionis, cum mulier aliena servo se junxit denuntiante domino, & ancilla facta fuerit ex SCto Claudiano. Cum autem Tacitus simpliciter meminerit ignorantis domini, sequitur, disputatione JCtorum id additum SCto, ut oportuerit id accidisse fuisse repetitũ congressum contra denuntiationem domini: & imo denuntiationum plurali numero meminit *Iustin. in l. un. C. de SCto Claud. tollendo*, & inde ratio dubitandi videtur fuisse in *l. Lucius* 23. *depos.* Legitimæ etiam admonitionis in iisdem terminis mentio est in *l. edictum C. Theod. de murileg. lib.* 10. & Theophil. ter, & quidem coram 7. testibus denuntiandum fuisse scribit. De qua re v. & *Pet. Fab. 1. semestr.* 25. Hoc SCtum *d. l. un.* sustulit Justinianus.

AD TITVLVM XIV.

LIBRI TERTII INstitutionum,

DE OBLIGATIONIBVS.

TEXTVS.

Nunc transeamus ad obligationes.

COMMENTARIVS.

1 *Ratio methodi.*
2 *Tractatus obligationum pertinet ad Tract. De rebus.*

AIt: *Nunc transeamus.*] Et inprimis de ratione methodi videndum est: quæ scilicet repetenda est ex *lib.* 2. *tit.* 2. ubi Justin. post tractatum de *adq. rer. dom.* subiicit divisionem rerum in corporales & incorporales: & harum species facit, obligationem, hereditatem & servitutes: de quibus cõtinua serie tribus titulis cum egisset, in *f. tit.* 5. tractaturus de modis civilibus adquirendi, monet se loco suo acturũ de hereditatibus & obligationibus. Ergo postquam hactenus de hereditatibus egit, jam transit ad obligationes. Nec tamen istud satis est defendẽdæ methodo. Hac enim ratione de quavis alia re corporali aut incorporali tractatio instituti posset: si non alia consideratione hic de obligationibus tractatur, quam supra de servitutibus actum fuit. Et de hereditatib. vero eo respectu actũ fuit, quod per eas adquiritur dominium: vel potius quod sunt universitas rerum, quam certis modis adquirimus. Hoc enim fuit propositũ Justin. jam à *pr. lib.* 2. ut traderet causas & modos adquirendi dominii. Itaque repetenda alterius est methodi ratio ex §. *ult. tit.* 2. *l.* 1. ubi Just. docuit post JCt. in *l.* 1. *d. stat. hom.* omne jus pertinere ad personas res & actiones. Personarum tractatus absolvitur *lib.* 1. De actionibus incipit tractatus *lib.* 4 *tit.* 6. Ergo totus intermedius tractatus ad res pertinet. Et recte sentiunt, qui tractatum istum. De Rebus, dicunt absolvi Duabus partibus. De dominio & de obligatione. De dominio & modis quibus id adipiscimus, huc usque à *lib.* 2. actum est. Sequitur igitur, ut modo agatur de Obligationibus. Hic sine controversia scopus est Justiniani: & nescio quid in mentem venerit Vulteio, ut tractatum de obligationib. referret ad primum objectum de personis, vano argumento, quod obligatio inhæreat personæ quomodo vel maxime usus fructus ad primum objectum referendus esset. Neque vero obligationes ut relatæ ad personam debitoris, sed & magis relatæ ad creditorem considerandæ sunt: qui sibi certo obligationem sibi cõtrahendo adquirit, & eam quoque certo modo, vendere & donare & in alium transferre potest: ut hoc modo obligationes non male in commercio esse dicantur: quomodo profusus non sunt, quæ ad Tractatum de personis pertinent. Neque aliud per jus personarum intellexit *Iustin. lib.* 1 quam statum: & haud dubie titulus de Jure personarum, respondet ei qui est *lib.* 1. *Digest. De statu hominum*, ad quem nulla ratione referri obligatio potest: siquidem ut quis in civitate obligatus sit, nihil necessum est; quæ autem ad statũ pertinent, in omnium civium persona necessario cõsiderantur. Ita plane rem factam habemus, si de mente Justiniani & JCtorum, quid illi per jus personarũ intellexerint, quæramus: cæteroquin parũ nostra interesse debet, quam hic vel ille ex cerebro suo interpretationem confinxerit. Ita ergo statuendum est: Duo esse genera rerum, quæ adquiruntur, & de quibus in jure tractatur: dominium & obligationem. Neque enim tractamus de rebus quales sunt natura sua, quæ tractatio est alterius disciplinæ, sed quatenus in iis aut ad eas jus aliquod quæsitum habemus. Hactenus enim interest inter dominium & obligationem, quod illud est jus in re,

in re, hæc eſt jus ad rem. Objici hic poſſit quod ſtatim Juſtinian. definit obligationem in relatione ad perſonam debitoris, quod ſit jus quo obſtringimur. Sed nimirum ſunt iſta relata: nec ob id efficitur, non poſſe definiri quoque obligationem, qua refertur ad creditorem. Et Juſtinianus voluit ita oſtendere ſimul jus quod creditor conſequitur. Nec enim qui adquiſivit obligationem ſtatim rem ipſam habet, ſed tantum facit, ut ſibi debitor ſit ad dandum obligatus: quod jus ipſum licet in debitore quoque conſideratum, longe diverſum eſt, à jure quod eſt & dicitur perſonæ. Cui accedit, quod res eſt æſtimanda ab ultimo fine: & vero non hoc intendit creditor finaliter ut ſibi habeat obligatum alium, ſed ut per hanc obligationem aliquid aliud conſequatur. Dominium porro principale eſt jus, quod in rebus intendimus: ſunt autem & alia jura, veluti, pignoris, ſervitutis, de quibus propriis locis agitur. Scio quoſdam etiam ſtatuere dominium pignoris & ſervitutis. Nec omnino abnuerim poſſe ita dominium juris quoque dici. Sed enim dum res objectum alterum juris dicimus, ipſas ſubjectas res intelligimus, non quatenus ſaltem in illis aliquod jus habemus, quæ ſunt etiam jura ſunt pignus & ſervitus. Apparet tamen ex his, non eodem ſenſu obligationem ad res referri, quo referretur ſervitus aut hæreditas, neque iſta omnino recte *ſub tit. de verb. incorp. ſup. lib. 2.* conjungi. Hereditas enim ſignificat quandam univerſitatem bonorum, quam & adquirimus & tis actionibus quoque perſequimur: ſicut & pro ſervitutibus, quæ ipſæ deducuntur in obligationem, conſequendis & defendendis certas actiones habemus, ſed obligationes non perſequimur, verum earum beneficio, pro rebus tradendis experimur. In ſumma res ſunt objectum juris ſive potius Juriſprudentiæ, quatenus in iis aut ad eas jus habemus, quod poſterius per obligationem conſequimur. Et hinc adeo videri poſſit, non eſſe neceſſarium, ut tria objecta juris conſtituantur, ſed poſſe ſufficere duo, perſonas & res: quandoquidem actiones tamquam effectus, ad objectum illud de rebus commode referuntur: ſiquidem dominium & obligatio, quarum explicatione objectum de rebus abſolvitur, ſunt cauſæ actionum: & cauſa & effectus bene ſub idem objectum referuntur. Errant adeo procul dubio, qui ad ſolas obligationes, actiones referunt: cum diviſio principalis actionum ſit in perſonales & reales, quæ non obligationis, ſed dominii aut alterius juris realis ſunt effectus, cum quibus errat Theoph. *pr. h.t.* omnino ſeparat obligationes à rebus, & nec alia ratione de obligationibus agi putat, quam quatenus ſunt pars tractatus de actionibus. Et hæc ad *iſtud pr. hujus tit.* ſufficiant.

TEXTVS.

1. Obligatio eſt juris vinculum, quo neceſſitate adſtringimur alicujus rei ſolvendæ, ſecundum noſtræ civitatis jura.

COMMENTARIVS.

DEfinitio cujuſque rei de qua tractatur, merito præcedere debet. Succinctius dicemus, quod obligatio ſit ad aliquid præſtandum adſtrictio. Obligatio enim dicitur à ligando: unde & à Juſtiniano vinculum vocatur. Idque fortè à nectendo deductum, quod olim obligationes per æs & libram, quod per nexum, dicebant, contrahebantur. Quo pertinet illud Feſti: Nexum eſt, quodcunque per æs & libram geritur, idque necti dicitur: & *Varro 6. de Ling. Lat.* Nexum, omne quod per æs & libram geritur: & quod obligatur per æs & libram, inde nexum dictum, & *Cic. 3. de orat.* Nexum eſt, inquit, quod per æs & libram agitur. Verba, *neceſſitate*, itemque, *ſecundum noſtræ civitatis jura*, videntur definitionem facere anguſtiorem, ita ut tantum contineatur obligatio civilis, ex qua actio naſcitur efficax; quamvis & naturalis obligatio ſuo modo aliquam habet neceſſitatem, nec omnino ſit incognita Legibus Romanis. Sed oſtendit apertius ſubjecta diviſio, tantum de obligatione civili quæ opponitur naturali, hic tractari. At enim cum paſſim in jure noſtro etiam fiat mentio ejus, quæ dicitur, naturalis obligationis, ejuſque non ſint exigui effectus, quod non citra vitium, eſt hic omiſſum à Juſtiniano, à nobis in gratiam tyronum ſupplendum eſt. Definimus igitur, ut jam diximus, obligationem: ut ſingulæ ſpecies comprehendi poſſint, & nimirum naturalis quoque, ut modo pluribus dicemus.

TEXTVS.

2. Omnium autem obligationum ſumma diviſio in duo genera deducitur: namque aut civiles ſunt, aut prætoriæ. Civiles ſunt, quæ aut legib. conſtitutæ, aut certo

jure civili comprobatæ ſunt. Prætoriæ ſunt, quas prætor ex ſua juriſdictione conſtituit, quæ etiam honorariæ vocantur. Sequens diviſio in quatuor dividitur ſpecies. Aut enim ex contractu ſunt, aut quaſi ex contractu : aut ex maleficio, aut quaſi ex maleficio. Prius eſt, ut de iis quæ ex contractu ſunt, diſpiciamus. Harum æque quatuor ſunt ſpecies: Aut enim re contrahuntur, aut verbis, aut literis, aut conſenſu ; de quibus ſingulis diſpiciamus.

COMMENTARIVS.

1 *Obligationis in genere diviſio.*
2 *Civilis obligationis varia ſignificationes.*
3 *Naturalis obligatio quot modis dicatur* & n. 6.
4 *Obligationis naturalis nuda effectus.*
5 *Cauſa hujus obligationis.*
7 *Diviſio cauſarum ex quibus ſunt obligationes, & inprimis conventionis.*
8 *Quid ſint variæ cauſarum figuræ in l.* 1. de O. & Act.
9 *Poteſtas non eſt obligationis.*
10 *Inſubtilis diviſio in l.* 52. de O. & A.

IUſtinianus, ut diximus, tantum hic tractat de obligationibus, ex quibus naſcitur efficax actio. Nos agamus plenius. Obligatio generaliter ſumpta diſtinguitur à Dd. communiſſime in naturalem & civilem: quæ utraque rurſus eſt vel ſimplex vel mixta. Eſt enim alia civilis tantum, ſeu nuda quædam naturalis tantum: quædam naturalis atque
2 civilis ſimus. Civilis † obligatio non uno modo uſurpari poteſt. Et 1. ut ſignificet obligationem jure civili introductam, ſine ulla conſideratione æquitatis aut iniquitatis; quam poteſtatem Legis in quavis Republica eſſe dubitari non poteſt: itaque talis & efficax erit obligatio. Deinde & ex diverſo aut magis oppoſito, civilis etiam obligatio dicitur à nuda approbatione: quo ſenſu obligationes ex contractibus, qui ſine dubio tota ſua eſſentia ſunt à jure gentium, notiſſimo jure dicuntur civiles; ut tamen omnino potior & potentior ubi ſit naturalis obligatio? hoc ſolidiſſimo argumento, quod hujuſmodi obligatio, (ubi nihil aliud ſuper eſt, quod eam ſuſtineat) nudo pacto tollitur tota & ipſo jure, ut nulla ſuperſit amplius actio; quod accidit in obligationibus quæ conſenſu contrahere dicuntur: ut docent *l.* 7. §. *adeo* 6. *l. ſi unus* §. 2. *l. ab emptione* § 3. *de pact.* Tertio civilis obligatio dicitur, cum jus civile nudæ, & ut ita dicam indeterminatæ alicui obligationi, quæ & ipſa tamen æquitate conventionis nititur, & habet conſenſum, robur addit, vel adjiciendo propriam aliquâ formâ, quo pertinet obligatio ex ſtipulatione, vel ſimpliciter confirmando, quo pertinet obligatio ex pactis quæ dicûtur legitima, lege ſpeciali confirmata. Atq; his caſibus omnibus obligatio eſt civilis, quæ mixta dicitur, id eſt naturalis & civilis ſimul, niſi aliquo ſuperveniente, conjunctio iſta & quaſi vinculû tollatur, aut inhibeatur, & fiat, ut alterutra vel ab initio ſola ſit, vel poſt aliquo ſubducto ſolâ relinquatur, ſequentia docebãt. Et nimirũ Quarto loco civilis obligatio appellari poteſt, quam Dd. docendi cauſa vocant civilem nudam; quæ non habet vinculum æquitatis: quoties nempe debitor, qui ſummo jure poteſt conveniri, exceptione aliqua, metus, doli, erroris, pacti, &c. defenditur, & propter hujuſmodi exceptionem à judice abſolvitur. Neque hic intereſt an ſtatim ab initio talis obligatio exiſtat: an poſtea talis fiat. Illud accidit, ſi quis coactus metu vel dolo inductus, aut errore lapſus aliquid promiſerit: (hoc, ſi poſt recte conſtitutam obligationem, debitor, ne à ſe peteretur pactus ſit, aut non debere, creditore deferente juraverit: vinculo enim æquitatis, quo naturalis continetur obligatio, ita ſublato *l. Stichum* 95. §. *naturalis* 4. *de ſolut.* obligatio nuda civilis manet, ad hoc efficax, ut ex ea actionem det aditus prætor, & formulam: quoniam conventio ad agendum ſua natura & exigendum eſt habilis: ut proinde prætor ex ratione juris, & veteris procedendi modi, actionem negare non poſſit. Sed debitore allegante dolum, metum, pactum, &c. formulæ inſerit prætor exceptionem: qua probata cum omnino reus ſit abſolvendus: apparet, quod prætor ex hypotheſi ſublati vinculi æquitatis hanc obligationem effectu habeat pro nulla: & id hoc quoque indicio; quod qui tali exceptione tutus, & civiliter tantum obligatus eſt, ſi per errorem pecuniam ſolvat, condictionem ſoluti habet *l. qui exceptionem* 40. *in prine. de condict. indeb.* Mixta autem obligatio alia vere talis eſt; alia ut ita dicam, præſumptive talis; quæ ſubdiſtinctio explicatur in §. 1. *infra de fidejuſſorib.* Hæc de obligatione civili mixta & nuda. Naturalis quoque obligatio non uno modo dicitur. Et 1. à poten-
3 tiori † talis recte appellatur obligatio, quæ naſcitur

scitur ex contractib juris gentium, & est jure civili approbata: quam paulo ante civilem quoque vocari diximus: & sane frequentius ita appellatur, imo fere tantum: quoniam videlicet semper plus solet tribui Legi civili, quæ facit, ut quæ etiam essentia sua juris gentium sunt, in Republ. usurpentur: quo respectu *Aristot. 5. Ethic.* juris civilis (quod accipit de universo eo quo civitas utitur) speciem facit jus naturale, de quo diximus ad *lib. 1. tit. 2.* cetero quin contractuum istorum, ex quibus hæc obligatio est, essentia est à jure gentium, teste ipso jure civili; *leg. ex hoc 5. de just. & jur.* §. *fidejus in fin. sup. de jur. nat.* itaque & ipsa obligatio tamquam effectus recte ad jus gentium referetur: & hoc fortasse sensu, & pro obligatione naturali latius sumta, videretur accepisse JCtus in *l. naturaliter 10. de O. & Act.* neque enim de obligatione naturali tantum, dici potest, quod actionem parat. Et nimirum hæc est secunda acceptio naturalis obligationis, pro ea quæ est destituta vinculo juris civilis, eo videlicet quod ita dicitur per excellentiam, & quod obligationem fovet & facit ad agendum & exigendum efficacem. Nam ut dixi, licet vel maxime essentia obligationis sit à jure gentium, nisi tamen Lege civili quoque sit recepta, actionem producere non potest, & hoc respectu negatur nuda pactio parere obligationem, (scilicet efficacem) *l. 7. §. sed. cum 4. de pact.* & qui ex nudo pacto debet naturaliter tantum & abusive dicitur debitor, *l. fideiuss. 16. §. naturales 4. de fidejussor.* Habet autem alias & ista quoque obligatio, suos jure civili effectus: veluti, quod solutum re-
4 tinetur, nec qui solvit id repetere † potest *d. l. naturalis 10. de oblig. & act. l. 6. §. ult. cum l. seq. de fidejuss.* Item quod ejusmodi obligatio novari potest *l. 1. §. 1. de nova.* de quo in §. *pen. infr. Quib. mod. tol. obl.* quod constitui *l. 1. §. debitum 7. de const. pec.* quod ei recte accedit pignus *l. 1. in pr. de pign. act.* idem fidejussor *d. l. 6. §. ult. d. fidejuss.* imo quod tale debitum cum debito quovis alio compensari potest *l. etiam 6. de compens.* Cui non video quomodo obstet quam objicit Gothof. *l. quæcunque 14. tit.* cum procul dubio ibi intelligatur debitum civiliter tantum, & quod, ut paulo ante diximus, caret vinculo æquitatis, & exceptione justissima perimi potest. Frustra autem quæritur de exceptione in terminis obligationis naturalis, ex qua actio non competit ex qua adeo debitum non potest dici perimi per exceptionem. Ut autem obli-
5 gatio talis & non † etiam civilis sit, duplex causa est. Prima, qualitas cõventionis: veluti nudũ pactum. Non enim omnes conventiones necessitate adstringere Leges Romanæ voluerunt: sed aliquas tantum, easque aut determinatas & nominatas, aut certe eas ex quibus jam ab uno ad alium quid pervenisset, quod suaderet dari actionem, ut tractatur in *l. 7. de pactis.* Ceteras conventiones in nomine pacti reliquerunt, nec ex iis actiones dandas censuerunt. Altera causa est, qualitas personæ contrahentis, quæ facit, ut licet alias conventio per se habilis esset, tamen civilis obligatio nasci non possit: veluti si pupillus contrahat *l. si pupillus 21. ad L. Falcid. l. cum illud 25. in f. quand. dies leg. ced.* de quo agemus pluribus *inf. de inutil. stipul. ad §. pupillus.* Item si servus *l. servi 14. de oblig. & act.* ita ut & ipse domino, & hic vicissim ipsi naturaliter obligetur *l. si quid 64. de condict. indeb. §. 1. inf. de fidejussorib.* Neque movet quod objiciunt Dd. servos gentium jure pro nullis videri, *arg. §. 1. sup. de his qui sunt sui vel alien. jur.* Neque enim quod ex jure gentium talis potestas in servum est, facit, ut propterea nullo modo possint jure gentium obligari: siquidem nec summum jus potestatis patriæ, impedit quo minus inter liberos & patrem & duos fratres sub eadem potestate nascatur obligatio naturalis *l. frater 38. de condict. indeb.* Accedit, quod jura bellorum & servitutum sunt ex ea specie juris gentium, cui causam dedit improbitas humana: ex diverso autem genere juris gentium obligationes descendunt, ut tractatum est *sup. de jure nat. gent. &c.* Et manet servus naturaliter obligatus ex conventionibus quas fecit, etiamsi manumissus sit: neque tamen ex ante gesto (quippe cum omnia domino acquisiverit) in eum actio datur *t. t. C. an servus ex suo facto.* nisi quo ad connexa cum iis, quæ manumissus gessit *l. tutorem 37. §. 1. de admin. tut.* & quod actio in factum in eum datur: Pro eo quod promisit pro libertate *l. 1. C. An servus ex suo facto, &c.* Est
6 & † tertia acceptio obligationis naturalis, quam citra ullam conventionem officii ratio inducit: quo sensu naturaliter quis dicitur obligatus ad remunerandum *l. sed etsi 25. §. consuluit 5. de petit. hered.* quam obligationem jus civile honestati, & cujusque conscientiæ relinquit: excepta tamen ea specie beneficii, quod manumissus debet patrono, & propter hoc operas: quæ species obligationis pene ad prioris illius naturalis obligationis naturam redacta est, *arg. l. si non sortem 26. §. libertus 12. de condict. indeb.*

sed & sunt aliæ species hujus naturalis obligationis, & inprimis illa quæ oritur ex jussu testatoris, licet testamentum sit non solenne, de qua re suo loco tractatur. Hæc præmisisse satis sit, jam quædam in textu videamus.

Civiles sunt aut prætoriæ.] Ita quoque dividuntur actiones *inf. tit. de action.* alias in genere, dum obligationi civili naturalem opponimus, illius appellatione etiam prætoriam, quæ actionem parit, coinprehendimus. Neque hic obstat, quod in *L. obligationes* 27. *de O. & A.* dicitur inutiles obligationes imperio prætoris non confirmari. Non enim intelliguntur simpliciter obligationes ad agendum per se inutiles, sed obligationes, LL. improbatæ: ceteroquin nec Lex civilis posset inducere obligationem: quia additur, tales obligationes, nec Legis potestate confirmari.

Constitutæ sunt aut comprobatæ.] Firmatur hinc distinctio obligationis civilis, quam paulo ante præmisimus, quod quædam obligationes sint juris civilis constitutione: quædam sola approbatione. De jure prætorio & ejus autoritate latis diximus in §. *prator. sup. de jur. nat.*

In quatuor species.] Obligatio nascitur vel est ex delicto, vel ex conventione, pro quo ait Justin. *contractu*, quoniam non agit de obligatione natu-
7 rali tantum. Et tamen † ne sic quidem omnes causæ civilis obligationis ponuntur. Nam & ex pactis legitimis nascitur obligatio civilis, & ea tamen contractus non sunt. Et ut omnes species conventionum simul proponamus: Conventio omnis vel est vestita vel nuda. Ita enim docendi causa non inepte loquuntur Dd. Et errant omnino, qui pactiones nudas non putant dici ad distinctionem aliarum pactionum, quæ non sint nudæ: sive enim alteram speciem pactionum, appelles vestitas, vel alio nomine, nihil interest. Vestita dicitur vel natura sua vel ex accidenti: illa est contractus: hæc vel est pactum legitimum vel pactum contractui adjectum incontinenti; his enim accidit, cum ex se invalida sint, ut propter autoritatem Legis, & cohærentiam contractus producant actionem *l. legitima* 6. *& l.* 7. §. *quinimo* 5. *de pact.* Rursus conventio vel est expressa vel tacita, quæ constituit quasi contractus, de quibus *inf. h. tit.* 28. Ex quo autem æstimandum sit an conventio sit contractus, docet *Ulp. in l.* 7. *de pact.* nimirum an habeat nomen an causam. Nomen quidem essentiale rei non est: sed tamen arguit eam esse naturam conventionis, ut jure gentium recepta sit & approbata, vel etiam jure civili. Itaque à posteriori procedit *Ulp. in d. l.* 7. & omnino præsupponere aliquid oportet, ob quod conventioni nomen impositum & illæ fuerit approbata. Causam differre vocat *Ulp. in d. l.* 7. (alias enim causa omnibus contractibus tribui potest) dationem vel factum, quæ facit, ut etiamsi nomine destituatur contractus, tamen æquum sit actionem dari, eo quod à me aliquid ad te sub certa pactione profectum est: unde exsistunt contractus innominati. Delictum est altera causa obligationis; Sunt qui putent & hic obligari reum ex tacita quadam conventione, juxta illud quo Lex omnes dicitur obligare, aut ad obedientiam, aut ad pœnam: adeo qui scions voluntatem Legis, v. c. furtum committat, tacite hoc ipso se ad pœnam obstringere videatur. Verum ita opinio minime recipienda est, juxta quam oppositæ inter se species, conventio & delictum confunduntur: & hoc quam remotissimum est à mente & proposito furis aut raptoris, ut velint subire pœnam. Itaque agnoscendum est, hanc obligationem esse à Lege, non tamen mere civili, sed magis jure gentium, quod delicta vetat, & punit: hactenus, ut damni aut injuriæ vindictam læso proponat, & actionem civilem: de qua specie obligationis ex delicto descendentis hic agitur: non de ea pœna, quæ criminali aut publico judicio exigitur, & quasi in publicam vindictam arrogatur, hic enim tractatus totus pertinet ad judicia civilia, & causas actionum, quæ privato competunt, proprium suum interesse persequenti. Et hi igitur sunt duo fontes obligationis, conventio (ita enim generalius loquar, ut omnes obligationum species comprehendam) & delictum. Occurrunt aliquando casus, quibus actio datur personalis, ut tamen vix ulla vestigia alicujus conventionis superstent, ut in *l. sime* 3. *de reb. cred.* sed habent illi speciales rationes, & sunt casus singula-
8 res † propter quos quidem ego existimo in *l.* 1. *in pr. de O. & A.* adjectum esse oriri præterea obligationes ex *variis causarum figuris*: itemque *inf. de act. in pr. aliis quibusdam modis*; nam cum omnino varii & vix numerabiles sint casus, qui occurrunt, & in quibus sæpe æquitas aliqua suadet dari actionem, cum & sint actiones personales extraordinariæ & in factum, periculosum existimaverunt JCti his duobus fontibus cõventione & delicto, omnes causas obligationũ præcisè concludere, & cautionis causa ea, quæ retuli, verba, adjicere volue-

voluerunt. Et recte nihilominus hæ ponuntur generales & ordinariæ causæ eædemque principales; conventio & delictum: quæ etiam statuuntur in *l. 4. h. t.* & eodem sensu *Caius 5. Inst. 9. in pr.* omnem obligationem aut ex culpa aut ex contractu esse & descendere scribit, & in *l. obligamur 52. de O. & A. in pr.* additur itidem causa obligationis *ex peccato*. Et haud scio, quid hic rursus in mentem venerit Vultejo, ut tertiam causam obligationis 9 † statueret, potestatem. Nec causam aliam errandi coniicit, quam quod putavit actiones præjudiciales esse in personam: quod falsum esse docebimus in §. *præjudiciales 13. inf. de act.* Et alias illa sententia Vulteii nihil est absurdius. Nam cum posita causa necesse sit poni effectum, nihil tamen falsius est, quam quod ponatur obligatio, posita potestate: & imo alio spectat potestas: & nullo modo ad obligandum eum qui est in potestate. Et hoc modo, adoptionem, & v.c. hostis captio occupationem, adquirendæ: rursus emancipationem, & manumissionem, tollendæ obligationis modos statuemus. An aut dicimus obligari filium, ut honorem exhibeat patri, servum, ut obsequia & operas domino præstet? Sed ita numquam JCti in hac materia obligationem accipiunt: & ita dominium & obligationem confundemus, & inter dominum & rem quæ in dominio est, obligationem aliquam statuemus. Absurde penitus, & cum ingenti rerum omnium confusione. Sed hæc commenta refutatione vix digna sunt. De singulis porro speciebus hic relatis, & porro subjectis speciebus in seqq. agetur.

In quatuor species dividitur.] Ineoncinne dicitur, *dividi divisio*. Et Cui. pro *dividitur* legit, *dividitur*.

Aut re contrahuntur.] Hic commode subnecdenda erat subdivisio contractuum qui re ineuntur in nominatos, de quibus tantum in *ti. seq.* agitur, & innominatos, qui & ipsi re contrahuntur, *L. 1. §. 1. de permut.* de quibus *d. tit. & ti. seq. de præscr. verb.* sed non fuit propositum Iusti omnes species accurate hoc libello persecuti, verito forte ne tyrones juris nimis oneraret. Illud denique circa 10 has divisiones addo, † paulo generalius & parum accurate agere JCtum in *l. obligamur 52. de O. & A.* Nam quod de herede necessario ex necessitate obligato affertur, huc non multum pertinet; nisi qua ipso jure legatariis & creditoribus obligatur, in quo sunt propriæ & speciales causæ obligationis, qua repræsentat defunctum: tum illud membrum insubtiliter aliis membris divisionis opponitur, in quibus singulis est necessitas, ut apparet ex definitione obligationis in *pr. huius tit.* Tum porro, *Re, verbis, consensu*, sub unum commune genus contractus pertinent. Neque re & verbis similiter obligari nos recte dicimur, quasi hoc diversum sit membrum, cum alterutrum sufficiat, & ubi interrogatio accedit, & stipulatio subjicitur, novatio contingit *l. 6. §. ult. & l. 7. de novation.* Rursus cum Lege obligari dicit, eum, qui contra Legem facit: non recte ab hoc diversum membrum constituit ejus qui ex peccato obligatur. Sed nimirum aliquando pinguius disputant JCti.

AD TITVLVM XV.
LIBRI TERTII Institutionum.

QVIBVS MODIS RE CONTRAHITVR obligatio.

TEXTVS.

Re contrahitur obligatio, veluti mutui datione. Mutui autem datio in iis rebus consistit, quæ pondere, numero mensurave constant: veluti, vino, oleo, frumento, pecunia numerata, ære, auro argento: quas res aut numerando, aut metiendo, aut adpendendo in hoc damus, ut fiant accipientium: & quandoque non eædem res, sed alia ejusdem naturæ & qualitatis reddantur. Unde etiam mutuum appellatum est, quia ita à me tibi datur, ut ex meo tuum fiat. Et ex eo contractu actio nascitur, quæ vocatur certi condictio.

COMMENTARIVS.

1 *Divisiones contractuum realium.*
2 *Etymologia mutui.*
3 *Divisio mutui.*
4 *Condictionis significatio.*
5 *Condictio certi an duplex.*

COntractus reales sunt, qui traditione rei perficiuntur; adeoq; non sufficit esse consensu, aut verba intervenisse, sed necessum est rem ipsam traditam esse: & omnino rei traditio initium obligationi præbet, ut de ejusmodi contractibus scribit

1 JCtus in *l. 1. §. ver. permut.* Et hi cõtractus † reales, & quidem nominati, de quib, hoc tit. solũ dixi-

mus agi aut ſunt acceſſorii, ut contractus pignoris, de quo §. *ult. h.t.* aut principales, quales ſunt ceteri. Kurtus. vel res traditur daturve (hic enim verbo dandi generalius utimur, quo alias translatio dominii ſignificatur) gratia & commodo ejus qui tradit ut res cuſtodiatur, & eſt depoſitum: vel gratia & commodo accipientis ut re utatur: & ut vel utatur ea, ſalva ſubſtantia, & poſt idem corpus reſtituat & eſt commodatum: vel non ſalva ſubſtantia, & ut rem conſumere liceat, & eſt mutuum: vel datur utriuſque gratia, quod de pignore dicitur in §. *ult. h.t.* quod datur, ut & qui eget, pecuniam mutuam accipiat, & qui dat vel aliter contra-
2 hit, de ſuo debito ſit ſecurus. In *pr. h.t.* & † in textu propoſito agitur de mutuo. Cuius proponitur notatio nominis in *f. text.* ideo ſic dictum, quod de meo tuum fiat: quam miror à quibuſdam hoc argumẽto improbari, quod nõ ſit cõvertibilis, nec ſtatim ubi de meo tuũ fit, mutuũ ſit, cum & in donatione & permutatione id cõtingat: haud enim ſæpe contingit, ut iſta ſint inter ſe convertibilia. Et non video quid ſibi velit argutia Hotto. Quid inquit ſi de tuo meum fiat? Utique dicimus de meo tuum, quia ego creditor tibi rem do, non tu mihi; quamvis olim pervicaciter tueri iſtam etymologiam. Et à Græco tractum autor eſt Varro. Mutuum, inquit, quod Siculi μοῖτον. Et mox ἐ-τον ἀνάπαλιν, ut rectiſſime ibi reſtituit Scalig. cum vulgo legatur, ὁ οἶτος ἀναπάλιν. Ceterum *Cuiac. 1. obſer.* 37 magis putat dictum à mutatione, quod & Turnebo placet 10 *adverſ.* 25. ubi notant Etymologiam JCtorum ſcitam magis eſſe quam veram. Mutui dationem ait Juſtin. conſiſtere in rebus quæ pondere numero & menſura conſtant, hoc eſt, quæ non niſi hoc modo ſunt in commercio: ceteroquin quidquid eſt fere in rerum natura, numerari poteſt. Tum intelligitur res iſtas datas, numeratas, adpenſas &c. ceteroquin ſi v. c. obſignatæ dentur, cuſtodiendæ, tum naturam cujuſq; corporis alterius imitantur, & tunc eſt depoſitum. Harum rerum ita datarum, ad uſum nimirum accipientis, oportet ut dominium tranſeat in accipientem, ſiquidem illis uti revera debet, ſecundum earum rerum naturam. Et pecunia nimirum utimur eam expendendo & neceſſaria emendo vinum & frumentum in cibum & potum utimur. Nemo porro jus conſumendi habet niſi qui dominus eſt: itaque Juſtin. ait, in hoc dari iſtas res, ut accipientis fiant. Sed cum non dentur animo donandi, ut ſatisfiat ei qui eas dat, neceſſe eſt ut quid aliud pro iis reſtituatur. Quod ſi de pecunia reſtituenda & præſtanda ſimpliciter actum ſit, pro oleo, vino, frumento, jam fuerit emptio & venditio. Itemque ſi convenerit ut pro pecunia res alia detur, & omnino ſi de alia ſpecie reddenda pactum intervenerit, incidet negotium in permutationem & contractum innominatum. Diverſum autem ab iſtis contractibus eſt mutuum, quo contractu hoc docet Juſtinianus agi, ut quandoque (id eſt aliquando & ſecundum quod conventum eſt) nobis non eadem res (id eſt non eadem individua) ſed aliæ ejuſdem naturæ & qualitatis reddantur: id eſt aliæ ſpecies generis ejuſdem, ut JCti loquuntur, vel potius individua alia ejuſdem ſpeciei: Hæ enim res ita ſunt comparatæ, ut una ſpecies vice alterius fungatur, & qui ſpeciem aliam recipit, idem quod dedit recepiſſe videatur: idque prorſus eſt quod JCtus ait, mutuum in iis rebus conſtituere, quæ in genere ſuo recipiant functionem *l. 2. §. 1. de reb. cred.* idque ex ſubjecta ratione apparet: ideo nimirum alias res mutuo dari non poſſe) ut qui accipiat eis tamquam dominus utatur) quoniam (cum qui mutuum accipit reſtituere aliud debeat,) aliud pro alio invito creditori ſolvi non poſſit, ſiquidem ſi quis pro ſervo aut equo accepto alium ſolvere velit, non ſatisfaceret creditori, quandoquidem magna individuorum varietas, & in precio diverſitas eſt, at qui ex his rebus quas hic recenſet Juſtinianus, aliam ſpeciem reſtituit, non aliud pro alio, ſed idem reſtituere intelligãtur: ſiquidem v. c. nihil intereſt creditoris, an talerorum ipſa corpora quis mutuo dedit, an alia ejuſdem bonitatis recipiat & valoris. Ex quo ſit, ut cum hic non ſit debitor corporis & individui, ut quamvis nummi accepti perierint debitori, ſine culpa ejus, (cum & alias quævis res domino ſuo pereat) tamen non liberetur obligatione, ſed quantum accepit reſtituere neceſſe habeat §. 2. *verſ. & is, inf. h.t. l. incendium* 11. *C. ſi cert. pet.*

Mutuum Dd. aliud faciunt naturale, aliud ci-
3 vile † tantum, aliud mixtum, primum, in quo intervenit naturalis numeratio, & nihil præterea. Alterũ, in quo numeratio nõ intervenit, ut ſi quis ſpe numerationis ſecuturę confeſſus ſit ſe accipiſſe pecuniam. Poſterius, numerationi addatur ſtipulatio. Sed nõ uno modo hic peccant. Et 1. ubi naturalis

ralis numeratio intervenit, utique etiam est mutuum civile, & civilis nascitur obligatio. Deinde cum subjicitur stipulatio, censetur hujus rei gratia facta numeratio, itaque fit novatio, ut tantum ex stipulatione superfit obligatio *l. si ita 6 §. 1. cum l. seq. de novat.* .. Cum in divisione verba quæ exprimunt species debeant uno modo usurpari, longe alio sensu civile dicitur mutuum, ubi accedit numeratio: alio modo ubi spe numerationis datum chirographum est. Et 4. ad *tit. d. elit. obl.* ostendimus hæcquoque in re non recte sentire Dd. Et penitus contradictorium est ponere mutuum sine numeratione, siquidem mutui essentia in eo consistit, ut re contrahatur. Ait Justin.

Pecunia numerat. ære, argento auro.] Verba hæc posteriora aut explicant priora de pecunia numerata, quæ signatur in ære argento & auro: aut de ære argento auro ad pondus datis, accipienda sunt.

Nascitur actio quæ certi condictio.] De condictio- 4 num † natura oportunior erit dicendi locus *inf. de actionib.* Interim hic notandum, conductionis quidem nomen antiquitus omnibus actionibus personalib. commune fuisse §. *appellamus* 15. *inf. de action.* sed jure nostro denotat speciem actionis personalis, qua aliquid nobis dari petimus *d.* §. 15. id est dominium in nos transferri: itaque ista actio regulariter tantum contra dominium, & non domino datur: & in duas species subdividitur ab objecto, quod alia sit incerti, alia certi, qua certum petimus, juxta descriptionem *l. stipul* 74. §. 1. *de verb. oblig. & l. certum* 6. *de reb. cred.* ex quacunque obligatione *l. certi* 9. *eod. tit.* Sed an igitur mutuum, quod est contractus specialis, non habebit specialem & propriam actionem, quam tamen habent omnes reliqui contractus nominati? Hæc res fecit, ut Interpp quos vocant Citramontanos † duplicem statuerent certi condictionem, generalem & specialē. Sed contra Ultramontani, unicam tantum esse generalem contenderunt, quæ etiam ex mutuo detur. Quod non ita est accipiendum, quasi videant ex ullo contractu speciali posse nasci actionem generalem: sed putaverunt condictionem certi quæ ex mutuo datur, comprehendi sub generali condictione, & huius esse speciem nō minus quam alias species, quæ referuntur in *d. l. 9. h. t.* At vero Citramontani putaverunt, ita specialem condictionem esse quę ex mutuo est, vel pro repetendo mutuo datur, ut non comprehendatur sub generali natura certi condictionis, sed quæ condictioni generali, cujus species referuntur in *d. l. 9* tamquam disparata species opponatur: numquam autem suo generi opponitur species: Eadem controversia occurrit in materia stipulationis ex qua itidem dicitur competere condictio certi. Et placuit fere recentioribus opinio quam olim defenderunt Ultramontani, quod videlicet condictio certi ex mutuo, sit ejusdem naturæ in genere, cujus sunt aliæ condictiones certi, cum nec ulla dari essentialis & specifica differentia possit, qua ut genus disparatum à generali condictione sive à condictione certi pro genere sumpta, distinguatur. Nec refert, quod ita fit deterior futura conditio hujus contractus, qui prætor actionem communem, & quam alij quoque contractus habeat, nullam propriam sit habiturus. Etenim satis creditori est per hanc actionem consultum, ut non indigeat alia. Et vero simile est, cum ab initio tantum pro mutuo, stipulatione & aliis quibusdam specialibus casibus hæc condictio esset introducta, sensim postea factum esse, ut ad alias etiam conventiones, quæ in se haberent certam rem, produceretur. Sed non pluribus libet hac de re agere, cum præsertim, ut & Fab. hic monet, res ista sit nullius utilitatis, & recte agat, quisquis v. c. ex mutuo se centum petere dicit. Et nos in *Tract. de actionibus* diximus plura.

TEXTVS.

1. Is quoque qui non debitum accepit ab eo, qui per errorem solvit, re obligatur, daturque agenti contra eum propter repetitionem condictitia actio. Nam perinde ei condici potest, *si apparet eum dare oportere*, ac si mutuum accepisset. Unde pupillus, si ei sine tutoris autoritate per errorem indebitum datum est, non tenebitur indebiti condictione, non magis quam mutui datione. Sed hæc species obligationis non videtur consistere ex contractu, cum is qui solvendi animo dat, magis voluerit distrahere negotium quam contrahere.

COMMENTARIVS.

1 *Indebiti solutio non recte dicitur promutuum.*

ALtera species contractus qui initur re. Verum cum hic agatur de veris contractibus, nō

de quasi, de quibus *infr. tit.* 28. apparet parum subtiliter istud hic proponi: cum in l. §. ipse Justin. fateatur, hic pecuniam numerari non contrahendi, sed distrahendi animo: ut proinde hæc species inter veros contractus referri non possit: de quo diximus *d. tit.* 28. §. *penult.* Nec alia ratione defendi hæc potest, methodus, quam à similitudine solutionis indebiti, cum numeratione causa mutui, ut apparet ex ipso textu, & *l. si quis* 5. §. *is quoque* 3. *de oblig. & act.* Verum eadem ratione imo rectius potuisset huc referri contractus innominatus do ut des, & do ut facias: quoniam qui hac lege aliquid accepit, utique re & ex vero contractu obligatur, & itidem si non faciat, vel præscript. verb. actione ad interesse vel condictione tenetur: sicut & pupillus quoque qui ita quid sine tutoris autoritate accepit, ut daret vicissim vel faceret, pariter non obligatur, non magis quam si mutuum accepisset, aut 1 indebitum. Nec satis adeo † rationis video cur à *Cuiac. in parat. hic & 8. obs.* 34. indebiti solutio vocetur promutuum: cum differant & ratione objecti, cum indebito quæcunque res dari & repeti possint: & præcipue cum differant, in eo quod constituit utrumque hunc & verum & quasi contractum: quod nimirum indebitum per errorem solvitur: distrahendæ obligationis gratia, & quasi & tacita conventio est condictionis causa, ut dicemus *infr. tit.* 28. Et quod is qui indebitum accipit h. §. perinde dicitur teneri ac qui mutuum accepit, & in *d. l.* 5. §. 3. *de oblig. & act.* eadem actione, qua tenetur qui mutuum accepit, non est verum, quo ad eandem actionis speciem, sed quo ad genus: uterque enim tenetur condictione: sed utique cum causæ repetendi sint diversæ, diversæ sunt istæ species condictionis.

Ait Justinianus.

Condictitia actio.] Id est condictio indebiti, qua repetat solutum. Unde ea proprie nascatur, & quasi hic sit negotium dicemus ad §. *pen. inf. de obl. quæ ex contr.* ubi est propria tedes hujus materiæ, quam non recte hic Interpp. tractant.

Si apparet eum dare oportere.] Formula est condictionum, de qua *inf. in pr. & in §. appellamus* 15. *de action.*

Non tenebitur.] Nisi in quantum locupletior factus est: idque generale est *l. pupillus* 5. § 1. *de aut. tut.* de quo *inf.* § *pupillus de inutil. stipul.*

Non videtur ex contractu.] Dicitur *inf. d.* §. *pen. de oblig. quæ ex contr.*

TEXTVS.

2. Item is, cui res aliqua utenda datur hoc est, commodatur, re obligatur, & tenetur commodati actione. Sed is ab eo qui mutuum accepit, longe distat: namque res non ita datur ut eius fiat: & ob id de ea re ipsa restituenda tenetur. Et is quidem qui mutuum accepit, si quolibet fortuito casu amiserit, quod accepit, (veluti incendio, ruina, naufragio, aut latronum hostiumve incursu) obligatus nihilominus remanet. At is qui utendum accepit, sane quidem exactam diligentiam custodiendæ rei præstare jubetur, nec sufficit ei tantam diligentiam adhibuisse, quantam suis rebus adhibere solitus est: si modo alius diligentior poterat eam rem custodire: sed propter maiorem vim maioresve casus non tenetur: si modo non ipsius culpa is casus intervenerit: alioqui si id quod tibi commodatum est domi, peregre tecum ferre malueris, & vel incursu hostium prædonumve, vel naufragio amiseris, non est dubium, quin de restituenda ea re tenearis. Commodata autem res tunc proprie intelligitur, si nulla mercede accepta vel constituta, res tibi utenda data est, alioqui mercede interveniente, locatus tibi usus videtur. Gratuitum enim debet esse commodatum.

COMMENTARIVS.

1 *Cuius periculo sit res commodata aut deposita.*
2 *De culpa in contractibus præstanda & n.* 5.
3 *Lata culpa.*
4 *Levissima culpa.*
6 *Ad l.* 32. *depositi.*

COmmodatum est contractus, quo res sub certo modo utenda eademque in specie restituenda gratis conceditur. Ex quo apparet differentia hujus contractus à mutuo: in hoc enim transfertur dominium, & jus pro libitu re utendi, ita ut non idem

idem individuum ſed tantundem reſtituatur : at in commodato eandem rem & corpus idem quod datum eſt reſtitui oportet. Unde conſequitur altera differentia ab objecto: ut quoniam res commodata quoque utenda datur, hujuſmodi tantum res commodatum admittant, quarum uſus eſt ſalva rei ſubſtantia, & proinde res fungibiles quæ in mutuum veniunt, & quarum non eſt uſus niſi in conſumendo, non poſſint dari commodato, ſiquidem res conſumptæ eædem in ſpecie reſtitui non poſſunt. neque in aliis rebus extra eas quæ fungibiles dicuntur, accidit temere, ut reſtitutione alterius ſpeciei idem quod acceptum eſt, reſtitui videatur: cum ipſorum individuorum, velut, ſervorum, equorum, &c. non levis ſit diverſitas. Et cum igitur res ipſa reſtituenda ſit, quæritur, & hic & in aliis ejuſdem conditionis contractibus, veluti, depoſito, pignore, ſi res perierit, cujus id ſit periculo. & damno, an dantis, an accipientis. Et prima diſtinctio eſt an interierit ante moram commiſſam à debitore, an poſt moram, Hoc caſu regulare eſt, quod quomodocunque perierit, periculum ſit debitoris, ex regula juris, quod mora perpetuet obligationem *l. ſervum* 91. §. *ſeq.* 3. *de V. O.* quæ tamen regula habet ſuas exceptiones de quibus commodius *inf. h. l.* 1. *ult.* priori caſu ubi nulla commiſſa eſt mora, ſubdiſtinguitur, an res perierit citra culpam debitoris, & certum eſt, eum liberatum eſſe, an ejus culpa. Culpa 2 autem nec omnis unius generis, nec † omnium contractuum eadem hic ratio eſt. Itaque expoſcit hic locus: ut de culpa in contractibus ſingulis præſtanda aliquid dicamus, ſed paucis: eſt enim diffuſior & intricatior hic tractatus, quam ut hic plene explicari debeat aut poſſit. Culpa in genere & dolum & quamcunque negligentiam aliam comprehendit: in ſpecie autem dolo opponi ſolet, & rurſus in culpam latam, levem & leviſſimam diſtingui. Sunt nimirum tria de quibus præſtandis, ubi res periit, in omnibus contractibus pene tractatur. Dolus. culpa, & caſus fortuitus. Extrema ſunt duo, Dolus & caſus fortuitus. Hic nullo bonæ fidei judicio præſtatur *l. qua* 6. *Cod. de pig. act* imo nullo plane judicio, ita ut ſemper ſi res caſu fortuito ante moram (quem caſum hic tractamus) res perierit, debitor ſit liberatus : niſi ſpeciali pactione ad hoc periculum ſe obſtrinxerit *l.* 1. § *ſæpe* 35. *depoſit. l.* 1. *C. comm.* Ex adverſo Dolus omnibus judicii, & in omnibus contractibus præſtatur. ita ut nec pactum in futurum valeat, ne quis de dolo teneatur, quia invitaret ad delinquendum *l. ſi unus* 27. §. *Illud* 3. *de pactis.* Intermedium eſt culpa, quæ ut dixi tres ſpecies vel potius gradus habet, latam levem & leviſſimam: cui tot gradus diligentiæ opponuntur, minima, media & maxima. Ex his culpa lata accedit ad dolum, & comparatur & æquiparatur dolo, in contractibus, ita ut perinde teneatur debitor ſi perierit res lata 3 culpa, ac teneretur, ſi dolo † ejus periiſſet, per textus in *l.* 1. §. 2. *ſi is qui teſtam. lib.* 1. §. 5. *de obligat. & action. l. ſi fide juſſor.* 29. *in princip. Mandati. leg.* 7. §. 1. *de ſuſpect. tut. l. quæſitum* 8. §. 3. *de precario.* adeo ut ſi etiam dolus notetur cum taxativa particula, *tantum, duntaxat* &c. tamen comprehendatur lata culpa *l. contractus* 23. *de reg. jur. d. l.* 1. §. 5. *inſ. de obligat. & act. d. l.* 1. §. 3. *ſi is qui teſtam. l.* 1. §. *hac actio. ſi menſor falſ. mod.* Eſt enim lata culpa craſſa & ſupina negligentia & ignavia, cui non ignoſcitur *l. lata* 223. *l. magna* 226. *de verb. ſignif. l.* 3. §. 1. *l.* 6. *de juris & facti. ignoſ. l. etſi* 15. §. 1. *de contrab empt. l. cum ſex.* 55. *de adilit. edict.* Et explodenda hic eſt diſtinctio Zaſii inter latam culpam verſutiæ & latam culpam ignaviæ: quoniam ille ipſiſſimus eſt dolus. Ergo, ut concludamus, licet latta culpa à dolo in ſpecie ſumpto differat & diverſa ſit *d. l.* 7 § 1. *de ſuſpect. tut. l.* 1. §. 3. *in fin. de magiſtrat. convem.* maximè in criminalibus *l.* 7. *ad Lex Cornel. de Siccariis.* attamen in civilibus cauſis, & ubi de periculo rei præſtando quæritur, eadem ratio eſt doli & latæ culpæ.

4 Poſterior gradus culpæ, quæ † leviſſima dicitur, accedit prope ad fortuitum caſum : quod enim ipſum verbum & appellatio oſtendit, vix ea culpa eſt. Et quia tamen aliquid culpæ eſt, non poteſt eodem plane jure cum caſu fortuito in hac materia cenſeri: ſed imo cum fortuitus caſus ſemper ſit inculpatus, culpa leviſſima non eſt inculpata, & quibuſdam caſibus ob eam quis tenetur, & ea eſt præſtanda, veluti ubi alteri damnum datum eſt, quod Lex Aquilia vindicatur *l. in lege* 44. *ad L. Aquil.* itemque in hoc ipſo contractu commodati, ut mox dicemus. Quia tamen leviſſima culpa vix culpa eſt, ut jam diximus, fit inde, ut aliquando ubi de iis caſibus agitur, quibus leviſſima culpa venit, tantum ſimpliciter mentio fiat doli & culpæ, (per quam ſimpliciter appellatam tantum levem culpam ſignificari receptiſſimum eſt) ut in *l. ſi negata* 11. *de neg. geſt.* de *quo infr. ex* §. 1. *de obligat. qi a quaſ. ex contr. & in lege quæſitum* 8. §. 3. *de prec.* Sed & hinc eſt, quod aliquando duo contractus, in quorum altero dolus & levis culpa, in altero etiam leviſſima culpa præſtatur, conjunguntur,

tamquam utriusque eædem essent præstationes; propterea nimirum, quod levissimæ culpæ ratio habita non fuit: quod accedit in *l. si* 13. §. 1. *de pignor. action.* de quo & inferius agemus. Et denique hinc esse videtur, quod JCti, ubi quid præter culpam (sc. levem) præstandum significare volunt, custodiam præstandam dicunt, ut in *d. l.* 13. *de pign. action.* aut diligentiam (in specie scilicet summo gradu acceptam) *l.* 5. §. 2. *in f. commod. l. cum res* 47. §. *pen. de legat.* 1. Ita custodia in specie accipitur in §. *cum autem* 3. *in f. infr. de empt.* ex quo apparet, custodiam illam intelligi fere in facto & circa res, quæ suaspontesua movere & aufugere possunt, ut circa servum: quamvis & circa alias res locum habeat, ne quod damnum iis inferatur, ut docet *l. ad eos* 19. *comm. junct. l. sed de* 41. *locat.* Et recte hac acceptione in *d.* 1. §. 3. *de empt.* custodiam definit Theopil. quod sit ἀκριβὴς ἐπιμέλεια καὶ φυλακή. Et ideo quoque custodia adjicitur, ut intelligamus non eam tantum culpam præstandam, quæ in faciendo consistit, sed & quæ in omittendo.

§. Traditur porro hac de re, & † quæ in singulis contractibus culpa aut diligentia præstanda sit regula in *l. si ut certo* §. *videndum. Commodat.* sumpta ex diversitate contractuum, in quibus aut spectatur commodum utriusque contrahentis, velut in emptione, locatione, societate &c. aut alterutrius tantum: Et hujus vel tradentis, ut in depositо: vel accipientis, ut in hoc contractu commodati. Ubi utriusque utilitas, præstari docet Jurisconsultus & dolum & culpam sc. levem: & nimirum requiri diligentiam mediam, qualem vulgo homines adhibere rebus suis solent: hæc est enim diligentia mediocris, cui opposita culpa levis in hoc sita esse dicitur, si quis non eam diligentiam rebus alienis adhibeat, quam res proprias curet, *argum. l. mulier* 22. §. *sed enim* 3. *ad Treb. l. heredes* 25. §. *non tantum* 16. *fam. ercisc. l. sæpe* 35. *si res* 4. *de contr. empt. fac. l. cap.* 14. *de pignor. action.* ubi versatur commodum solius accipientis, ut in depositо, tantum dolus, & quæ ei qui paratur, lata culpa præstatur §. *seq. & l.* 1. §. 5. *de obl. & act. l. contractus* 23. *de reg. jur.* ubi insignem scrupulum † movet *l. quod Nerva* 32. *depositi.* Diximus, ubi utriusque contrahentis utilitas versatur, præstari mediocrem diligentiam, & eum excusari qui modo eo tractet res suas & alienas: Et adeo erit in culpa levi, si minorem diligentiam rebus alienis quam suis adhibeat. Probat autem *d. l.* 32. teneri depositarium, si minus curet res depositas quam suas: & in genere docetur, eum esse in dolo, qui minorem diligentiam adhibet rebus alienis, quam suis. Qua ratione quidem tum definitio levis culpæ, quam modo proposuimus, tum differentia depositi & aliorum contractuum plane everti videtur. Vix quisquam est qui hic hærentem transferat. Existimo probabiliter dici, diligentiam considerari posse tum in abstracto, tum in concreto, & in hoc vel illo homine. Illa definiri & determinari potest ex communi hominum, quam in rebus suis solent adhibere cura. Hæc omnino incerta & indeterminata est, cum alius alio longe magis industrius & ad res suas magis sit attentus, quidam etiam omnino in rebus quoque propriis socordes sint & negligentes. Dico superiorem definitionem, quod in contractibus illis requiratur diligentia, qualem quis rebus suis adhibet, procedere, si diligentia illa æstimetur ad communem boni patrisfamilias naturam & rationem: ceteroquin si quis in individuo ignavus plane & negligens sit in curandis rebus suis, hunc non excusari, si in illis contractibus, in quibus præstatur levis culpa, pariter negligat aliena. Etenim cum quivis sit rei suæ moderator & arbiter etiam ut abuti rebus suis possit *l. in re Cod. Mandati*, non ita arbiter est rerum alienarum: sed oportet omnino in iis curandis aliquam adhibere diligentiam, aut eos omnino ad se non recipere: quo modo in *l. si constante* 24. §. *si maritus* 5. *sol. mat.* sævitia in propriis servis culpanda, in alienis dicitur coercenda. Secundum ista hanc statuam esse differentiam inter alios contractus & depositum: quod in hoc non æstimemus diligentiam in abstracto, & ad eum modum quem regulariter homines solent adhibere in curandis rebus suis: sed ea æstimetur in concreto indistincte: ut licet depositarius natura sua in rebus suis curandis sit ignavus & plane socors & negligens, non teneatur tamen, si eodem modo res suas & depositas curaverit. Idque est quod dicitur, *in d. l.* 32. *depositi.* Licet depositarius non ad eum modum sit diligens, quem hominum natura desiderat (quæ est diligentia in abstracto considerata) fraude tamen non carere, si non ad suum modum (hæc est diligentia in concreto) curam in depositо præstet. Quid si enim res suas asservet diligenter, & occludat, depositas in propatulo & incustoditas jacere patiatur? sane videtur esse in dolo. Idemq; est, quod *in* §. *seq.* traditur, eum de se debere queri, qui rem deponit penes negligentem amicum, quem nimirum satis sciebat natura sua esse negligentem & ignavum. Et hæc ad

ex pli-

cationem rei iſtius fortaſſe aliquid lucis afferre poſſunt. In progreſſu plura dicentur. Ait Juſtinianus:

Ea res utenda datur.] Utenda non ut in mutuo, ut conſumatur, ſed ita ut eadem res reſtituatur.

Commodati actione tenetur.] Directa ſcil. Nam & contra ipſum eſt commodantem actio, ſed contraria, ubi notanda contractuum diſtinctio quod alii ſint *ἀσύμμετρα* i. e. alii *δίκην ὄφεως*, id eſt, quod in quibuſdam ab uno tantum latere oriatur obligatio in quibuſdam, ab alterutro, ſed hoc rurſus dupliciter. Quidam enim ſtatim ab utroque latere obligant, & initio veluti emptio, locatio, ſocietas. Quidam & ab initio ex uno latere obligatorii ſunt, & ſemper talis manent cujuſmodi ſunt, v. c. mutuum & ſtipulatio. Quidam quaſi intermedii qui non quidem ab initio ſunt, ſed ex poſt facto fiunt utrimque obligatorii, ita ut etiam qui tradidit obſtringatur, veluti incommodato, depoſito, pignore: non tamen ſemper, nec ex natura contractus, ſed magis ex accidenti, veluti ſi ex re quam accepit ſine culpa ſua damnum ſenſerit, aut in eam impenſas fecerit: quo nomine ſicut ipſe v. c. ad reſtituendam rem deponenti, tenetur ita hunc viciſſim & contra ad illa præſtanda teneri æquum eſt, ex quo actio iſta, quæ depoſitario, commodatario, &c. datur, contrariæ nomen accepit, *tit. commod. vel contr. Depoſiti, vel contra.*

Exactam diligentiam.] Cum commodatum tantum detur commodatarii cauſa, citra ullam commodantis utilitatem, conſequens eſt ſuperioris regulæ *ex l. 5. §. 2. Commod.* ut commodatarius etiã tenebatur de leviſſima culpa, & adeo rei cuſtodiendæ ſummã diligentiã adhibere teneatur. Idq; apud omnes in confeſſo eſt: quæ diligentia deſcribi ſolet, quod ſit ea quam diligentiſſimus adhibere poteſt *l. ſi merces §. pen. locat.* accuratior & major ea quam quis adhibet rebus ſuis, ut hoc *verſ. & in l. 3. de peric. & comm rei vend.* ubi nominatim additur, talem diligentiam exigi à commodatario: & hic non ſufficere, ſi talem diligentiam adhibuerit, quantam rebus ſuis: ſi modo; ut ſtatim additur, alius diligentius rem cuſtodire potuerit. Quod ſi enim nemo alius dari poſſit, qui rem diligentius curare & cuſtodire potuerit, quam commodatarius rem & commodatam & res ſuas curare ſolitus fuit, id eſt, ubi ipſe commodatarius ſumme diligens paterfamilias eſt, neceſſario ſequitur, ut diligentia quam adhibet, ſit ſumma & exactiſſima, qua major in alio reperiri non poteſt. In eo enim homine, qui in rebus curandis diligentiſſimus eſt, ita ut eo diligentior, alius non detur, eadem eſt diligentia, qua ipſe utitur, cum diligentia ſumma, *ſac. §. impetu 8. infra d. l. Aquil.* Ex quo ſimul iterum intelligimus conſiderari diligentiam hic magis in abſtracto qualis in diligentiſſimo eſſe poteſt, quam in concreto. Quod ſi enim ignavus quis ſit natura ſua, licet diligentius aliquando curaverit rem commodatam quam res ſuas, non erit liberatus, ſi alius diligentius rem fuiſſet curaturus: Secundum quæ, cum ſumma diligentia exigatur à commodatario videtur hoc loco poſitivus *exactam* explicandus de ſuperlativo, *exactiſſimam*, quo verbo utitur JCtus *in l. 1. §. 4. de ob. & act. & in l. Socius 72. pro ſocio. & in l. in rebus 18. in prin. commod. qualem diligentiſſimus:* nec tamen neceſſum eſt ut quidquam mutetur: ut cumque in Argentinenſi Codice ſuperlativum exſtare dicat Hottom, nec enim uno modo loquuntur textus noſtri: & *in l. 5. §. 5. Commod.* dicitur teneri ad cuſtodiam diligentem, *& in l. 3. de peric. & comm.* quod teneatur ad diligentiam: & quod *in d. l. 1.* & hoc loco, additur, teneri ad majorem, quam ſuis rebus præſtat, ſatis oſtendit, quæ ſpecies diligentiæ intelligatur: Et ad eundem modum *in l. haredes 35. §. non tantum 16. fam. erciſc.* per diligentiam qualem præſtat diligens paterf. intelligitur diligentia ſumma. & *in l. 5. §. 2. in fin. commod.* diligentia ſimpliciter dicta, ſignificat ſummam diligentiam.

Si modò non ipſius culpa.] Quia non uſus eſt ad modum præſcriptum: Ceteroquin ſi quis in latrones & hoſtes inciderit, dum equo v. c. commodato utitur ex permiſſione commodantis, equo amiſſo non tenetur, quod perſpicue explicatur *in l. in rebus 18. in prin. Commod.*

Si nulla mercede.] Merces proprie ſignificat certam ſummam pecuniæ pro opera aliqua uſu aut re traditam vel pactam, quæ neceſſario facit, ut contractus non ſit gratuitus: ceteroquin ſi honorarium accedat: citra aliquam pactionem, non impedit quo minus contractus ſit gratuitus, de quo pluribus *infr. ad §. ult. Mand.*

TEXTVS.

3. Præterea & is apud quem res aliqua deponitur, re obligatur, teneturque actione depoſiti: quia & ipſe de ea re quam accepit, reſtituenda tenetur, ſed is ex eo ſolo tenetur, ſi quid dolo commiſerit: culpæ autem nomine, id eſt, deſidiæ ac negligentiæ

gentiæ non tenetur, itaque ſecurus eſt, qui parum diligenter cuſtoditam rem furto amiſit: quia qui amico negligenti rem cuſtodiendam tradit, non ei ſed ſuæ facilitati id putare debet.

COMMENTARIUS.

CUm depoſitum fiat cuſtodiæ cauſa tantum, magis liquidum eſt, quod depoſitarius rem ipſam reſtituere teneatur: quod ut faciat, tenetur actione directa: ipſe ſi quid forte impenderit in rem, habet actionem contrariam contra deponentem.

Sed is ex eo ſolo.] Diximus ad §. *præced.* licet ſolus dolus alicubi præſtandus dicatur, tamen non excludi culpam latam, idque ita ad hunc §. debet ſuppleri ex *l.* 1. §. *is quoq;* 5. *in fin. de Ob. & Act.* 5. *l* 1. *C. de poſ.* conſequenter, quod additur mox *h.* §. non teneri depoſitarium deſidiæ & ignaviæ nomine; accipiendum eſt de mediocri deſidia & ignavia, aut negligentia, ſiquidem ut ad *d.* §. *præced.* oſtendimus, nimia & magna craſſaque negligentia conſtituit latam culpam, quam depoſitarius præſtat. Et ita quoq; ea verba, ignaviæ & deſidiæ, & videlicet pro leviori ignavia, uſurpantur à JCto *in l. Socius* 72. *pro Socio. l. ſi nulla* 8. *C. de pignor. act.*

Parum diligenter cuſtoditam.] Modo eadem negligentia uti ſolitus ſit in rebus ſuis: cæteroquin jam non ſimplex deſidia, ſed lata culpa & prope dolum eſſet, ut diximus *ad* §. *prac. ex l. quod Nerva* 32. *depoſiti.*

Furto amiſerit.] Furtum plerumque accidit culpa patris fam. non bene res cuſtodientis, *l. cum duobus* 52. §. *damna* 3. *pro ſocio.* licet aliquando poſſit abeſſe omnis culpa, *l. eum qui* 14. §. *idem C. de furt.*

Negligenti amico.] Ait amico, quoniam ipſe qui depoſuit eligit penes quem deponat, cujus mores & induſtriam perſpectam habere intelligitur: ex quo merito imputatur ei, quod homini ignavo rem ſuam commiſerit: quæ ratio ceſſat in commodante, qui alteri petenti dat beneficium. Cetera ad hunc textum pertinentia, ſunt explicata *ad* §. *præced.*

TEXTUS.

4. Creditor quoque qui pignus accepit, re obligatur: quia & ipſe de ea re quam accepit, reſtituenda tenetur actione pignoratitia. Sed quia pignus utriuſque gratia datur, & debitoris, quo magis pecunia ei credatur, & creditoris, qno magis ei intuto ſit creditum, placuit ſufficere, ſi ad eam rem cuſtodiendam diligentiam exactam adhibeat, quam ſi præſtiterit, & aliquo fortuito caſu amiſerit rem, ſecurum eſſe, nec impediri creditum petere.

COMMENTARIUS.

PIgnus interdum ſignificat contractum, interdum ipſam rem, interdum jus in re creditori pro ſecuritate debiti conſtitutum. Et hoc conſtituitur aut nuda conventione *l.* 1. *de pign. act.* ita ut poſſeſſio rei maneat apud debitorem, quæ ſpecies pignoris dicitur hypotheca *l.* 9. §. 2. *de pignor. act.* aut per traditionem translata poſſeſſione rei in creditorem. Et ſolet in ſpecie dici pignus *d.* §. 2. & hoc fit per contractum realem, de quo *h.* §. tractatur: ex quo juxta *pr. hujus tit.* naſcitur actio quæ vocatur in ſpecie pignoratitia, quæ eſt perſonalis, & ſoluto pignore *d. l.* 9. §. 3. *de pign. act.* competit debitori pro repetenda re, & eſt directa: contraria autem datur creditori, ſi forte in rem fecerit impenſas. Alias eſt actio hypothecaria, quæ eſt in rem *l. pignoris* 17. *de pign.* & ſi non ſatis fiat, datur creditori pro perſequenda re, & poſtmodum diſtrahenda *l. debitores* 10. *C. de pignoribus* aliquando autem pignoratitia actio latius ſumpto verbo hypothecariam realem actionem ſignificat *l. ſi Titio* 22. *de pign. l. rem* 41. *de pignorat. act.*

Quia pignus utriuſque gratia.] Hinc confirmatur regula, quam ſupra præpoſuimus ex *l.* . §. 2. *commodati*, quod interſit an ſolius dantis an ſolius accipientis, an utriuſque gratia contractus ineatur. Adeoque hic contractus pignoris medius eſt inter commodatum, quod ſolius accipientis, & depoſitum, quod ſolius tradentis cauſa contrahitur conſequenter cum commodatarius ad ſummã diligentiam teneatur & præſtat læviſſimam quoq; culpam: contra depoſitarius ad qualem qualem diligentiam obligetur, & præſtet tantum latã culpam, creditor tenebitur ad mediam diligentiam, & dolum, latam & levem culpam, non etiam leviſſimam præſtabit, ut tamen objicitur *l. ſi cum* 13. §. 1. *de pign. act.* ubi dicitur in pignoratitiam actionẽ, venire dolum & culpam, ut in commodato: in hac autem leviſſima quoque culpa venit: poteſt reſpon-

reſponderi ex iis quæ diximus *ad §. Item is. 2. h.t.* quod cum leviſſima culpa ſit vix culpa, aliquando in iis quoque contractibus qui exigunt ſummam diligentiam, tantum ſimpliciter doli & culpæ mētio fiat, ut proinde quod iis locis deeſt, ex aliis ſit ſupplendum: adeoque creditor in pignore & commodatarius recte comparentur quo ad dolum & culpam, non autem etiam quo ad leviſſimam, ſed urgetur ex *d. l.* 13. §. 1. quod ibi præter dolum & culpam, venire in pignoratitia actione, dicitur & cuſtodia, quo verbo aliquando ſignificari ſummam diligentiam ad *d.* §. 2. diximus: & alias *in d. l.* 13. cum primo culpæ & mox inſuper etiam cuſtodiæ mentio fiat, nihil verbum *cuſtodiæ* adderet, ſed ſupervacuum & ſuperfluum maneret: cum & inſuper in *l. ſicut* 19. *C. de pign.* eodem modo reſcriptum ſit, teneri creditorem dolum culpam & cuſtodiam exhiberi, & ſola vis major, ſicut & in *d. l.* 13. §. 1. excludatur. Quæ ratio movit Cuiacium 19. *obſ.* 14. ut iſta loca reſtringeret ad caſum, quo pignus ſolius creditoris gratia contractum & datum eſt, quod nimirum ultro obtulit debitori, cum alias creditore etiam ſine pignore pecuniam creditura, aut alias fidem habiturus fuiſſet. Verum hanc reſtrictionem generalitas textuum minime admittit: quo eodem argumento refutatur explicatio Accurſii, *in d. l.* 13. qui ex contrario explicat illum locum de caſu ſingulari, quo commodatum utriuſque gratia cōtractum eſt. Plane vix eſt quod reſpondeatur ut præterea quę in precedd. diximus: plus præſtandum eſſe in commodato evincit invitabiliter, quod hic tradit Juſtinianus, utriuſq; gratia contrahi pignus, commodatum autem conſtat tantum regulariter iniri accipientis gratia: & igitur hic ad diligentiam majorem teneri debet ex ſumma ratione, & ex regula *d. l.* 5. §. 2 *commodati.* Itaque nec impedimento eſt, quod in *h.* §. Juſtinianus creditore requirit exactam diligentiam, quomodo & in §. locutus eſt de commodato, quoniam facit jam dicta ratio, ut ibi exactiſſima ſit diligentia, hic autem exacta in poſitivo gradu intelligenda, quod & Acc. monet. Niſi obſtaret hic locus, *innſt. l.* 5. §. 2. *commod.* defendi poſſit, pignus contrahi ſolius creditoris gratia: quoniam ſcil. pignus eſt ſeparatus plane contractus à principali, & uterque per ſe ſubſiſtit & ex utroque propria & ſeparata actio competit. Itaque cum creditor ex contractu principali pro debito habeat ſuam actionem, dici poteſt non abſurde, pignus qua tale, & qua facit ſecurum creditorem, ejus ſolius utilitatem reſpicere, neque vero quod propter pignus facilius quis repetit creditorem, tanto magis facit, ut contractus pignoris ipſius gratia initus dici poſſit: quam forte conſiderationem *in d. l.* 13. §. 1. *de pignor. act. & in l.* 19. *C. de pign.* Imp. & JCtus ſunt ſecuti. Quin nec ipſe Juſtinian hic ſatis ſibi convenire videtur, dum tantum removet caſum fortuitum: niſi ex ſuperioribus reſpondeas, ideo factum quod leviſſima culpa utpote vix culpa aliquando ſub fortuito caſu comprehenſa intelligitur: quamvis & turbet quod *in l.* 14. *de pign. act.* dicitur eam diligentiam requiri quam diligens paterf. adhibet rebus ſuis: quæ videtur eſſe deſcriptio mediocris diligentiæ niſi rurſus intelligas in abſtracto patrem familias diligentiſſimum, ut *in l.* 25. §. 16. *famhercisc.* Et diximus de hac re plura *in Tr. de pignorib. lib. ult.*

Nec impediri creditum petere.] Idem *in l. pignus* 9. *C. de pignor. act.* Eſt enim ſeparata obligatio principalis à pignoratitia: & nimis ruſtica eſt opinio eorum, qui pignore forte incendio conſumpto, nullam pro credito putant ſupereſſe actionem.

AD TITULUM XVI.
LIBRI TERTII Inſtitutionum.
DE VERBORVM OBLIGATIONIBUS.

TEXTVS.

Verbi obligatio contrahitur ex interrogatione & reſponſione: cum quid fierive nobis ſtipulamur, ex qua duæ proficiſcuntur actiones: tam condictio certi ſi certa ſit ſtipulatio: quam ex ſtipulatu, ſi incerta ſit: quæ hoc nomine inde utitur, quod ſtipulum apud veteres firmum appellabatur, forte à ſtipite deſcendens.

COMMENTARIUS.

1 *An alia ſit verborum obligatio præter ſtipulationem.*
2 *Stipulatio eſt contra.*
3 *Stipulationis Etymologia.*

SEquitur altera ſpecies contractuum, qui verbis conſtant, i.e. ad eſſentiam ſuam & conſtitutionē certa

:rta verba requirunt: Ceteroquin verba in omnibus fere contractibus adhiberi ſolent, ſed ad eorum eſſentiam non pertinent: cum nec etiam ſimpliciter verba hic ſufficiant, ſed certo modo determinata, ut mox dicemus. Contrahitur hæc obligatio aut præcedente interrogatione, aut non præcedente, ſi Cajo credimus 2. *Inſtit.* 9. ubi huius ſpeciei duo exempla ponit, dictionem dotis & jusjurandum liberti, qui patrono operas, donum ſe daturũ promittit. Et ita *Vlp. in pr. tit. de dotibus.* Dos aut dicitur aut promittitur, Et ſi hic obligatio nata fuit, cum non naſceretur ex literis nec ne; nec ex nudo conſenſu, oportet ut nata fuerit ex verbis: ſi dictæ dotis mentio quoque eſt *in l. 3. C. Theod. de inceſt. nupt.* & amplius *in l. ult. C. Theod. de dotibus: & in l. & per 13. in pr. de acceptil.* per jusjurandum liberti contracta obligatio per acceptionem dicitur tolli; quomodo tantum contractæ verbis obligationes tollantur, ut docet *l. 8. §. 3. de acceſt.* Sed poſtquam ex ſolo pacto ut obligatio dotis efficax naſceretur, conſtitutum eſt *l. 6. C. de dot. prom.* Hæc ſpecies obligationis ceſſavit. Et cum in libertojurejurando religionis quoque vinculum aliquid adferret momenti, factum inde eſt, ut obligationis verborum appellatio fere in ſola ſtipulatione ſubſiſteret, unde *in l. 1. §. verbus 7. de obl. & actionib.* obligatio verborum per interrogationem & reſponſionẽ contrahi dicitur: de qua re v. fuſius differentes *Cuiac. in l. 1. in pr. h. t.* Gœd. *in proleg. de contrahend. ſtip. Donell. ad rubric. D. h. t.* Et recte adeo Juſtin. ait verborum obligationem contrahi ex interrogatione & reſponſione. Et poteſt non inepta definiri ſtipulatio quod ſit congrua de dando vel faciendo ad interrogationem præcedentem verbis factam, verbis nuncupata reſponſio: vel quod ſit contractus, quo quis verbis interroganti, aliquid ſe daturum vel facturum aut generalius, præſtiturum, congrue promittit. Et nimis inepti ſunt † qui ex eo quod *in l Labeo 19. de V. O.* ſtipulatio dicitur actus, & quod *in l. 5. de V. O.* dicitur conceptio verborum, inferri putant, quod non ſit contractus. Quod autem *in d. l. 19.* contractus dicitur ultro citroque obligatio, non ſine vitio dicitur, & verbo contractus nimis ſtricte accepto pro eo, qui utrimque ab initio parit obligationem, ut exempla ſubjecta oſtendunt: nec quidquam falſius eſt, quam quod Gœd. ſcribit *de contr. ſt. p. cap. 1. concluſ. 3. num. 21.* Labeoni propoſitum fuiſſe perfectam & generalem omnium contractuum definitionem tradere. Eſſe iſtum cõtractum juris civilis, communiſſima ſententia eſt, & facit *l. 1. locati l. ſi ita 126. §. 2. verſ. ſupereſt de V. O.* & quod non convenit id ſimplicitati juris gentium, ut ad alicujus actus eſſentiam, verba, & quidem nuncupata ore requirantur. Et eſt ſtendum hactenus eſſe juris civilis contractum iſtum: ceteroquin non male etiam dicitur eſſe jurisgentium; quatenus & huic convenit omnino, ut quis per conſenſum declaratum verbis obligetur, licet neceſſum eo jure non ſit, ut verba ſint certa & interrogationi congrua, aut prolata utrimque. Hæc præmittere viſum fuit. Ait Juſtinianus:

Ex qua duæ actiones.] Hoc perpetuo obſervat Juſtinianus & recte, ut actiones ex quoquo contractu naſcentes adjungat: quoniam in his eſt obligationis quaſi executio, ſi debitor officium ſponte ſua facere nolit.

Condictio certi.] De hac diximus *ad pr. tit. præced. in fin.* Et enim eadem ratio hujus condictionis, quę eſt ejus, quæ deſcendit ex mutuo.

Si certa ſit ſtipulatio.] Omnis ſtipulatio certa eſt: ſed dicitur incerta vel certa, eo ſenſu quo actio inde nata, & ſcilicet ab objecto, quod eſt vel certũ vel incertum, res nimirum & id quod in ſtipulationẽ eſt deductum, de quo late JC. *in l. ſtipulat. 74. & l. ſeq. h. t.*

Ex ſtipulatu ſi incerta.] Verba *ex ſtipulatu* ſignificant hic nomen actionis, ſicut & *in l. ſi quis 24. de reb. cred. l. 4 in pr. de uſur.* non cauſam efficientem: nam & certi condictionem oriri quoque ex ſtipulatu ſive ſtipulatione, haud poteſt negari: & probatur per hunc text. ubi Juſt. ait duas actiones proficiſci ex ſtipulatione, condictionem certi, &c. & per *l. inter 83. §. ſi rem 6. h. t.* ubi certum eſt in ſtipulatione, & dicitur, quod agatur ex ſtipulatu. Item *per Labitori 7. in fin.* ibi *ex ſtipulatu C. de pactis iunct. l. cum mota 6. C. de tranſactionibus.*

Qua hoc nomine utitur.] Videlicet ſtipulatio, quam à ſtipulo deducit Juſtinianus, quod veteres ſtormam dixiſſe teſtatur: quo ſenſu tamen ſtipulum apud Latinos autores negat reperiri Catull. Cotta, ſed refutatur autoritate *Paul. 3. ſent. 7. de obligat.* ubi eandem notationem refert: quem locum ab Iſidoro citari ibidem Cujacius notat: verum apud *Iſid. lib. 5. cap. 24.* aliam invenio etymologiã: & quod ſtipulatio dicatur à ſtipula: veteres enim, inquit, quando ſibi promittebant aliquid, ſtipulam tenẽtes frangebant, quam iterum jungentes agnoſcebant ſponſiones ſuas, ſed in eam rem citare autorem debebat: neque enim fidem ipſe ſine autore

facit

facit. Festus porro deducit stipulationem à stipe, eo quod interrogatus spondebat stipem, id est æs; & *Varro 4. de Ling. Lat.* eo quod veteres æs, quo gravi utebantur stipulabant, stipem & porro stipulari dictum autor est: & potest verbum stipandi deductum esse à Græco στύβειν sive στύφειν: quæ & *Alcias. 1. parerg. 39.* sententia est: quæ & mihi probatur magis: neque quod stipulationes dicuntur introductæ firmandarum obligationum gratia, satis facit ad tuendam istam Justiniani etymologiam.

TEXTVS.

1. In hac re olim talia tradita verba fuerunt: spondes? spondeo, promittis? promitto: Fide promittis? Fide promitto: Fidejubes? fideiubeo. Dabis? dabo Facies? faciam. Vtrum autem Latina an Græca, vel qualibet alia lingua stipulatio concipiatur, nihil interest: scilicet si uterque stipulantium intellectum eius linguæ habeat: Nec necesse est eadem lingua utrũque uti, sed sufficit congruenter ad interrogata responderi. Quin etiam duo Græci Latina lingua obligationem contrahere possunt. Sed hæc solemnia verba: olim quidem in usu fuerunt; postea autem lata est constitutio Leonina, quæ sublata solemnitate verborum sensum & consonantem intellectum ab utraque parte solum desiderat, quibuscunque tandem verbis expressum est.

COMMENTARIVS.

1 *Stipulatio fit verbis nuncupatione.*
2 *Congruitas verborum.*

STipulatio verbis constat, & quidem utrimque ore nuncupatis *l. in pr. h. t.* Itaque non potest fieri inter absentes, ita ut alter alterum loquentem audire non possit, nec porro potest contrahi in scriptis licet inter præsentes, contra quam falso censet Wes. Cui non pugnat *l. C. de contr. stipulation.* quæ non probat, quod instrumentum satis sit ad constituendam stipulationem, sed quod sufficiat ad probandum: quia pro instrumento præsumitur, vera esse omnia, quæ in eo facta narrantur, & ob id, recte & per verba stipulationem esse contractam, juxta *l. sciendum 30. h. t. §. item 11. infra de inutil. stipul. §. ult. in fin. d. fideiussorib. l. Titius 134. §. 2. de V. O.* Non obstat etiam *l. ea quæ 57. de donat. int. vir.* neque enim ibi principaliter tractatur de essentia stipulationis, sed, an actio ex stipulatu contra mulierem detur, quæ misit divortium contra pactum conventum: itaque stipularionem rite factam præsupponere oportet, sicut & in *l. Titius 24. de const. pec.* & verosimile est, servum qui ibi jussu domini pecuniam numerasse dicitur, stipulatum fuisse à muliere in casum ibi propositum pecuniã redditum iri, & hoc nimirum ita actum fuisse, mulier significavit per epistolam marito. Sed & frustra objicitur hic, quod non minus expressa scripto valere debeant, quam quæ verbis nuncupantur *l. non figura 38. de oblig. & act.* quoniam id toties est necesse ut falsum sit, quoties opus est verbis ad constitutionem actus, sicut ex adverso, quod dicimus tam valere quod verbis exprimitur, quam quod scriptura concipitur, toties falsum est, quoties scriptura requiritur ad essentiam rei. Nec quidquam interesse potest an literis quid agatur inter præsentes an absentes: neque enim hinc literarum natura mutatur: ut vel hinc confutetur Wesemb. qui literis inter præsentes putat recte stipulationem fieri non inter absentes, quod etiam confutatur per §. *mutuum 7. infr. de utilibus stipul.* Hinc etiam efficitur, inutiliter cõtrahi, si quis interrogatus tantum adnuat, *l. 1. §. 2. h. t.* ubi dicitur, cum nec quidem naturaliter obligari: quod debet referri, vel ad simplicem rationem civilis juris, ut obligatus non videatur naturaliter, nec pro tali habeatur, quoniam substantia obligationis & essentia deficiat: vel ad eum referendum est casum, quo quis juris gnarus, & quæ ad essentiam stipulationis requirantur, joco magis quam serio, aut animo se obligandi annuisse præsumitur: ceteroquin si quis serio aut annuat, aut interroganti, etiam per epistolam respondeat, dubitandũ haud putarem quin naturaliter & ex jure gentium obligetur. Et stipulatio igitur requirit verba ex utraque parte.

1 Amplius verba † oportet esse congrua & congruẽter prolata. Ea congruitas primo spectatur in ipsis verbis, quæ olim necesse erat esse solemnia & directa, sed post *l. omnes 10. C. h. t.* qualiacun-

que verba, apta modo ad declarandam mentẽ contrahentium ſufficiunt: & ſtipulationem valere non dubitem, ſi quis diverſo & alio verbo, quam quo interrogans uſus eſt reſpondeat. Deinde congruitas poſita eſt in hoc, ut reſpondeatur ad idem quod fuit in interrogatione, non aliud, de quo agemus *in §. præterea infr. de inutil. ſtipul.* Tertio ad congruitatem pertinet, ut continuus ſit actus interrogationis *l. continuus 137. in pr. h.t.* ſed id tamen civiliter accipitur, ut non intervallum omne excludatur, ſed longiuſculum, ex quo colligatur, ad alia diſceſſum & animum contrahendi depoſitum eſſe: alias enim non tam reſponſum videtur ad priorem interrogationem, quam ſeparate promiſſum, quod ſubſiſtit in nudis terminis pacti *l. 1. §. 1. & d. l. 137. in pr. h.t. l. ſi ex duobus, 12. in pr. de duobus reis*, ubi, ut hoc addam obiter, pro verbo *prolutus*, (quod ineptum eſt, & ab aliis varie refigitur & emendatur) non dubito, quin legi debeat *Proculus* ut nimirum huius Juriſconſulti ſententia referatur: his quæ diximus, ita concurrentibus, contractam eſſe ſtipulationem præſumimus *l. 7. §. quod ſere 12. de pactis.* niſi ex iis quæ præceſſerunt, colligatur, non tam ſtipulandi, quam ſimpliciter paciſcendi animo verba prolata fuiſſe, quomodo *pri. e. d. §. 12.* accipiendum eſt, idque horum verborum argumento *in noviſſima parte pactorum*, ut ſcilicet aliis pactionibus, non ſtipulationib. verba, *rogavit Titius, ſpopondit Mævius*, ſubjecta fuiſſe ponamus, quo caſu, hæc verba, *rogare ſpondere*, quæ alias ſtipulationum ſunt, ut oſtendit *d. §. 12.* poſſunt etiam ad nuda pacta referri: quoniam quæ ſpecies conventionis inita ſit, ex circumſtantiis, & tum ex his quæ præceſſerunt, tum etiam ex ipſa voluntate partium non raro ſolet æſtimari. Ait Juſtin.

Vtrum Latina an Græca.] Conſtat Romanos olim, magnam quaſi linguæ ſuæ venerationem eſſe voluiſſe, & in provinciis quoque præſidibus aut prætoribus, decreta non niſi lingua Romana pronuntiare fas fuiſſe *l. decreta 48. de rei judic.* Sed ſane abſurdum fuiſſet, ſi hanc neceſſitatem etiam ad privatos & contractus tranſtuliſſet. Et ita ut *h. §.* jam olim reſpondit *Vlp. in l. 1. § ult. h.t.* nam quo ad Juſtiniani ætatem ſtulta fuerit dubitatio: cũ eo tempore maior uſus & dignatio fortaſſis quoque Linguæ Græcæ eſſet.

Quin etiam duo Græci] Nulla in hoc penitus videtur eſſe dubitandi ratio.

Conſonantem intellectum ſolum.] Modo adſint, quæ ante retulimus: loquimur autẽ de ſtipulatione vera non ficta, quæ inducitur per legem ut *l. 1. C. de rei ux. act.*

TEXTVS.

4. Omnis ſtipulatio, aut pure aut in diem, aut ſub conditione fit pure: veluti quinque aureos dare ſpondes? Idque confeſtim peti poteſt. In diem: cum adjecto die, qua pecunia ſolvatur, ſtipulatio fit: veluti, decem aureos primis Calendis Martiis dare ſpondes? Id autem, quod in diem ſtipulamur, ſtatim quidem debetur, ſed peti prius quam dies venerit, non poteſt: at ne eo quidem ipſo die, in quem ſtipulatio facta eſt, peti poteſt: quia totus is dies arbitrio ſolvẽtis tribuit debet: neque enim certum eſt, eo die in quem promiſſum eſt, datum non eſſe priuſquam is præterierit.

COMMENTARIUS.

1. *Cedere diem.*
2. *Ex obligatione pura ſtatim agitur.*
3. *Ex obligatione in diem ſtatim eſt nata actio.*

QUamvis hic titulus tantum ſit inſcriptus de verb. oblig. pleraq; tamen eo tradita, ſunt generalia & communia aliis quoq; obligationibus, & precipue quod hoc §. traditur, omnes enim contractus & quævis conventio aut pure, aut cum adjecto die vel conditione iniri poteſt. Aliquando nimirum ita contrahitur, ut nec actio nec obligatio differatur, ſed utraque præſens ſit: interdum ut differatur actio, interdum & obligatio, quod accidit in obligatione cõditionali. Pura obligatio eſt ex qua ſtatim obligatur debitor, & ſtatim agi potest: quo JC. vocant & ceſſiſſe & veniſſe. † diem *l. cedere 2. 3. de V.S.* cedere enim dies dicitur, cũ obligatio nata eſt & deberi incipit: venire autem, cum & efficaciter agi & exigi debitor poteſt. Itaque recte ait Juſtin. ex pura obligatione confeſtim peti poſſe: quod ſcilicet certa juris ratio facit, cum nihil occurrat, quod moretur actionem probant, *l. eum 41. §. 1. h.t. l. in omnibus 14. de R.I. d.l. cedere 213. de V.S. l. liber. 118. §. 1. h.t.* Sed viciſſim tamen cũ utique ſpacium ſit debitori etiam pure obligatio concedendum, ut expediat ſolutionem, interſtitium aliquod

aliquod inter contractam obligationem & actionem instituendam intercedere debet, & utique tantum temporis quo tradito fieri possit §. *ult. inf. de inutil. stipul.*

Quod autem aliqui hunc terminum decem dierum, & alii etiam longiorem faciunt errare arbitror, & male confundere tempus intra quod agi possit, & tempus quod debitori confesso in jure prætor daturus est. Dico omnino statim posse moveri actionem, & debitorem in jus vocari: sed si reus confessus sit debitum, & paratum se solvere dicat, judicium in eum non dabit prætor. *l. ex judicatum 16. judic. solv.* sed præfiget & dabit ei terminum ad solvendum *l. si debitori 21 de judic.* ubi etiam simul hoc additur, terminum dandum esse illi ipsum, qui condemnatis dare solet: quod spacium olim XXX. dierum, post ad bimestre demũ, à Justiniano ad trimestre spacium productum est. *l. 2. & 3. C. de usur. rei jud.* & plane cum confessus pro judicato sit, & si debitor secum litem contestari passus per judicem condemnatus fuerit, tantum temporis ad solvendum habet, summa ratio est, ut ei bonam fidem agnoscenti, & parato solvere, sed dilationem petente, idem spacium indulgeatur, quamvis Dd. communius putent, hoc situm esse in arbitrio judicis. Hæc de obligatione pura.

De obligatione in diem ait Justin. quod ita promissum est, deberi quidem statim, sed peti non posse, prius quam dies venerit. Nimirum † quia in hac specie obligationis, cessit dies, id est incipit res deberi *d. l. 213. de V. S. & in l. centesimus 46 in pr. h. t.* obligationem quidem præsentem esse, sed in diem delatam solutionem. Et hoc in confesso est: sed non æque quod sequitur, non peti posse antequam dies venerit: In diversas enim hic sententias iverunt Ultramontani & Citramontani: hi nec natam quidem actionem esse, illi natam quidem, sed necdum in judicio efficaciter moveri statuerunt: quorum sententia vera est: hac ratione solida, quod posita obligatione habili tamquam causa, necesse est poni actionem tamquam effectum: atquin obligationem natam esse coguntur fateri omnes. ergo etiam actionem poni & natam esse oportet. Alia ratio est, quod qui præmature & male agere dicitur, hic non agit sine actione. Atqui in agens ante diem præmature & male agere dicitur *l. un. §. ult. quand. dies ut ufr. ced. arg. l. liber 118 §. 1. h. t.* Ratio majoris est: quoniam qui nudam habet actionem, si movet aliquid in judicio agit nulliter, & quidem citra periculum, ut dicemus *in §. si quis agens 33. infr. de actionibus.* Sed quia ante diem agebat, id faciebat cum periculo plus petitionis, & nisi clausulam adderet, *cujus pecunia dies venisset*, causa cadebat, ut eo loco dicemus: & hinc Justin. *in §. temporales 10. infra de except.* agenti ante diem, exceptionem dicit obstare, quæ præsupponit actionem. Et facit, quod alias contra hunc text. junct. *§. sub cond. 4. infr. h. t.* nulla futura pene esset differentia inter obligationem conditionalem & ex die, si ex hac necdum actio esset. Et denique facit hæc ratio: Quod quæ est obligationis conditio, cui cum initio esse pura, postea dies adjectus fuit: eadem videtur esse conditio obligationis, quæ habuit initio diem, *argum. d. §. 10. de except.* in qua hi casus comparantur: atquin illo casu nata est actio. Ergo & hoc. Et sicut si obligatio contracta sit usque ad diem, adveniens dies actionem non perimit, sed tantum facit, ut per exceptionem elidatur *§. seq.* ita quoque dies adjecta obligationi tamquam terminus à quo, non videtur efficere, ne nascatur actio, sed tantum, ut intentata excludatur. Neque obstat, quod quibusdam textibus legimus ante diem peti vel agi non posse, velut *in l. certi 9. inf. prin. de reb. cred. l. quoties 24. de oper. libert. l. existim. 98. §. 1. l. liber. 118. §. 1. hoc tit. l. 7. §. 1. si in diem 14. Quib. ex caus. in possess.* quoniam intelligitur non posse agi cum effectu ut exactio & condemnatio quoque sequatur, sicut in obligatione pura; non autem inde efficitur, non esse natam actionem. Nam & *in l. Iulianus 13. §. offerri 8. de act. emp.* dicitur non esse actio, quam constat ubique natam esse. Non obstat etiam, quod *in l. interdum 73. in princ. h. tit.* ubi agitur de stipulatione quæ ex re ipsa capit delationem & respondetur, *tunc incipere actionem*, &c. ita ut & diem antecedere negari videtur. Etenim particula *tunc*, non est captanda, sed commode explicanda, vel potius, cum utique falsum sit, quod in obligatione in diem non cesserit dies (quod principiis juris repugnat) responderi debet, confusim ibi proponi varia exempla, quorum omnium non est eadem ratio: Omnia quidem hoc habent, ut dilationem habeant, sed non eandem: sed in quibusdam est conditio, in quibusdam conditio, simul & dies: promissio enim operarum tacitam habet conditionem, si fuerint indictæ: & promissio fructuum futurorum, (ut & suprà diximus *ad §. ea quoque 7. de legatis*) diem habet, *cum nascitur*, & conditionem, *si nascentur*, promissio autem de solvendo in alio loco, habet tacitum diem *§. loca 5. infr. h. t.* secundum quæ, prædicata *d. l. 73.*

h.t. commode ſunt applicanda. Poteſt etiam obji-ci, quod ſi quis promiſerit factum; veluti, domum ædificari, ineſt tempus & dies, intra quod ædifica-ri domus poteſt: & tamen ante non poſſe agi, quin nec eſſe natam actionem probatur ex *l. ſi ita* 14 *& l. exiſtimo* 78. *h.t.* Aut dicendum eſt propria-am eſſe rationem facti, quod eſt incertum, quo quanto tempore expediri poſſit, cum nec parum interſit à quo factum ſit promiſſum: cum alius alio citius facere poſſit, ut hactenus ſimul hoc ſa-piat naturam conditionis: aut iſta quoque loca explicanda ita ſunt, ut ſuperiora, & quod cum effe-ctu ante non poſſit agi. Sed hæc ad iſtam quæſtio-nem ſufficiant. Super eſt *hoc* §. quod Juſtinianus ait, ſi obligatio habeat diem, nec ipſo die quidem, in quem collata eſt ſtipulatio, peti poſſe. Hic equi-dem locus expreſſe ſatis oſtendit, quod dicitur peti non poſſe, de effectu accipiendum eſſe: cum dubi tari non poſſit, quin ſit nata actio. Fit autem iſtud ex ratione, quam ipſe ſubjicit Juſtinianus, quia nō poteſt conveniri, niſi qui tempore præfinito non ſolvit: atquin antequam dies dicta exiit, necdum poteſt dici debitor eo die non ſolviſſe: ſiquidem totus dies relictus eſt debitori, cuius vel extremo quadrante horæ adhuc ſolvi poteſt. Neque ob-ſtat, quod in *l. liber.* 118. §. 1. *h.t.* reſpōſum eſt, ſi quis promiſerit ſe hodie ſoluturum, eo ipſo adhuc die poſſe: nam, quod ipſe reſpondit JCtus, verbum *Ho-die* non facit ut obligatio habeat diem, ſed cenſetur eſſe obligatio pura, perinde ac ſi quis ſtatim vel ſimpliciter ſe daturum promiſiſſet.

TEXTVS.

3. At ſi ita ſtipuleris: Decem aureos annuos, quo ad vivam, dare ſpondes? & pure facta obligatio intelligitur, & perpetuatur: quia non poteſt deberi ad tempus: ſed hæres petendo, pacti exceptione ſubmo-vebitur.

COMMENTARIUS.

1 *Quomodo hæc obligatio ſit pura.*
2 *An & quomodo ſit una.*

DIES adiicitur, vel per modum termini à quo, de quo *in* §. *præced.* vel per modum termini ad quem, de quo hic tractatur: quod proponitur ſub exemplo ſtipulationis *Annui*, quo ad vivam: nam ſi ſimpliciter quis ſtipuletur centum quo ad vivat, ſemel tantum debentur regulariter, & pura intelli-gitur eſſe ſtipulatio *l. cum qui* 56. §. *qui ita* 4. *h.t.* Idem autem erit, ſi ſtipuletur annua centum uſque ad decem annos præſtanda. Ita jus eſt in ſervituti-bus, ut cum prædium afficiant ipſo jure ad tem-pus conſtitui non poſſint, ſi tamen ita conſtitutæ ſint, æquitate conventionis per exceptionem de-fendatur prædii ſervientis dominus *l. ſervitutes* 4. *de ſervit.* Idem hoc de obligatione ad tempus con-ſtituta reſpondetur, & *in l. obligationum* 44. § 1. *de obl. & act.* quod certis modis deſinat aliquid deberi, inter quos tempus non eſt, nec adeo poteſt ipſo jure tollere obligationem. Quid autem interſit, an ipſo jure tollatur obligatio, an per excepti-onem, tractabitur *infr. hoc lib. tit. ult.* Sed cur non placuit, tempus eſſe modum tollendæ obligatio-nis? An forte quia temporis adjectio in libero eſt arbitrio contrahentium, ut vel breve vel longum adjiciant: noluerunt autem LL. ab arbitrio pri-vatorum pendere modos tollendi obligationem: an quia tempus nihil ponit, nec adeo eius adven-tus poteſt perimere obligationem, ut notat *Paruus hic*. Ait porro Juſtin. hanc obligationem, de 10. aureis annuis, eſſe puram. Et cum igitur in §. *præc.* obligationem † puram diſtinxerit ab ea quæ diem aut conditionem habet, efficitur, iſtam obli-gationem nec diem quidem habere. At quomodo! utique enim ſingulis annis tantum poterit petere decem. Et an igitur intelligit obligationem in pri-mum annum? Id omnino neceſſum eſt affirmare: neque enim circa contradictionem fieri poteſt, ut obligatio ſit pura, & tamen petitio in ſingulos an-nos differatur. An forte eo pertinet, ut ſingulis annis obligatio cenſeatur pura hoc effectu, ut ſta-tim cujuſque initio anni poſſint decem peti. Aliat quomodo & quo reſpectu pura dicatur obligatio, ego non intelligo: durius enim eſt, quod Bar ideo eam puram dici ait, quod non firmatur ad-ventu diei: hoc enim exprimit Juſtin. dū ait, eam perpetuari. Id tamen, & quod initio anni peti poſſit, non probatur *ex l.* 1. *Cod. quand. dies leg. cent. Hoc ſemel* 12. §. 1. *D. eod.* utrumque hactenus legati & ſtipulationis eandem rationem eſſe ſta-tuamus. Neq; enim ſi dies cedit initio anni, quod illis locis probatur, protinus ſequitur, poſſe etiam tum peti: ſiquidem aliud eſt ceſſiſſe diem, aliud veniſſe *l. eadem* 213. *de verbor. ſignificat.* & in omni obligatione in diem, ſtatim ceſſit dies, id eſt, debe-tur, ſed nondum peti poteſt, ut eſt in §. *præced.* Et quod in *dd. textib.* dicitur, eo pertinet, ut legatarius

post annum cœptum decedens transmittat ius petendi in hæredem, quod obtinet in omnibus legatis in diem *l. si post 5. & passim. quand. dies leg. ced.* Ita' que errare videtur Acc: dum hac in re differentiam statuit, an quid legatum vel promissum sit in annos singulos, an annis singulis: ut altero casu, & sc. priori, dies cedat anni initio, posteriori demum sub finem anni, citans ad hoc §. *ult. iosr. de inutilibus stipul. cum l. l. qui hoc 42. h.t.* ubi dicitur, cum qui stipulatus est, *hoc anno dari*, non posse petere, nisi anni omnibus partibus præteritis. Neque enim ex eo inferri potest, etiam diem demum cedere præteritis omnibus anni partibus; siquidem ut sæpe dixi, in quavis obligatione in diem, statim tedit dies, sed petitio differenda est. Et adeo liquet detur quod in obligatione in annos singulos concepta initio anni cedat dies, non tamen inde, peti quoque initio anni posse, & obligationem puram esse inferri potest. Verum si admittimus autoritatem Justiniani, qui affirmat h §. obligationem esse puram, oportebit fateri, differre stipulationem in annos singulos, ab hac, *annis singulis*. Etenim hæc non est pura, cum demum sub exitum anni imo toto demum elapso anno peti possit. Atque hactenus nec dum erit differentia inter legatum & stipulationem: nam & de legato in annos singulos responsum est, primi anni esse purum: nec enim facile dixerim, respectu legati conditionalis: cui *in d.l.* 4. opponitur legatum purum, etiam legatum in diem purum appellari posse: nec puto existare exemplum, ut obligatio in diem pura fuerit appellatio: & huic equidem loco & §. minime ista convenerit explicatio in quo, ex professo distinctio obligationis in puram, & quæ conditionem vel diem habet, traditur: Et ista statuemus, ubi quod promissum est in singulos annos, & statim, & initio quoque cuiusque anni, summam promissam protinus peti posse: atque hactenus nihil interesse, an quis in annos singulos simpliciter, an vero, quoad victurus sit, fuerit stipulatus, nisi quod illo casu efficaciter quoque in hæredes trāsit stipulatio, ut nec repelli per exceptionem possint: *l. Stichum 16. §. 1. h.t.* qua in re legata & stipulationes differunt: & creditur testator, quod verbi causa Titio in singulos annos (non addito, quoad vivat) legavit, soli Titio præstari voluisse, non hæredi eius *d.l. 4. de ann. legat.* at qui contrahit, in dubio quoque suis hæredibus prospicere voluisse præsumitur, *l. si pactum 9. de probationib.* quamvis sane *gl. in d.l. Stichum 16. §. 1. h. tit.* neget jus exigendi efficaciter transire in hæredes, sed perpetuam dici eo sensu, quo & hic, ut tamen exceptio obstet hæredi, quod & magis ibi Bart. probat *l. sancimus §. ult. Cod. de donat.* ubi tum demum transitus in hæredes fit, si eorum sit expressa facta mentio. Et differet nihilominus ita à legatis, quoniam cum in his ita observetur, ut sequentium annorum legatum censeatur conditionale, *l. 4. de ann. leg.* non potest ullo modo actio in hæredem transire, nec 2 ipso jure ei competere. Additur † in *d l. Stichũ* 16 §. 1. *h.t.* stipulationẽ in singulos años esse unam, & idem *in l. Senatus* 35. §. *ult. de mort. caus. donat.* ubi quoque Dd. hic & *in d.l.* 16. communiter aliud esse in legatis putant pet *l. cum in* 10. *Quand. dies leg. ced. l. cum in 4. de ann. legat.* quibus locis dicitur plura esse legata. Hottom. vero ait non posse semirari satis, quid in mentem venerit iis, qui ita distinxerint & respondet *ad d l. 16. §. 1. h.t.* ibi agi de stipulatione transitoria in hæredes, non vero, de ea, *Quoad vivam*, quæ in h. §. proponitur. Ego vero miror judicium Hottomanni. Nam 1. ut dixi, dubitatur quo sensu *in d. l. 16.* dicatur perpetua stipulatio: & maxime ut Br. disputat, si promissum sit homini tenuioris fortunæ, censebitur pro alimentis promissum. Deinde & magis cum stipulatio hæc *in singulos annos quo ad vivam*, ipso jure sit perpetua, & objectio exceptionis ipsius essentiam non variet, non animadverto, quæ res facere possit, ut hæc potius sit multiplex, quam illa simpliciter cõcepta *in annos singulos*. Neque juvat Hottom. quod *l. oblig. 44. de obl. & act.* legata & stipulationes comparantur. Non enim comparantur in isto de quo quærimus, sed quod si legatum quid ad tempus sit, nec hoc quidem desinat tempore deberi. Cæteroquin hactenus speciale esse in hoc legato annuo, quod actio nullo modo transeat in hæredem, docet *d. l. 4. de ann. legat.* Et recte itaque Dd stipulationem hujus §. statuunt esse unam. Sed non est expeditum, in quo consistat effectus huius rei & unitatis. Apparet, non nullum esse huius tractationis effectum: cum non uno loco hanc rem, an una an plures sint stipulationes, tractarint JCti, ut in *l. scire 29. l. pluribus 140. in prin. & §. 1. de verb. obligat.* & strictim quoque eius rei memio est *in l. 1. §. 5. l. ubi 75. §. pen. l. Titia 134. §. ult. h.t.* A conceptione verborum non potest sumi decisio, nam & hoc modo legatum unicum esset: aut an fingimus testatorem in singulos annos legatum repetiisse? Accurs. *in d.l. 16. §. 1. h.t.* reddit rationem, quoniam una nascatur actio: sed & pro legatis est una actio ex

testamento: nec potest dubitari, quin etiam ex causa stipulationis singulis annis sit seorsim agendum JCtus *in d.l.* 4. *de ann. leg.* ait primi anni legati purum esse, sequentium conditionale. Atquin possunt esse plures stipulationes, ut tamen nulla ex illis sit conditionalis. Et hoc tamen respectu & ad hunc finem videntur JCti plura voluisse esse legata, nec alias in hæredem transmitteretur legatum: quoniam exceptio pacti vel doli quæ obstat in nostro casu stipulatori, non eadem ratione objici potest legatario: ut proinde ita disponendum fuerit, ne actio penitus hæredi competere posset. Itaque legatum tale & purum est & conditionale: atque ita non unum: secus in stipulatione. Tum etiam eo pertinet hoc, plura esse legata; quod singulis annis spectatur conditio & qualitas personæ, veluti si servus cui ita legatum est, post annum unum aut alterum consequatur libertatem ipsi annuum debebitur *l. nec semel* 12. §. 2. *quand. dies legat.* quod dicemus secus esse in stipulatione *argum. l. si filius f.* 78. *h. t.* & ita *in l. Senatus* 35. §. *ult. de mort. caus. donat.* cum stipulationem dixisset JCtus esse unam, istius rei hunc effectum subjicit, ut semel inspiciatur ejus conditio cui facta est promissio. Et ita quoque quo ad tollendam obligationem & alia id genus stipulatio hæc habebitur pro una. Non tamen crediderim, simpliciter & absolute legata plura intelligi, sed etiam aliquo respectu unum legatum dici posse, sicut ex adverso aliqua etiam pluralitas in stipulatione hac considerari haud dubie poterit. Sed satis est opponi in quibusdam hac in re stipulationem & legatum, & suis modis hoc multiplex, illam, unam appellari. Sed de ista re plus satis. Unum addendum est: Scribit Hottom. quod tempus non sit modus tollendæ obligationis, pertinere ad obligationes, quas jus civile constituit, non ad eas quæ sunt juris gentium: itaque commodatum, depositum, mutuum, conductionem, ad tempus, constitui posse. Quod haud scio an satis subtiliter dicatur. Nam 1. commodatum & conductio, hoc habent essentiale ut ad tempus constituantur: itaque & tempus proprie loquendo non tollit obligationem: 2. Quod mutuum & depositum attinet, magis ibi quærendum esset, an tempus sit modus inducendæ obligationis. Sed enim dicendum est, obligationem nasci, ex numeratione & traditione rei. Itaque protinus posse agi ad restitutionem: sed creditor, qui mutuum dedit, ut debitori ad tempus liceret uti pecunia (nam in depositario secus est) si maturius petat, communi jure repelletur pacti exceptione.

TEXTUS.

4. Sub conditione stipulatio fit, cum in aliquem casu differtur obligatio, ut si aliquid factum fuerit, vel non fuerit, stipulatio commmittatur: veluti si Titius consul fuerit factus, quinque aureos dare spondes: Si quis ita stipuletur, si in Capitolium non ascendero, dare spondes? perinde erit, ac si stipulatus esset, cum moreretur, sibi dari. Ex stipulatione conditionali, tantum est spes, debitum iri, eamque ipsam spem in hæredem transmittimus, si prius quam exstet conditio, mors nobis contingat.

COMMENTARIUS.

DIctum est de obligatione pura & in diem, sequitur conditionalis. Licet autem paulo pinguius loqui, insuper habita illa subtilitate, quod stipulatio contractusve dicatur conditionalis, non obligatio: agnosco enim verum esse, non posse quem sub conditione obligatum esse; quia implicat contradictionem, esse obligationem, & obligationem adhuc pendere, & nec dum extitisse: & constat pendente adhuc conditione, nec *natam* esse obligationem. Etenim nec dum venit, nec cessit dies *l. cedere* 213. *de verb. sign.* id est, nec dum quidquam debetur, sed ut *in fi* §. ait Just. spes est, debitum iri. Conditio autem est vel potestativa, vel casualis, cujus hic *in prin.* tantum fit mentio. Et conditio rursus concipitur vel negate, vel affirmate. Si circa impossibile objectum hoc modo fiat, obligatio statim nulla est, si vero illo modo, statim pura est, cum conditio nullum possit operari effectum, *l. impossibilis.* 7. *h. t. cum l. seq* de quo *in* §. *si impossib.* 10. *infr. de inutil. stip.* Quod si negative concipiatur conditio circa rem potestati nostri subjectam, duo occurrunt casus, quod aut adjicitur personæ stipulantis, *si non ascendero Capitolium, centum mihi dabis?* aut personæ promittentis, verbi causa, *si Capitolium non ascenderis centum mihi dabis?* Priorem casum hic Justinianus tractat, & respondet perinde esse, ac si stipulatus esset sibi dari cum morietur, quia ante esse certum non potest, Capitolium eum non esse ascensurum: itaque hæredi ejus demum actio dabitur: quod secus est in legatis; legatarius enim cre-

creditor statim agere potest oblata cautione Mutiana, se non ascensurum, & si ascenderit, quod accepit, restituturum, *l. Mutiana. 7. in prin. de condit. & demonstr.* quæ cautio non admittitur in contractibus: imputet enim sibi, qui hanc adjecit conditionem, ut adjicere passus fuit, cum nec aliter contracturus & promissurus fuisse præsumatur aliter, quam ut demum hæres stipulantis agere posset: adeo fieret promissori injuria si statim exigeretur. Testatori autem satisfieri intelligetur, modo ne contra conditionem pereetur. Et hanc opinionem, quod in contractibus non sit locus cautioni Mutianæ, sed tantum in legatis, communem testatur *Porcius hic.* ubi & hanc addit rationem, quod alias plane inutile foret legatum, si nec legatarius vivus illud petere posset: cum legati conditionalis spes non transeat in hæredem.

In altero casu, ubi conditio collata est in personam promissoris eodem modo respondetur *in l. ita stipulatus 115. §. 1 h. tit.* si ita stipulatio concepta sit, si Capitolium non ascenderis, centum dabis? non posse statim agi, ubi promissor cum posset, Capitolium non ascendit, sed ubi constat, Capitolium eum ascendere non posse. Quod cum demum certum fiat, ubi moritur stipulator, perinde erit ac si quis promisisset, cum moreretur dare: itaque demum ex hac stipulatione contra hæredem promissoris poterit agi. Quod si conditio in dando posita fuerat, veluti si hominem non dederis, distinguit Papinianus *in d.l. 115. de verbor. signific.* an stipulatio cæperit à conditione et veluti, *si hominem non dederis, centum dabis?* ut tum idem sit, quod in casu priori: arrita, *Hominem dabis, & si non dederis, centū dabis?* ut tum agi possit, statim ubi homo dari potuit, nec datus fuit, ex verosimili mente contrahentium, qui utique statim hominem, aut pœnam, dari voluerunt.

Supereſt hoc §. quod Justin *in fin.* air, spem ex conditionali obligatione in hæredem transmitti, ita ut mortuo ante conditionem existentem stipulante, hæres agere ex stipulatione, quandocunque post existente conditione possit: idem *in §. pen. vlt. infr. de inutil. stipul.* ubi additur, idem esse ex parte promissoris: ut nimirum si moriatur ante eventum conditionis, ubi post existit conditio, contra hæredem ejus possit agi *l. si quis 57. h. tit.* quod eum & ipse hic scribat Hottoman. miror quomodo *a principe. §.* quod scribit verum esse possit, speciale id esse in contractibus bonæ fidei, ut hæres conditionalis debitoris maneat obligatus, vel obligetur, post existente conditione ex *lib. necessario. 8. in princ. vers. quod si, de peric. & comm. rei vendit.* esse enim hoc generale ex *dict. §. pennlt. dict. l 57. hoc tit.* apparet. Atquin cum constet jure veteri obligationem ab hærede & contra hæredem incipere non potuisse, & pendente conditione constet nullam adhuc esse obligationem, qui fieri poterit, ut obligatio in hærede, descendat? Ratio communiter redditur, nec alia videtur reddi posse, quod conditio quandocunque existens retrotrahatur ad tempus contractus.

Atquin obstat, quod si ita esset, legata quoque conditionalia præmortuo legatario, transitent ad hæredem: quod contra est, *lib. 4. Quand. dies leg. ced.* Et igitur illa propositio de retrotraditione tantum in contractibus non etiam in legatis locum habebit. Cujus diversitatis rationes inquirendæ sunt: Et hæ fere afferuntur: quod quisque pacisens etiam intelligatur velle prospicere hæredibus suis *l. stipactum 9. de probat.* legata autem propter merita dantur certis personis, quæ merita non sunt in hæredibus: item, quod per conditionem adjectam legatum, debilitetur, ut non possit transire in hæredem: contractus autem ex ipsis robur habent: & contractus licet conditionaliter conceptus, retractari tamen alterutrius voluntate non potest, ut ad tempus ejus omnia merito referri debeant: & in legatis inhæremus simplici voluntati & verbis defuncti, qui post conditionis demum eventum dispositioni suæ esse locum voluit: quod rursus secus est in contractibus; ex quibus constitutis utriusque voluntate fortius jus adquiritur.

Forte dicerem etiam non inepte, si retrotrahenda esset conditio in legatis, deberet retrotrahi ad tempus institutionis. At hoc non recte fieret, quia hic non agitur de obligando testatore: aut etiam hærede ex veteri obligatione, sed hærede ex nova obligationis per quasi contractum: tempus autem aditione incertum est, nec ipse contraxit hæres revera; sed per aditionem quasi contrahere videtur: & placuit itaque spectari tempus conditionis existentis. Et hac consideratione etiam, qui sub conditione stipulatus est, licet ea adhuc pendeat, creditor dicitur *l. in cui. 42. de obligat. & action.* quia scilicet, quandocunque existens conditio etiam post mortem ejus, retrotrahitur: ut apparet ex oppositione legatarii *in d. l. 42* qui nihil transmittit: falsum autem perspicue est, quod Hottomannus respondet, *in d. l. 42.* conditionem jam fuisse commissam.

Et

Et quod ita dicitur de transmittēda in spe hæredem, communiter id & rectè referunt ad conditionem casualem: cæteroquin ubi in potestate fuerit implere conditionem debitori, ipsi imputandum, quod non implevit: cum etiam hoc conditio omnino ad personam videatur restricta: ut adeo post mortem conditio, nec existere quidem amplius possit *fac. l. quib. hared.* 44. *in pr. l. si ita* 69. *de condit. & demonstr.* Nec obstat *l. veteris* 13. *C. h. t.* quæ est de obligationibus faciendi. Non male adeo videtur limitari hæc sententia ab Hott. hic & Cujac. *in l. si quis* 57. *h. t.* ut secus sit, si conditio eodem modo ab hærede impleri possit, ut non videatur persona stipulatoris spectata & ejus solius factum: quod enim si conditio sit in dando.

Illud denique hic addendum & explicandum est, quid sit, *committi stipulationem*, qua phrasi hoc §. utitur Justinianus. Committere, inter alia etiam significat delinquere. Quo sensu, qui non solvit pecuniam die dicto, quo solvi debuit, pro re empta, committit in legem contractus, unde Lex vel pactum commissorium dictum. Et hinc etiam dicuntur cadere in commissum, quæ quis apud publicanos professus non est, *tit. de publicanis*, & committi in legem *l. non dubium* 5. *in pr. C. de legib.* Hoc sensu dicitur committere in conventionem vel legem stipulationis, qui conventis non stat: veluti si quis promiserit hominem dare, & si non dederit centum dare, si non solvat hominē, committit in conventionem, & tenetur ad centum, & ita dicitur committi pœna *l.* 4. §. *Catol. tit.* Inde factum, ut tropica locutione ipsa stipulatio committi diceretur *l. ita stipulatus* 115. §. 1. & 2. *h. tit.* eodemque sensu dicitur Mævio stipulatio, sive obligatio commissa *in l.* 1. §. *ultim. de stipul. serv.* ita enim ibi legendum, quod & Russardus adnotavit: quomodo & vulgatæ & veteres editiones habent, subinepte enim dicitur, *obligatio promissa*. Latius autem postea id usurpatum videtur, ut committi dicere-tur stipulatio, ubi vires habere incipit, ut ex ea agi possit, vel ut *in l. qui Romæ* 122. §. *Agerius de verb. oblig. & h.* §. ubi Justinianus ait, existente conditione committi stipulationem-

TEXTVS.

§. Loco etiam inseri stipulationi solent, veluti *Carthagini dare spondes*. Quæ stipulatio licet purè videatur fieri, tamen reipsa habet tempus adjectum, quo promissor utatur, ad pecuniam Carthagini dandam. Et ideo si quis Romæ ita stipuletur: *Hodie Carthagini dare spondes?* Inutilis erit stipulatio, cum impossibilis sit repromissio.

COMMENTARIUS

COnjungendum hoc est cum §. *omnis* 2. *sup. h. t.* ubi de obligatione in diem. Dies nimirum vel est expressus, de quo ibi dictum, vel tacitus, qui inest ex ipsa conditione stipulationis. Ita si quis promiserit puellæ impuberi dotem, notant Dd. inesse diem, ut tum debeatur, cum puella facta fuerit nubilis, *argum. l. qui filium, ubi pup. educ.* Ita locus adjectus juxta *hunc* §. facit, ut tacite insit dies, nec ante agi posse, quam elapso tempore quo ad locum perveniri potuit: quæ eadem ratio facit, ut in promissione de faciendo, insit tacite tempus, intra quod opus promissum effici possit, *l. si ita.* 14 *h. tit.* Et igitur juxta *hunc* §. stipulatio cum loco, re ipsa tempus adjectum habet, & ei tacite inest dies *l.* 2. § *qui ita* 6. *de eo quod certo loco.* & ex re ipsa dilationem capit *l. interdum* 73. *h. tit. junct. l. cum, qui* 41. §. 1. *l. continuus*, 37. §. *cum ita. eodem.* ubi eleganter dicitur, spatium & tempus, quod inest officio boni viri æstimandum: & quod adeo facit, ne pura fit obligatio, utcunque si externam formam & verba spectemus, pure facta videatur, ut hic ait Justinianus. Ex quo recte notat Wesenbecius, licet stipulatio sit contractus juris civilis, tamen recipere eam interpretationem ex mente contrahentium: ut actus potius & stipulatio valeat, quę nulla esset, si pro pura haberetur. Et tamen satis perspicue hoc intelligitur: nam qui Carthagini sibi dari vult, non hoc agit, ut protinus sibi detur: cum id ipsi naturæ rerum repugnet:

Si quis ita stipuletur.] Contractus vitiantur per adjectionem ejus, quod impossibile est, quod de conditione impossibili traditur *in* §. *si impossib.* 10. *infr. de inutil. stipul.* hic vitium est ab impossibilitate præstandi, *l.* 2. §. *qui ita* 6. *in fin. de eo, quod cert. loc.* & continetur impossibilis causa, ut ait Jurisconsultus *in l. si servus*, 141. §. *si inter.* 4. *h. tit.* ubi simul proponitur casus, quo causa impossibilis nō est, & ejusmodi stipulatio valet. Utrobique alia est ratio ultimarum voluntatum, ut ostendimus *supra ad* §. *hæres. de hared. instit. ex l. si quis ita*, 6. *de condit. instit. l. si mihi* 12. §. 1. *de legat.* 1.

TEXTUS.

TEXTVS.

6. Conditiones, quæ ad præſens, vel præteritum tempus referuntur, aut ſtatim infirmant obligationem, aut omnino non differunt: veluti ſi Titius Conſul fuit: vel, ſi Mævius vivit, dare ſpondes: Nam ſi ea ita non ſunt ſtipulatio nihil valet: ſin autem, ita ſi habent, ſtatim valet. Quę enim per rerum naturam ſunt certa, non morantur obligationem licet apud nos incerta ſint.

COMMENTARIVS.

1 *Conditio ſecundum dici.*

2 *Incerta quæ ad nos, ſed certa per naturam*: & ad l. 30. §. 6. de acq. hær. & l. 28. §. ult. de jud.

CONditiones aliæ ſunt vere tales, & ſecundum eſſe, quæ ſuſpendunt obligationem, de quib. ſupra, aliæ ſecundum dici (ut alibi Logici loquuntur) quæ formam tantum & figuram conditionis habent, non earum eſſentiam, eoque nec vim aut poteſtatem: quomodo licet in aliis terminis loquatur JCtus *in l. Cornelius. 69. de har. inſtit.* quod quędam habeant tantum figuram, quædam etiam vim conditionis. Ex illarum numero ſunt conditiones, quas exituras certum eſt, *l. ſi pupillus 9. §. 1 de novat.* & conditio impoſſibilis negative concepta, *l. impoſſibilis. de verb. obl.* item, de quibus h. §. tractatur, quæ ad præſens aut præteritum tempus referuntur, quæ non placuit habere vim conditionis *l. ſiqua 10. h. t.* ſed ſtatim perimere, aut non differre obligationem. *l. §. & l. conditio. 100. eodem tit.* ubi tamen paulo inſubtilius infirmari & perimi dicitur obligatio, quæ initio ſtatim nulla eſt: ſicut ubi re vera res ita ſe habet, ſtipulatio ſtatim tenet *l. cum ad 37. de rebus credit.* licet contrahentes ita ſe rem habere, vel non habere ignorent, *h. §. in fin. d. l. 37. & d. l. 120. h. tit.* Et eiuſdem ratio is eſt conditio, quam certum eſt, exituram, ut ſcilicet non faciat obligationem conditionalem, *l. ſi pupillus. §. 1. de novation.* Et hinc filius, licet putet matrem prægnantem, quæ prægnans non eſt, in ſolidum hæres eſt, &, ſi unus tantum ſit in utero, licet per naturam plures naſci poſſint, ex parte dimidia hæres eſt, *l. cum quidam 30. §. ſumm. 6. de acquir. her.* Quamvis inter hunc caſum, & qui hoc §. tractatur hoc interſit, quod nemo hominum ſcire poſſit, at unus, an plures in utero ſint: ſed an Titius Conſul ſit vel fuerit, vel an rex Parthorum vivat, licet contrahentes ignorent, alii tamen ſcire poſſunt & ſciunt, idque eſt, quod ait Juriſconſultus *in l. reſpiciendum. 38. de rebus credit.* reſpiciendum eſſe ad id, quod quantum hominum in natura ſit, ſcire poteſt: cæteroquin contra *d. l. 30. § 6. de acquir. hared.* obſtare videntur, *l. ſed & ſi 28. §. ultim. de indic.* ubi licet unus tantum in utero ſit, quia tamen plures & ad ſummum tres *argum. l. 3. in fin. ſi pars har. pet.* naſci poſſent, dicitur, filium non dimidiam, ſed tantum quartam debitoribus petere poſſe. Non ſatis hac in re Juriſconſultis convenire apparet ex *d. l. 30. §. 6.* ubi refertur diverſa Juliani ſententia, ſed dici poteſt, ſpeciale eſſe, ubi ad judicem venitur, & de probatione quæritur, qui interim dum res adhuc incerta eſt apud patres, ſententiam ſecundum id, quod in natura certum eſt, ferre non poteſt: quo etiam referendum eſt, quod tractatur *in d. l. 3. in fin. de petit. hared.* & adeo interim medium aliquod in etuſmodi terminis eligendum eſt: Et hic locum haberi poteſt, quod eſt *in d. l. 28. in fin. de indic.* non quod in rerum natura certum eſt, ſed noſtram inſcientiam reſpiciendam eſſe: ne alias pugnet cum *d. l. 30. § 6. de acquir. her.* cum *d. l. 38. de rebus credit.* & cum *h. noſtro §.* Etenim & in noſtris terminis, ſi ad judicem eatur, dum res adhuc ipſi incerta eſt, an videlicet Mævius vivat nec ne, non poterit ille pro alterutra parte ſententiam ferre: licet per ſe verum ſit, aut nullam, aut validam eſſe ſtipulationem: & proinde neceſſario expectandum eſt, dum de veritate conſtet: quo reſpectu admitti poteſt, quod Hottomannus tentat, videri ſtipulationi decem ineſſe, dum veritas inquiratur: utique enim interim inhibenda erit actio: cæteroquin ſi rei veritatem in ſe conſideramus, fatendum erit (ſi ita res ſe habet) & ceſſiſſe diem & veniſſe, & omnino puram eſſe obligationem: quod etiam hic & alii ſupra citati rectus eveniunt, qui negant differri obligationem omnino: quæ ſane in effectu differtur cum obligatio diem habet.

Et recte Johan. Faber hic ait, ſtatim poſſe agi, & ſaltem poſt in judicio terminum ad probandum peti: nec adeo poterit actor repelli per exceptionem: nec tempus duplicabitur, nec ex ratione juris veteris cauſa cecidit actor. Ex quo apparet non recte comparari hunc caſum cum caſu *l. 28. in fin. de indic.* Et omnino ibi tractatur de eo, quod revera præſens & præteritum non eſt, ſed

adhuc futurum eſt : ubi merito in ſcientia noſtra attendenda eſt, non natura rerum, cui omnia futura quoque certa ſunt : atquæ jam ſunt aut præterierunt, ea non tantum per rerum naturam certa ſunt, ſed etiam hominibus licet non omnino omnibus.

TEXTVS.

7. Non ſolum res in ſtipulatum deduci poſſunt, ſed etiam facta: ut ſi ſtipulemur aliquid fieri vel non fieri : & in huiuſmodi ſtipulationibus optimum erit, pœnam ſubjicere, ne quantitas ſtipulationis in incerto ſit, ac neceſſe ſit actori probare, quod eius interſit. Itaque ſi quis, ut fiat aliquid, ſtipuletur, ita adjici pœna debet, ſi ita factum non erit, tunc pœnæ nomine decem dare aureos ſpondes ? Sed ſi quædam fieri, quædam non fieri una eademque conceptione ſtipuletur quis, clauſula huiuſmodi erit adjicienda: Si adverſus ea factum erit, ſive quod ita factū non fuerit, tunc pœnæ nomine decem aureos dare ſpondes?

COMMENTARIUS.

1 *Pœnalis ſtipulatio.*
2 *An moveat obligationem.*

IN ſtipulationem veniunt & facta & res: h. §. ſpecialius verbo Rei ſumpto : quod alias & facta comprehendit, ut in definitione obligationis ſupra *tit.* 14 nisi quis reſpondeat, in locum facti ſuccedere intereſſe. Atutique factum eſt in obligatione & ejus præſtatione contingit liberatio. Ergo ſtipulationes ſunt, vel de dando, vel faciendo, *l.* 2. *in ſtr. nat. h. tit.* ubi rurſus Dare, aut ſumitur latius, aut verbum facere : nam & verbi cauſa, venditor recte promittit tradere fundum, qui tamen non obligatur ad dandum : autan tum mutatur qualitas obligationis venditi, argum. *l.* 25. §. 1. *de contrah. empt.* ſed magis contra eſt, per *l.* 4. *de uſuris.* & utique alia ratio eſt facti, foſſam fodere, Romam ire, quam eius facti, quod in traditione rei conſiſtit: quod Interpp. factum prægnans appellare ſolent. Et eſt inſignis effectus huius differentiæ: quod ad illud genus facti, ut res tradatur, recte agitur, veluti ex empto : ſed non itidem ad hoc genus, quod in nuda opera conſiſtit : verum hic, ſi debitor non faciat, per moram inducitur à jure tacita quædam novatio & obligatio ad intereſſe, quod ita evitatur, ſi ante litem conteſtatam reus factum præſtet, ut docet *l. ſi inſulam* 84. *h. tit.* & olim probavi *ad Tract. de verborum oblig. theſ.* 1.

Et de huiuſmodi genere factorum hic agi à Juſtiniano: vel hinc apparet, quod monet, ut ſtipulationi ſuper faciendo ſubjiciatur pœnalis ſtipulatio : quoniam cum nemo ad præciſe id faciendum cogi, nec extorqueri hoc poſſit ab invito, hoc ipſum, quod dixi conſtitutum eſt, ut ad intereſſe teneatur reus: cuius probatio cum & ſit difficilior, & factorum æſtimatio non una, ſed varia ſit, & Judex fere minoris id æſtimare ſoleat, velut docet *l. ultim. de prator. ſtipul.* hoc modo ſibi conſulit creditor, ſi in caſum non præſtiti facti ſubjiciat pœnalem ſtipulationem: quæ ita appellatur, quod in ea ſumma quam continet ſtipulatio poſterior, poteſt plus contineri, quam fuiſſet alias creditor conſecuturus, & quia per hanc ſtipulationem aſtringitur promiſſor inſtar cuiuſdam pœnæ, ut factum præſtet: cæteroquin eo ſenſu, quo pœnæ dicuntur irrogari delictis, iſtud non eſt pœna, ſed magis eſt æſtimatio quædam ejus, quod intereſt, in cuius locum ſubrogatur : qua de cauſa ab Interpp. vulgo intereſſe conventum appellatur: Et ex ratione *h.* §. iſta æſtimatio eſt partibus permiſſa; & jure exigitur, licet forte tanti non interſit, neque enim jam amplius quæritur, an interſit, ſed an tantum pœnæ nomine promiſſum ſit : modo ne in legis fraudem quid fiat : quod præſumitur fieri in obligationibus, ex quibus alias actio propria competit, ex uſuræ vel vetitæ, vel certa quantitate limitatæ ſunt : itaque traditio vera & vulgata eſt, quod huiuſmodi pœnales ſtipulationes in mutuo improbentur, tamquam factæ in fraudem uſurarum *arg. l. cum allegas.* 15. *C. de uſur.* Et recte Doctores communiter præſumi dicunt fraudem, ſi ſtipulatio pœnalis ſit adjecta debito quantitatis : quoniam hæc certa eſt. Subjici autem debat pœnalis ſtipulatio propter incertitudinem debiti, quod conſiſtit in facto. Illud vulgatum eſt, quod hic dum facta dicit Juſtinianus etiam intelligit, *Non facere*, & quæ in non faciendo conſiſtunt, ut ſubſit *l.* §. *fac.* §. *ſi uxor. ſup. de nupt. l.* 2. §. *item. ſ. h. tit.* alias iſta opponuntur *l. ubi* 75. §. *qui id. 7. h. t.*

De formula concipiendæ pœnalis ſtipulationis

nis resfatis liquide hic proponitur,& Juriſconſultis *in l. cum quod. 71. & in l. continuus. 137. §. pen. h.t.*

Illud autem quæſtionem habet non inelegantem; an per pœnalem ſtipulationem ſubjectam, prior obligatio & ſtipulatio novetur. Et hodie nō fieri novationem citra expreſſam conventionem & partium voluntatem,conſtitutum eſt *in l.ultim. C.de novationibus.*

Sed nec olim factam novationem verius eſt, cū nulla ſit ſolida ratio & conjectura, ob quam dicamus, partes omnino ab obligatione priore recedere voluiſſe, & poteſt in argumentum hic locus induci, ſi malit ſtipulator perſequi intereſſe, nec refugiat difficultatem probationis, quominus id faciat non impediri: Et aperte Juriſconſultus *in l. reſcriptum. 10. §. 1. de pactis.* oſtendit licet ſubjecta pœnali ſtipulatione obligationem priorem ſalvam manere. Nec obſtat *l. obligationum. 44. §. ult. de oblig. & actionib.* vel quia dicatur quaſi novatio fieri: vel quia novatio illa non fit ſtatim per ſubjectam ſtipulationem, ſed magis per moram in non faciendo commiſſam; poſtquam ſicut nulla ſtipulatione pœnali ſubjecta agitur ad pœnam: de quo plenius videndi Dd. *in d.l. 10. §. 1. de pact. & in ll. 44. de obl. & act.*

AD TITVLVM XVII.
LIBRI TERTII Inſtitutionum.

DE DVOBVS REIS STIPVLANDI & promittendi.

TEXTVS.

Et ſtipulandi & promittendi duo pluresve rei fieri poſſunt. Stipulandi ita: ſi poſt omnium interrogationem promiſſor reſpondeat, ſpondeo: utputa: cum duobus ſeparatim ſtipulantibus ita promiſſor reſpōdeat: utriq; veſtrum dare ſpondeo. Nam ſi prius ſpoponderit Titio, deinde alio interrogante ſpondeat, alia atq; alia erit obligatio: nec creduntur duo rei ſtipulandi eſſe. Duo pluresve rei promittendi ita fiunt: Mævi, decem aureos dare ſpondes? & Sei eoſdem decem aureos dare ſpondes? Si reſpondeant ſinguli ſeparatim, ſpondeo.

COMMENTARIVS.

1 *Reus quis dicatur.*

QUoniam ſingularia quædam occurrunt in duobus vel pluribus correis eiuſdem obligationis, viſum fuit Juſtiniano ſeparatim de his agere. Rei autem verbū hic Juriſconſulti noſtri uſurpant, ut etiam creditorem comprehendat, tum hic, tum & alibi, ut *in l. ſi duo. 34. in pr. de recept. arb.* & eodem ſenſu, reus ſatis accipiendi *in l. qui hominem 34. §. quidam. 8. de ſolut.* & ita videtur ſumi verbum *Reorum, in l. 5. verſ. conventionales de V.O.* Et hoc non ſine antiquitatis autoritate. Cicer. 2. *de orat.* Reos appello, inquit, quorū res eſt: & *eodem libro ſuperius*: Reos appello non eos modo, qui arguuntur, ſed omnes quorum de re diſceptatur: ſic enim olim loquebantur. Feſtus. Reus ſtipulandi eſt, qui ſtipulatur: & ſtatim. Reus nunc dicitur, qui cauſam dicit, aut quid debet: at Gallus Ælius ait, Reus eſt, qui cum altero litem cōteſtatam habet, ſive is egit, ſive cum eo actū eſt. Docet autem *h.pr.* Juſtinian. quomodo Rei ſtipulandi & promittendi conſtituantur. Nimirum ſi nuda verba conſideramus, ubi duo debent, vel duobus debetur, ſemper ſunt duo rei debendi aut credendi, verum alio ſenſu hic duo rei dicuntur, & pro duobus CONREIS, qui non duas ſeparatas obligationes, ſed unam tantum contraxerunt, ut dicitur *in text. ſeq.* Itaque requiritur etiam quædam unitas in ipſa forma ſtipulationis, juxta formulam hic propoſitam: ut nimirum duobus rogantibus, una oratione quis reſpondeat ſe daturum: quomodo fiunt duo rei ſtipulandi, ut promiſſor ſingulis in ſolidum obligetur. Rurſus, ut uni eadem oratione duos roganti reſpondeat illi duo ſe daturos: quomodo fiunt duo rei debendi, ita ut ſingulos in ſolidum obligatos habeat ſtipulator. Et ſunt iſta autem ita accipienda, ut his præcipue modis duos correos conſtitui, & ex ipſa formula ſtipulationis intelligamus: cæteroquin minime admittendum eſt, ſi hæc ita præciſe obſervata non ſint, non poſſe eſſe duos correos. Nam ſi quis ſtipulanti decem aureos ſpoponderit ſe daturum: & poſt alteri interroganti EOSDEM

Digitized by Google

DEM itidem respondeat, se *eosdem* daturum, non dubitarem esse duos Reos stipulandi; & tum vel maxime, si hoc actum sit, ut sint duo Rei, per *l. 3. in fin. prin. h. t.* Rursus minime præcise necessarium crediderim ad constitutionem duorum Reorum promittēdi, ut stipulatio vel interrogatio una oratione concepta sit: sed sufficere etiam singulos seperatim rogatos, respondisse se daturos: sicuti nec hoc necessum est, ut uterque reorum promittendi, eodem quasi puncto temporis respondeant, & intervallum inter utriusque responsionem non nocere docet *l. si ex 12. in pr. h. t.*

TEXTVS.

1. Ex huiusmodi obligationibus & stipulationibus, solidum debetur singulis, & promittentes singuli in solidum tenentur. In utraque tamen obligatione una res vertitur, & vel alter debitum accipiendo, vel alter solvendo, omnium perimit obligationem, & omnes liberat.

COMMENTARIUS.

DIximus hoc modo, qui proponitur *in pr. tit.* non duas distinctas obligationes, sed unam tantum constitui: id apertius probatur *h. §. & l. 2. h. t.* & nimirum, quod licet plures sint personæ tamen in singulis obligatio in solidum active & passive consistat, & proinde Justinianus duplicitatem personarum & formam externam respicit, dum ait, *in utraque stipulatione*, revera enim & effectu cōsiderata tantum est unica: sed cum utique verbi causa, duo promiserint, & uterque seorsim conveniri possint, oportet etiam duas hic considerari obligationes, quomodo & appellantur *in l. eandem. 9. §. ult. & in l. si reus. 13 h. t.* sed quæ tamen sint eiusdem potestatis *ad textibus*, & ut dixi, effectu, pro una; Ex quo duo effectus consequuntur, qui *h. §. & d. l. 2.* notantur. 1. ut quisque teneatur in solidum, & in solidum obligatum habeat reum promittendi. Ubi tamen communissime receptum est, ab isto jure esse recessum, per *Novell. 99.* & per eam correis debendi, beneficium divisionis esse concessum. 2. ut per unum ex correis credendi vel debendi, tota obligatio (quippe quæ penes singulos in solidum est) perimi, consumi, & tolli possit. Enim vero cum obligatio in solidum & effectu una in singulorum persona consistat, & una res debeatur: necessum est, ut præstita hac re per unum ex correis debendi, tota obligatio consumatur, & alter quoque correus liberetur. Et vice versa, cum quis correorum credendi jus in solidum quæsitum habeat, efficitur, ut ille & in solidum solus agere, debitum exigere, & accipere, atque ita totam obligationem consumere possit. *h. §.* non minus quam si omnino solus obligationem contraxisset. Ubi omnino errant, qui putant hoc tantum procedere, si debitum acceptum fit: cæterum per litis contestationem ab uno factam, necdum alterum esse exclusum.

Etenim cum solum agenti debitum fuerit, & super solido is actionem instituerit, & solidum in judicium deduxerit, fieri non potest, ut alteri integrum sit jus agendi. In utroque autem casu, & ubi an correus credendi exegit totum, & ubi unus correus debendi solvit totum, tractant Dd. tum an ille, qui totum exegit, partem cum altero correo communicare teneatur: tum an correus, qui totum solvit, à correo, cui ista solutio ad liberationem profuit, partem repetere possit. Et quæstiones istæ sunt diffusiores quam ut hic tractari debeant. In priori sane magis in promptu est negare extra casus singulares, quos tractat Bartolus *in l. reos 11. h. tit. n. 9.* quem sequitur Wesemb. *in parat. h. t. n. 7.* In posteriori communius receptum est, ex æquitate contra correum pro parte dandam esse actionem *l. 2. h. t.* quamvis contra hanc sententiam latissime disputet Ant. Fab. *lib. 11. coniect. 5. 1. & multis seqq.* ex stricta juris summi ratione.

TEXTVS.

2. Ex duobus reis promittendi alius pure, alius in diem, vel sub conditione obligari potest, nec impedimento erit dies, aut cōditio, quominus ab eo, qui pure obligatus est, petatur.

COMMENTARIUS.

UT sint duo correi, oportet rē unam esse in obligatione *l. si id 15. h. tit. & 9 prætod.* ut autem omnino utrobique eadem sit obligationis qualitas, necesse non est, ut docet hic locus, & *l. eandem 7. h. tit.* sicut nec impedit constitutionem duorū reorum, diversitas locorum in quibus solvere promiserunt. *l. eandem. 9. §. ultim. h. tit.* Et cur igitur impedit, si verbi causa conrentum est, ut alter culpam præstet, alter non præstet? *l. eandem. 9. §. 2. h. tit.* ubi hæc dicitur impari obligatio, quæ non possit

possit esse in duobus Reis, videatur autem & impar esse, ubi altera pura, altera conditionalis est obligatio, Johan. Faber hanc rationem reddit, quod hoc casu facile reducentur res ad paritatem adventu diei, vel existentia conditionis: sed imparitas de qua *in l. 9. §. 1. h.t.* fit perpetua. Et omnino culpam præstare, vel non mutat omnino qualitatem obligationis, ut unus strictius altero teneatur: quod non facit conditio, quæ existens eadem plane obligatione, alterum quoque constringit. Agit autem *h. t.* Justin. de duobus correis, qui constituuntur stipulatione, qui principalis & facilior modus est constituendi duos correos: cæteroquin ex causa aliorum quoque contractuum, etiam realium, posse constitui duos Reos, docet *l. eundem 9. h.t.* quo possit videri respexisse Justin. dum *in §. 1.* utitur verbo generali, *obligationibus*, quamvis videatur id statim explicare per verbum *stipulationibus*. Sed Cujacius, Contius & Hottom. malunt, *stipulationibus*, nimis superstitiose, & frivolo argumento, quod Theoph. scribat τοῦ ἐπερωτᾶν τὸν ἐπερωτᾶν. nec enim verba Justiniani eadem reddere propositum fuit Theophilo: & legendum esset, *stipulationibus singulis*, non, *stipulantibus solidum singulis*. Illud facilius admitto, ut in *d. §. 1.* pro *tamen* legatur *enim*, est enim quædam *αἰτιολογία*, sumta ab unitate rei, quomodo & apud Theoph. exstat.

beris, qui in potestate patris sunt, ex quibus causis adquirere possunt. Sed cum factum in stipulatione continebatur, omni modo persona stipulantis continetur, veluti si servus stipuletur, ut sibi ire agere liceat; ipse enim tantum non debet prohiberi: non etiam dominus.

COMMENTARIVS.

ELeganter *princ. huius tit.* expressit Theoph. hic οἱ ἐξ αὐτῶν ἐπερωτῶντες, ἐκ τῶν ἐπερωτωμένων οἱ πλείους. διατοῦτο χρεωκοπεῖ τις. ex quorum etiam persona instituuntur, de quo *sup. lib. 2.* dictum Nisi enim in persona servi subsistere potest, sed statim adquiritur domino: & tanto magis opus est, ut persona domini attendatur, quod stipulatio contractus est juris civilis. Ut tamen hoc non obstante naturalis obligatio inter servum, & qui cum eo contrahit nascatur *l. servi 14. de obl. & act.* (hic autem de civili obligatione quæritur) ubi insuper additur, liberari, qui servo manumisso pecuniam solvit: quod intelligendum est, si obligatio sit ex causa peculiari, & peculium servo manumisso relictum est *arg. l. si servum 32. in pr. de solut.* cæteroquin in præjudicium domini, cui ex contractu servi obligatio & actio quæsita est, solutio fieri non potest: aut intelligam *d. l. 14.* simpliciter de effectu solutionis, quo ad tollendam naturalem obligationem: nec enim ibi tractatur de jure & præjudicio domini.

Sed & hereditas.] Ratio dubit. quia diceret ex persona domini servum stipulari: respondet, quod hæreditas sustineat vicem defuncti & ita domini: de quo diximus *ad §. servus etiam 4. sup. de hered. instit.* quomodo hæreditas aut defuncti, aut etiam hæredis futuri personam sustineat. Addit autem Justin. *in plerisque*, nam & quædam cum defuncto expirant, & quæ facti sunt, ea repræsentare hæreditas non potest: ex quo negatur ulla possessio esse in jacente hæreditate *l. 1. §. Scævola, ff. ut. qui test. lib.*

Sive autem domino.] Quatuor modos stipulandi proponit, in formula & verbis stipulationis quibus utitur servus, impersonaliter, *centum dare spondes?* & personaliter: quod fit tripliciter, ut vel sibi, vel domino vel conservo, stipuletur, qui in ejusdem domini est potestate *l. sive mihi 15. h.t.*

Idem in liberis.] Eadem enim est ratio propter jus potestatis *l. quodcunque 45. in pr. de V. O. in pr. infr.*

AD TITVLVM XVIII.
LIBRI TERTII Institutionum.
DE STIPVLATIONE servorum.

TEXTVS.

Servus ex persona domini jus habet stipulandi. Sed & in plerisque hæreditas defuncti vicem sustinet: ideoque quod servus hæreditarius ante aditam hæreditatem stipulatur, adquirit hæreditati, ac per hoc etiam postea facto hæredi adquiritur. Sive autem domino, sive sibi, sive conservo suo, sive impersonaliter servus stipuletur, domino adquirit. Idem juris est & in li-

Digitized by Google

Quod cum ve qui in al.pot. Addit autem Justin. *ex quib. causis adquirere possunt.* nam in suis nulla est distinctio peculii: sed est in liberis, ut tractatum *sup. lib. 1 per quas pers. adquir.*

Sed cum factum.] Speciem hoc exceptionis habet ad *pr. hit.* quasi hic stipulatio in persona servi subsistat At enim revera exceptionem est: & nihilominus ex persona non servi sed domini subsistit stipulatio: & si servus prohibeatur ire agere, domino cuius interest, & actio datur. Itaque hactenus saltem persona servi spectatur, ut ipse facti citius exercitium habet, juxta mentem promissores, *fac. l. stipulatio* 38. §. *hi qui* 6. *sum seq. de V.O.* & hoc sensu, quæ facti sunt, transire in dominium negantur *l. qui haredi* 44. *in pr. de cond. & demonstrat.* Atque ita procedit, si diserte servus factum eundi agendi sit stipulatus. Quod si enim servitutem ipsam veluti iter, actum, in stipulationem deduxerit, verius est jus servitutis & consequenter eundi quoque & agendi ipsi domino adquiri, ut notat hic Acc. & probatur ex *l. si communis* 17. *h. t.* Recte igitur stipulatur servitutem servus ad fundum domini *d. l.* 17. nō tamen recte servitus talis servo legatur *l. etsi* 5. *de serv. leg.* ubi additur ratio, quod nihil possit recte legari servo, quod non ipse liber capere possit, *l. debitor* 82. §. 2. *de legat.* 2. cuius porro ratio est: quod id demum utiliter legatur, cuius dies in quemcunque eventum utiliter cederet. Atquin quod legatur servo, ipsi servo, præstandum est. si is die cedente esset liber: potest autem ante diem cedentem servus liber fieri, in quem casum legatum servitutis esset inutile. Et hinc, quod factum inhæret personæ servi, pendet ratio ad *l. antepen. h. t. l. servus* 10. *de oper. libert.* quod servus à liberto domini sui non potest SIBI stipulari operas, sed stipulatio est inutilis: quoniam hæ operæ servo præstari non possunt. Et hinc limitandum est, quod paulo ante dictum est, nihil interesse an servus imperso-naliter an domino an sibi stipuletur: ut procedat in terminis habilibus siquidem à liberto domini servus imperso-naliter aut adjecta persona domini utiliter stipulatur *d. l. antepen. h. t.* Illud perspicuum est quod de facto hic dicitur, intelligi de facto, quod est explicandum per personam servi, secus si sit explicandum per promissorem, veluti si servus stipulatus sit domum ædificari, quæ stipulatio tota adquiritur domino, quod hic Angel. notat.

* * *

TEXTVS.

Servus communis stipulando unicuique dominorum pro portione dominii adquirit: nisi jussu unius eorum, aut nominatim alicui eorum, stipulatus est: tunc enim soli adquiritur. Quo servus communis stipulatur, si alteri ex dominis adquiri non potest, solidum alteri adquiritur: veluti si res quam dari stipulatus est, unius domini sit.

COMMENTARIVS.

IN servo communi singuli dominorum habent partes non corpore divisas, sed intellectu & pro indiviso: itaque unus duas, alter tertiam partem in servo habere potest, pro quibus partibus etiam dominis adquirit *h. §. & l. servus* 5. *& l* 7. *h. t.* Idque ita si imperso-naliter aut sibi proprio motu stipuletur, & res non in specie unū concernat, & itidem utrique dominorum adquiri possit. Quod si enim jussu domini unius, aut uni nominatim stipuletur, huic totum adquiritur: Ita in universum casus quatuor sunt, quib. servus communis uni dominorum solidum adquirit, si jussu unius, si uni nominatim, si ex re unius (qui casus hic omissus supplēdus est et *l. si alienus* 19. *h. t.* & si rem quæ uni tantum adquiri potest, stipuletur. Adeoque fit hoc vel propter rei causæ aut formulæ stipulationis conditionem & qualitatem. Sub causa enim comprehendo duos casus, si ex re unius, & si ex jussu unius stipuletur. Rursus extra istas causas adquirit pro dominicis portionibus servus, si imperso-naliter aut sibi stipulatus sit: cæteroquin si sub propriis nominib. stipulatus fuerit dominis, pro virilib. portionibus non dominicis, singulis adquiri responsum est in *l. si communis* 37. *h. t.* Et quod hic de dominis veris & plene dominis dicitur proportionaliter etiā transferendum est, ad eos qui pro dominis habentur, veluti qui hominem liberum aut servum alienum possident fide bona, itemq; ad eos qui solum usumfructum in servo habent, qui solummodo ex operis servorum adquirunt & ex re sua; juxta tradita *sup. ad tit. per quæ pers. adquir.* Ait Justin.

Nisi jussu unius.] Si secutus jussum domino jubenti nominatim stipuletur servus res non habet dubium: Sed & si jussus ab uno imperso-naliter aut sibi stipuletur servus, verū est soli ei qui juffit, adquiri *l. si servus* 5, *in fin. h. t.* quoniam alias nihil operaretur jussum

juſſum, & etiam citra juſſum, ſi ſervus uni nominatim ſtipuletur, huic ſoli adquiritur: ſunt autem quodiſtincta membra, juſſu unius ſtipulari, & nominatim uni ſtipulari, & tantum operatur juſſum per ſe, quantum ſi citra juſſum uni nominatim ſervus ſit ſtipulatus. Sed quid ſi ſervus contra juſſum domini alteri domino nominatim ſtipulatus fuerit, uni adquiretur, & cujus potior ratio habebitur, an juſſionis an nominationis? Tractat hunc caſum Juſt. in *l.ult.C.per quas perſ.adq* ſed ita ut manifeſte ſibi contradicere videatur. Nam in prin. ait potiorem debere eſſe juſſionis rationem quam nominationis, adjectis rationibus, ne indulgeatur malignitati ſervorum, aut corruptioni alterius domini, qui iniquum ita ſibi captet lucrum. Sed ſtatim in *verſ. quod enim* probat potiorem eſſe rationem nominationis, quippe quæ plus, ut ait valere debeat, quam, ſterilis juſſio (ut Gothof. & Pac. editiones habent) vel, quam herilis juſſio: (ut editiones vulgatæ, itemque Ruſſardi & Pariſina habent) & removent objectionem, quod juſſio æquipolleat nominationi: cui reſpondet tunc id procedere, ubi ſervus nomen unius ex dominis non adjecerit. Quod ſi adjecerit, nominationem plus poſſe Interp. ut hoc concilient, alii *pr. I.* ad eum caſum reſtringunt, quo dominus ex re ſua juſſit ſervum ſtipulari: alii ad eum caſum, quo nominatim dominus ſibi ſtipulari juſſit. Quæ tamen verbis ipſius textus non ſatis conveniunt: maxime tum in *verſ. quod enim*, ejus quod præceſſit videatur velle reddere rationem Juſtinianus, & removere objectionem: quod & particula *enim* arguit: & tamen iſte verſ. plane deſtruit, quod ante dictum erat. Quæ ratio movit Baronem *dd. tit. ſupr. per quas perſ. adq.* ut pro *enim* ſubſtituerit *autem*. ſed nec ita evitantur illi ſcrupuli. & ego fere exiſtimo, locum eſſe corruptum: quem alii ſanandum relinquo.

Si alteri ex dominis non poteſt.] Quod ad omnes dominos non poteſt pertinere, id pro ſolido ad eum cui adquiri poteſt, pertinere, veteres comprobaverunt, inquit JCtus *in l. ſervum* 12. *de autor. tut.* ubi in pr. proponitur exemplum ſervi qui communis tutoris aut Titii, & aliquam rem à pupillo autore tutore accepit: ut videlicet adquiratur ſoli Titio: quoniam tutor in rem ſuã autor fieri non poteſt. Idẽ eſt ſi res ſit unius domini *h.* §. quoniam quod meum eſt mihi amplius adquiri non poteſt. Et hanc quoque ſententiam additio alio exemplo tradit JCtus *in l. proinde* 7. *in fin. h. t.*

AD TITVLVM XIX.

LIBRI TERTII INſtitutionum,

DE DIVISIONE STIPVlationum.

TEXTVS.

Stipulationum aliæ ſunt judiciales, aliæ prætoriæ, aliæ conventionales, aliæ communes, tam prætoriæ quam judiciales. Judiciales duntaxat ſunt, quæ à mero judicis officio proficiſcuntur: veluti de dolo cautio, vel de perſequendo ſervo, qui eſt in fuga, reſtituendove pretio. Prætoriæ ſunt, quæ à mero prætoris officio proficiſcuntur: veluti damni infecti vel legatorum: prætorias ſtipulationes autem, ſic exaudiri oportet: ut in iis contineantur etiam ædilitiæ: nam à juriſdictione prætoris veniunt. Conventionales ſunt, quæ ex conventione utriuſque patris concipiuntur: hoc eſt, neque juſſu judicis neque juſſu prætoris, ſed ex conventione contrahentium: quorum totidem genera ſunt, quot, pene dixerim, rerum contrahendarum. Communes ſunt, veluti rem ſalvam fore pupillo: (nam & jubet prętor, rem ſalvam fore pupillo caveri, & interdum judex, ſi aliter res hæc expediri non poteſt) vel de rato ſtipulatio.

COMMENTARIUS

Stipulationum alia.] Hæc diviſio ſumta eſt à cauſa efficiente, ut apparet ex ſingularum ſpecierum deſcriptionibus. Itaque non obſtat quod in *l. 1. de prator. ſtipul.* judiciales ſtipulationes conſtituuntur ſpecies prætoriarum: quia alio ſenſu ibi dicuntur judiciales, non ut hic, quæ juſſu judicis interponuntur: ſed quæ juſſu prætoris, huic ſimi, ut judicium ſit ratum: Itaq; & pariter alio ſenſu commu-

Digitized by Google

communes ſtipulationes hic & ibi appellantur. Poteſt hæc diviſio ad bimembrem dirigi, ſi dicamus, ſtipulationes interponi vel libera voluntate privatorum: quæ ſunt conventionales: vel autoritate judicis verbo in genere ſumpto: & hujus officio vel nobili, quæ ſunt prætoriæ, & ædilitiæ: vel mercenario, & quod ſubſervit actioni, qui judex dicitur pedaneus, quæ ſunt in ſpecie judiciales, vel utroque quæ ſunt communes. Et nimirum, ſi prætor ex cauſa aliquando ipſe cognoſcat, cautionem ipſius juſſu interpoſitam judicialem magis eſſe dixerim: quia ſungitur quodammodo partibus judicis pedanei, dum ipſe de cauſa agnoſcit & pronuntiat.

Judiciales, quæ à mero.] Apparet ex deſcriptione communium, judiciales eſſe, quas ſolus judex & numquam prætor ex officio jubet præſtari: Et itaque ſi fides habenda Juſtiniano hic & JCto *in l. 5. de verb. oblig.* oportet, ut cautionem & ſtipulationem de dolo numquam prætor juſſerit præſtare. Iſtius cautiones de dolo uſus fuit præcipue, cum reus ante ſententiam rem petitam offerebat: quo caſu cum eſſet abſolvendus §. *ult. infr. de perp. act.* petente actore cogebatur promittere dolum malum abeſſe, quem circa rem commiſſam petitor ſuſpicabatur. Sed & poſt ſententiam ei cautioni fuiſſe ex cauſa locum docet *l. ſi poſt* 18. *de rei vindicat.* Et huc etiam pertinet ſpecies *l. & eleganter* 7. §. *non ſolum* 3. *de dolo mal.* ex quo exemplum deſumpſiſſe videtur Theophil. De cautione perſequendi ſervi tractatur *in l. ſi à bono* 21. *de rei vind.* ut eum adeptus reſtituat, aut precium præſtet, ut hic additur & plenius Theoph. explicat.

Prætoria ſunt.] Refert duo exempla, Cautionis quæ præſtatur de damno infecto, & ſuper legatis præſtandis: de qua re ſunt integri tituli: *ut legat. nom. caus.* & *de damn. infect.* ſuper quibus quaſi per modum actionis prætor implicabatur, non autem ad judicem pedaneum (cum nec ulla eſſet ordinaria actio) negotium mittebatur, *l. actiones* 37. *in pr. de O. & A.*

Vt etiam ædilitia.] Ita & ſupra in § *prætorum* 7. *de jur. nat.*, ædilitia edicta fecit partem juris honorarii, non prætorii: differunt enim utique prætores & ædiles: itaque recte Hottom. Cujac. Cont. Ruſſardus; Baro, verbum *prætoris* hic delendum, & legendum cenſent: *nam & hæ à juriſdictione venisse*: quod ſcil. autoritate magiſtratus & juriſdictionis conceſſæ prætores & ædiles Edicta proponebant & defendebant: niſi quis à potiori, juriſdictionis prætoriæ mentionem factam putet, quo ſenſu recte dicitur, ſub prætoriis contineri & ædilitias: cæterum vox *prætoris* ab eſt & à *l. 5. de V. O.* imo Theoph. diſerte ſcribit, venire à juriſdictione ædilium: quod ſocordia interpretis & novi editoris non advertit. Porro ut hoc addamus ex ratione juris veteris facilis fuit diſtinctio ſtipulationum judicialium & prætoriarū, non ita & hodie, poſtquam ipſi audiunt cauſas magiſtratus, nullo dato amplius judice pedaneo. Sed hinc arbitror diſtinguendus, an ſtatim in principio litis an poſt litem conteſtatam debeant præſtari. Quod enim prætor ex officio nobili fieri jubeat, id utique fiebat nulla lite conteſtata: ſicut ex adverſo, quæ judex fieri jubebat, non niſi poſt litem cont. fieri poterant, & proinde cautiones judiciales, ante lit. cont. locum non habebant. Aut dicam magiſtratus aut conſiderari, qua talis, aut qua vicem pedaneorum judicum ſubeuntes, dum ſcilicet ipſi cognoſcunt de cauſis. Sed & differentiam faciunt ipſa negotia, ſiquidem petitio cautionis legatorum, aut damni infecti, talis eſt, ut litis conteſtationem nullam deſideret.

Conventionales.] Has *in l. 5. de verb. oblig.* JC. ait eſſe ex conventione *reorum*, quod verbum accipere videtur eo ſenſu, quo ſup. *de duob. reis* &c. Juſtin. repoſuit, *utriuſque partis*. Ab hac differentia, quod hæ ex arbitrio partium, illæ ab autoritate ſuperioris pendent, profluit & altera, quod conventionales pactis variari pro ut videtur contrahentibus poſſunt, at non illæ, ſed forma quam ipſe prætor edidit ſervanda eſt, ut docet *in convent. 52. de verb. oblig.*

Communes ſunt.] Hoc genus communium, quod & prætoris & judicis juſſa & officio interponantur, ſane ad ſpecies & exempla ſubjecta non eſt ſynonymum, ſed ἀπὸ τοῦ μᾶλλον magis. Nam regulariter & cautio rem pupilli ſalvam fore, & de rato in jure & juſſu prætoris qui conſtituit tutorem & judicē dat, interponuntur: Itaque cum ex potiori & eo quod regulare eſt, res quæque æſtimanda ſit, potuiſſent ſane iſta ſub ſtipulationes prætorias referri, quæ non niſi ſingulari caſu pertinent ad officium judicis pedanei. Et illa rem pupilli ſalvam fore, ſi in judicio incidenter controverſia pupillaris inciderit: vel forte debitor conventus à tutore, antequā ſolvat, ut tanto ſecurior ſit, hanc cautionem à tutore flagitat. De cautione rati controverſiam video moveri, & Cui. notat, verba illa, *vel de rato ſtipulatio* alicui abeſſe. Weſembecius mavult legi, *vel*

vel dupla stipulatio, quam inter communes refert JC. *in l. 5. de verb. obligat.* sed pertinepto utitur argumento Wesembec. quod *in l. 1. de prætor. stipul.* cautio de rato referatur inter judiciales. Equidem ibi dicitur esse caurionalis: Verum ut supra monuimus, longe alio sensu ibi judiciales dicuntur, & non à causa efficiente, sed quod ad firmitatem judicii spectant, quo sensu recte cautio rati vocatur judicialis, potius quam cautionalis, ut recte hic observavit Hottom. sed inde quo minus & jussu pedanei judicis imponi possit non sequitur. Et vero quid si cautio ista de rato omissa sit apud prętorē, aut si post demum de vitio aliquo mandati appareat, quidni judex possit jubere, ut caveatur? Quod quidem apertissima ratio suadet. Et frustra quis hic objecerit, quod procuratoriæ exceptiones non admittantur post litis contestationem, per *l. 4. C. de iurisdict. l. 13. C. de procurat. l filiusfam. 8. §. 2. D. eod.* id enim procedit, nisi alias sequatur nullitas judicii, ad quam evitandam exceptio pertinens usque ad sententiam opponi potest. Talis autem est exceptio contra mandatum, cujus defectus, & ubi falsus arguitur procurator, facit, ut nihil plane in judicium deductum intelligatur, ut docet *l. licet 24. C. de procurat.* de cuiusmodi terminis in illis textibus non tractatur. Interp. autem vulgo hic ineptiunt, qui hanc cautionem ideo communem vocant, quod & ab actoris & aliquando à procuratore rei interponatur: expresse contra mentem, Imp. qui à causa efficiente communem dicit, quatenus & à prætore & à judice præstari jubetur. Cæteroquin ignoscendum iis est, si quid peccaverunt in hac re cum differentiam judicis & magistratus ignoraverint.

quæ in rerum natura non est, aut esse non potest, dari stipulatus fuerit: veluti Stichum, qui mortuus sit, quem vivere credebat: aut Hippocentaurum, qui esse non possit, inutilis erit stipulatio. Idem juris est si sacram rem aut religiosam, quam juris humani esse credebat: vel rem publicam, quæ usibus populi perpetuo exposita sit, ut forum vel theatrum, vel liberum hominem, quem servum credebat esse, vel cuius rei non habuerit commercium, vel rem suam stipulctur quis dari. Nec in pendenti stipulatio erit ob hoc, quod publica res in privatā deduci, & ex libero servus fieri potest, & stipulator adipisci commercium potest, & res sua stipulatoris esse desinere potest: sed protinus inutilis est. Item contra, licet initio res utiliter in stipulatum deducta sit, si tamen postea in aliquam earum causam, de quibus supra dictum est, sine facto promissoris devenerit, exstinguitur stipulatio. At nec statim ab initio talis stipulatio valebit, Lucium Titium, cum servus erit, dare spondes? & similia quæ: enim natura sui dominio nostro exempta sunt, in obligationem deduci nullo modo possunt.

AD TITULUM XX.

LIBRI TERTII Institutionum.

DE INVTILIBVS STIPVLATIONIBVS.

TEXTVS.

Omnis res, quæ dominio nostro subjicitur, in stipulatione deduci potest, sive illa mobilis sit, sive soli. At si quis rem,

COMMENTARIVS.

1 *An promisso homine mortuo æstimatio debeatur.*
2 *Hippocentaurus.*
3 *Quid si stipulator solus vitium rei ignoret.*
4 *Res propria in stipulationem deducta.*
5 *Quid si res non sit in commercio saltem stipulationis.*
8 *Res se moventes, sunt mobiles.*

POst materiam stipulationis explicatum, contraria & vitia eius traduntur: ita tamen ut pleraque aliis quoque obligationibus sint communia: quibus ipsis firmandis quia stipulatio adhiberi solet, de stipulatione non incommode ista tractare visum fuit. Et nos quoque hanc rem in stipulatione tractabimus.

Primum vitium ſtipulationis hoc textu propo-
nitur ab objecto, & re quæ in ſtipulationem deduc-
ta eſt. Cujus variæ hoc textu proponuntur ſpe-
cies & exempla, quæ poſſunt reduci ad hæc capi-
ta, quod vel omnino non ſunt, nec futura ſunt:
vel ſunt quidem, ſed extra commercium ſunt: &
hoc vel omnimodo, vel ſecundum quid, & cum
relatione quadam, quæ eſt vel in ipſis rebus, quæ
verbi cauſa, ædibus junctæ ſunt, vel in perſona
ſtipulatoris, qui vel eorum incapax eſt, vel eas jam
apud ſe habet. De quibus ſigillatim videndum
eſt: quoniam non omnium eadem eſt ratio, nec
ubique eadem nullitas, & circa ſingula quædam
notanda & obſervanda ſunt. Primum genus re-
rum, quæ nec ſunt, nec eſſe poſſunt: abit in du-
as ſpecies, quod vel fuerunt, ſed amplius non
ſunt: vel nec fuerunt quidem unquam. Ex illa-
rum numero eſt ſervus mortuus, §. 1. *h.t. l.* 1. §. *ſi id*
quod 9 *de ob. & act. l. ſi homo* 69. *de verb. obligat.* ubi
videlicet nulla antea ejus cauſa ſupererat actio.
Quod ſi enim ſervus mihi debitus poſt moram,
vel ipſo jure & ex re (velut à fure) vel ex interpel-
latione contractam mortuus fuerit, recte eam de-
ducam in ſtipulationem *l. inter* 83. §. *pen. de verb.*
oblig iunct. l. promiſſor 21. *in princ. de conſt. pecun.* quo-
niam mora perpetuat obligationem, ut facit, ut
etiam homo mortuus peti poſſit *l. ſi ſervum* 91. §.
ult. de verb. oblig. extra hunc caſum ſi ſcientes, ſti-
pulationem contrahant ſuper ſervo mortuo, quæ-
1 ritur ab Interpretibus, an ſaltem † debeatur
æſtimatio: quod idem tractant, ſi res ſacra aut re-
ligioſa in ſtipulationem fuerit deducta. Et com-
muniter recte negatur, per hunc textum, qui
ſimpliciter inutilem ſtipulationem eſſe pronun-
riat: non eſſet autem inutilis, ſi vel æſtimatio
deberetur. Et male diſſentit Porcius hic, cuius
argumenta ſunt nullius momenti. Utitur 1 hac
ratione, quod hoc textu loquatur Juſtin. de eo,
qui ſervum putabat & credebat vivere: & mox de
homine libero & re ſacra, quem ſervum, &
quam profanam eſſe putabat: Sed inepte infer-
tur inde, fore utilem ſtipulationem, ſi vel ſtipu-
lans, vel uterque vitium ſciviſſent: ſed imo Juſti-
nianus ponit caſum magis dubitabilem, quo vide-
batur propter juſtum errorem utilis eſſe poſſe ſti-
pulatio: ut nec dubitandum ſit eſſe inutilem, ubi
vitium rei non fugit ignoratum. Deinde ut We-
ſembec. reſpondet, hic tantum tractatur de caſibus
quibus ob vitium in materia nulla eſt ſtipulatio,
itaque putandum eſt ignoratum eſſe hoc vitium:
Ubi autem ſciunt contrahentes, alia ratio inſuper
ſtipulationem inutilem facit. Et cur non ſtipu-
lati recta fuiſſent rei æſtimationem? & facit, quod
Juſtinian. *ſup. in §. non ſolum* 4. *de legat.* rei quæ
non eſt in commersio, legatum ſimpliciter in-
utile eſſe ait, ut nec æſtimatio debeatur. Ita quo-
que *in l. inter* 83. § *pen. de verb. obligat.* extra caſum
moræ, de quo diximus ſervi mortui ſtipulatio ſim-
pliciter inutilis pronunciatur, & *in l. domum* 61.
§. *ult. de contr. empt.* nullus hic dicitur contractus
quia uterque in dolo eſſe intelligitur. Et ita quo-
que reſponderi poteſt *ad l.* 1. § *ſi id* 9. *de obligationi-*
bus, & Action. cum & quod Accurſ. hic notat non
procedat argum. à contrario ſenſu, ſi abſurdus in-
tellectus ſequatur.

2 Rerum quæ ita eſſe † non poſſunt, ut nec
umquam fuerint, exemplum refert Juſtinianus
Hippocentaurum. Rudem vetuſtatem eos, qui
primum equos domuerunt, tamquam mixtos
hominibus equos credidiſſe perhibetur, & re-
fert *Iſidorus* 11. *Etym. pen. in fin. & Alciat.* 9. *Parerg.*
13. Plinius tamen *libr.* 7. *cap.* 3. vidiſſe ſe refert. Hip-
pocentaurum Claudii principatu ex Ægypto alla-
tum in melle. Sed quidquid eius ſit, iſta exerran-
tis naturæ monſtra curanda non ſunt, & *Cicer.* 2. *de*
nat. Deor. quis Hippocentaurum, aut Chimæram
fuiſſe putat.

Lucret. lib. 5.

Sed neque Centauri fuerint, neque tempore in
ullo.

Eſſe queat duplici natura & corpore bimo,
Ex alienigenis membris compacta poteſtas.

Quæ autem ita non ſunt, ut ex ordine natu-
ræ ſperentur futura veluti fructus, partus, ea
quin recte in ſtipulationem deducantur, non du-
bitatur.

Sequuntur res, quæ exſiſtunt, ſed ſunt extra
commercium, & quidem omnimodo, veluti res ſa-
cræ, ſanctæ, religioſæ, publicæ, liber homo: & Ju-
ſtin. *in verſ. Idem h.t.* idem juris eſſe ait, ut nimirum
inutilis ſit ſtipulatio *l.* 1 §. *ſi id* 9. *de obligat. & action.*
l. inter 83. §. *ſacram. de verborum obligationibus*, quip-
pe ex ſtipulatione naſcitur actio & obligatio dandi
l. ubi 75. §. *ult. de verb. obl.* quo etiam omnes con-
tractus tendunt, ut dominium aut ſaltem jus usu-
capiendi in rebus adquiramus, & omnino oportet
res eſſe alienabiles, cuiuſmodi hæ non ſunt. Et
quidquid etiam putet Porcius licet inter ſcientes
ſtipulatio fiat, tamen nec æſtimationem deberi ve-
rius

a rius est. Sed plus dubitationis † habet, si stipulator ignoret, & promissor sciat conditionem re, an non stipulatori competat actio ad interesse, propter dolum promissoris. Et ita quidem in venditione obtinet, ut hactenus videatur, tenere venditione obtinet, ut hactenus videatur, tenere venditione sacræ & liberi hominis, ut contra venditorē scientem detur actio ad interesse *l. 4. de contr. empt.* de quo *in f. §. ult. de empt. & vendit.* An igitur hactenus diversum jus in stipulatione? Ita videtur: siquidem hic simpliciter dicitur stipulationem inutilem esse. At contra *in d. l. 4.* liberi hominis & rei sacræ & religiosæ emptionem intelligi, si ab ignorante ematur.

Et obligatio venditoris hæc saltem est, ut præstet habere licere, non ut dominium transferat. Verum huiusmodi res nec habere possumus bona fide & titulus emptionis utique præstat jus usucapiendi, quod in his rebus locum non habet, & nec rem sacram religiosam, aut publicam, venditionis objectum habile ullo modo esse posse, probatur *ex l. Continuus* 137. *§. cum quis 6. de verb. obligat.* Cum Bartolo adeo *in l. liber homo* 118. *de verb. oblig.* quem magis & Faber probat, Sentio, & ex causa stipulationis nomine doli esse actionem contra promissorem, si ex causa onerosa interposita stipulatio fuerit. Et frequenter venditoris obligationem per novationem quoque constat, fuisse deductam in stipulationem *l. 3. §. 1. de act. empt. l. 4. de usuris* & quis negat, cum hoc casu contra venditorem scientem potuerit agi ex empto, & agi quoque posse ex stipulatu. Porro ad hunc casum, rei sacræ, religiosæ, publicæ, hominis liberi pertinent principaliter & omnes ampliationes in hoc textu. Et 1. ut sit inutilis stipulatio omnimodo, nec sit in pendenti nec expectetur eventus, quem & improbum sit expectare, quo forte liber homo servus, aut res sacra privata fiat, hoc textu *vers. nec in l. inter* 83. *§. sacram* 5. *de verb. obligat.* Secunda ampliatio, ut stipulatio initio utilis, si rei postea talis qualitas superveniat, inutilis efficiatur *h. text. vers. Item contra l. is qui* 51. *& l.* 83. *§. sacram: de verb. obl.* & ita hoc est exemplum regulæ, si res in eum statum deducatur, à quo incipere non potest, annullari actum: siquidem hic casus rem plane eximit commercio. Et hoc ita ut liberetur debitor, si id accidat sine eius facto: Cæteroquin, sicut qui occidit hominem debitum, tenebitur ad æstimationem, *d. l. is, qui* 51. *de verb. oblig. arg. l. si mihi* 92. *l. qui res* 98. *§. sacram* 8. *de solut.* quod factum illius si abest, ita liberatur, ut nec si post in pristinum statum res reducatur, obligatio restituatur, *d. l.* 98 *§ sacram.* Tertia ampliatio, ut nec in eventum mutatæ qualitatis sub conditione stipulatio concepta utilis sit *h. textu in fin.* nec enim eventus hic expectari potest aut debet *d. l. inter* 83. *§. sacram. de verb. oblig.* & quod (ut Justin. ait) extra commercium natura & conditione sua est, nec sub conditione objectum contractum fieri potest: cum præsertim vulgo dicatur conditionem retrotrahi ad tempus contractus: quod tamen generale non esse, ex jam dicendis apparebit.

Supersunt res, quæ secundum quid non sunt in commercio, quarum tres facimus species. Primam, ubi in ipsa re vitium est, sed non perpetuum: veluti quod res ædibus juncta est, quam eximi & præstari vetuit Senatus *l. cætera* 41. *cum LL. seqq. de legat.* 1. Et cum hæc prohibitio nec sit omnimoda, aut perpetua, sicut & impedimentum ipsum temporale & accidentarium est, illud constat, sub conditione rem talem promitti posse *d. l. cætera* 41. *§* 2. *de legat.* 1. sed nec crediderim evanescere stipulationem, licet facto alterius res juncta fuerit, cum & in terminis rei jam junctæ Legato, non raro æstimatio debeatur *d. l.* 41. *§. si duobus in fin* quo argumento quis defendere possit, simpliciter valere stipulationem inter scientes, aut utique, ut sit in pendenti dum res exi-

3 matur. Quod attinet ad rem † stipulatoris propriam, ex prima ampliatione decisum hic est, stipulationem puram esse nullam, sed & quo ad alteram in *vers. Item contra* indefinite dicitur, nullam fieri stipulationem, si res in aliquam causam earum de quibus dixerat, deducta sit. Tertia autem ampliatio hic cessat, & posse quem rem suam in eventum quo sua futura non est, sibi stipulari, expressum est, in *l. si rem* 31. *l. existimo* 98. *de verb. obligat.* in quo tamen non inter omnes conveniisse, ostendit *d. l.* 41. *de legat.* 1. *§.* 2. ibi *Secundum eos qui emi rem meam & promitti sub conditione aiunt.* Et movet hic scrupulum *l. usufruct.* 26. *de stipul. serv.* ubi dicitur servum hæreditarium, nec sub conditione quidem posse stipulari usumfructum, quoniā expræsenti vires capiat stipulatio, licet petitio eius suspensa sit: quæ ratio generalis est, faciet nullam esse & hanc stipulationem de qua quærimus. Accedit, quod vulgo jactatur, in contractibus conditionem quandocunque existentem retrotrahi ad tempus contractus; quod si & hic admittimus, rursus efficietur, inutilem esse stipulationem. Accedit & tertio, quæ ita arbitrii erit stipulatoris,

an ſtipulatio valeat nec ne, dum videlicet rem ſuam alienat; quod rurſus rationibus juris non convenit. Quod attinet ad *d.l.* 26. ratio illa ſubjecta non nimis laxe eſt accipienda, ſed ut præſens ſtatus inſpiciatur, tum quo ad perſonam ſtipulantem tum quo ad rem promiſſam, ut ſcilicet ſit in commercio; atquin rem meam eſſe, aut non meam, eſt purum accidens, & quidem maxime mutabile & ſeparabile, propter quotidiana commercia & permutationes rerum; qua ipſa de cauſa non debet impediri ſtipulatione ſub cõditione facta, quæ naturæ ipſi rerum promercalium eſt conveniens. cui accedit, quod nihil hic videtur impedimento ſtipulationi, quam quod nihil intereſt ſtipulatorium actui ipſi ſtipulationis, ut accidit in *l.* 26. *de ſtipulat. ſerv.* ubi tempore contractus, nec vere, nec ficte eſt perſona, cui uſusfructus adquiri poſſit. Vulgatam autem regulam illam de retrotractatione nihil neceſſe eſt, penitus generalem, aut univerſalem eſſe; & ubi vitium aliud eſt nullum, ſatis eſt utiliter cedere diem, quod fit exiſtente conditione *leg. cedere* 213. *de Verb. ſignificat.* Sed ita ſane eveniet, ut exiſtente conditione poſt mortem ſtipulatoris, hæres, licet tum res non ſit eius, non poſſit ex iſta ſtipulatione agere, atque ita erit iſta exceptio ad §. *penultim. inſt. h. t. & ad* §. *ſub. condit.* 4. *ſupr. de Verb. Oblig.* ubi dicitur hæredem agere, licet conditio poſt mortem ſtipulantis exſiſtat, cuius non aliam poſſe diximus reddi rationem, quam quod conditio retrotrahatur ad tempus contractus, ſiquidem ex ratione juris veteris in hæredis perſona incipere obligatio non poteſt, aut an dicimus ſufficere quod vivo ſtipulatore potuerit conditio exſiſtere, ut ſpes tranſmittatur in hæredem, ut in *d.* §. 4. loquitur Juſtinianus: quod ſecus eſt ubi diſerte concepta eſt ſtipulatio poſt mortem; atque ita numquam contingere poteſt, ubi obligatio incipiat in ipſorum contrahentium perſona; de quo amplius cogitandum. Denique & ad tertiam objectionem reſpondeo, quod in arbitrium alterutrius ex contrahentibus recta & directo obligatio conferri non poſſit, ſecus ſi hoc fiat obliquè: veluti ex parte promiſſoris inutilis eſt promiſſio *Dabo cum volam l. ſub hac* 8. *de obl. & act. l. ſtipulatio* 17. *de Verb. oblig.* utilis tamen eſt, *Dabo ſi Capitolium aſcendero.* licet hoc ſit in ipſius voluntate, notat *Donell. in l. ſi quis* 43. *de V. Obl.* Quin & verius eſt valere ſtipulationem quæ confertur in arbitrium ſtipulatoris, ut Donell. notat. in *l.* 17. *de Verb. oblig.* *Ianſon. in l. centeſimis* 46. §. *ſi ita num.* 7. *eod. tit.* cui non obſtat *l. in venditis* 13. *Cod. de contr. empt.* quoniam ille contractus eſt ultro citroque obligatorius, adeoque uterque etiam debitor eſt, quod ſecus eſt in ſtipulatione. Denique addendum hic eſt, non valere puram ſtipulationem rei ſuæ, quo ad dominium, ſecus de tradenda poſſeſſione quæ penes alium exſiſtit *l. nemo* 82. *in princip. de Verb. oblig. l. ſi in* 34. §. *rei* 4. *de contr. empt.* 2. non valere, ſi plenum dominium & ius habeat; Ceteroquin ſi quod jus ei deſit, utilis eſt ſtipulatio, atque ita rem quæ tantum jure & dominio bonitario, aut utili mea eſt, recte ſtipulor, ut dominium etiam Quiritarium, aut directum conſequar *fac. l. in bello* 12. §. *ſi quis* 7. *eum* § *ſeq. de captiv. & poſtlim. rev.* notat *Ianſon. in l. ſi rem* 31. *de Verb. oblig.* (Supereſt tandem res, quæ non eſt in commercio ſtipulantis: (nam quod in commercio promittentis non eſt, nihil impedit, *l. multum* 34. *de V. Oblig.*) & inutilem eſſe ſtipulationem traditur *h. textu & in d. l.* 34. Illud quæri poſſit an ſub conditione valeat ſtipulatio: Et magis eſt ut negandum putem, cum deficiant rationes, quæ ſtipulationem rei propriæ conditionalem utilem faciunt: & in primis cum hic vitium videatur eſſe in perſona, ratio *l.* 26. *de ſtipul. ſerv.* inutilem iſtam ſtipulationem facere videtur. Ita autem inutilis eſt ſtipulatio rei: quæ non eſt in commercio, ut nec æſtimatio debeatur, quin ſimpliciter reſpondetur, inutilem eſſe ſtipulationem: atque ita communiter ſtatuere Dd. teſtis eſt *Ianſon. in d. l. multum de Verb. Oblig. num.* 5. cuius tamen rationem, quod nec naturalis oriatur obligatio, falſam eſſe puto, nec probari ex *l.* 11. §. *ſi id* 9. *de O. & Act.* quod enim de naturali ratione dicit, non ad omnes æqualiter caſus pertinet: cum nec iſtius caſus nominatim ibi fiat mentio; & non ſine ambiguitate aliqua dicitur, naturali ratione aliquid eſſe inutile. An autem & quid juris ſit, in legato rei cuius commercium legatarius non habet, diximus ad §. *non ſolum* 4. *inſt. de legatis.*

Notanda eſt ex *pr. tit.* diviſio rerum bimembris in res mobiles & ſoli, ſive immobiles; ut appareat ſub reb. mobilibus etiam contineri res, quæ ultro ſe moveri poſſunt, quas mobiles eſſe nemo ſanus negaverit, qui vel à limine naturalem Philoſophiam ſalutaverit; & oppido quam inepti ſunt gloſſatores, qui appellatione rerum mobilium negant contineri res, quæ ſe ipſæ movere poſſunt; quamvis non negem, hæc diſtinctim alicubi & ut diverſa membra proponi, ut in *leg.* 1. *Codic. de præſor pi-*

ter bignor. l. un. § cùm autem 7. vers. ex actio C. de rei ux. act. l. si quis 49. §. & si 2. & seq. C. de Episc. & Cler. l. 2. vers. sed ubi quarta Cod. quod quand & quib. quart. part. hg. 2. in princ. Cod. de constit. pecun. leg. in rebus 30. in princ. Cod. de jur. dot. Novell. 122. c. 1. §. ab hoc §. infra vi bonor. rapt. quæ omnes recentiorum Imperat. & imo Justiniani (extra *l. 2. quand. & quibus quart.* quæ Theodosii est) sunt constitutiones. Extat tamen eadem separatio in *l. 4. Codic. fam. ercisc. & in leg. 1. in princ. de adil. ed.* forte quia moventia sunt species quasi rerum mobilium, & illorum appellatione ex mente testatoris tantum animalia sensum habentia veniunt *l. moventium 93. de V. S.*

TEXTVS.

1. Si quis alium daturum facturumve quid promiserit non obligabitur : veluti si spondeat, Titium quinque aureos daturum. Quod si effecturum se ut Titius daret, spoponderit, obligatur. Si quis alii, quam ei cuius juri subjectus sit, stipuletur, nihil agit. Plane solutio etiam in extraneam personam conferri potest, veluti, si quis ita stipuletur, Mihi, aut Seio dare spondes: ut stipulatori quidem obligatio adquiratur, solvi tamen Scio etiam invito eo recte possit, & ipso jure liberatio contingat, sed ille adversus Seium mandati habeat actionem. Quod si quis sibi & alii cuius juri subjectus non sit, dari decem aureos stipulatus est, valet quidem stipulatio : sed utrum stipulatori totum debeatur, quod deductum est in stipulationem, dubitatum est. Sed placuit, non plus quam dimidiam partem ei adquiri. Ei vero, qui juri tuo subjectus est, si stipulatus sit, tibi adquiri, quia vox tua tamquam filii sit, sicut & filii vox tamquam tua diligitur in his rebus, quæ tibi adquiri possunt.

COMMENTARIVS.

1 *De promissione facti alieni.*
2 *Alteri per alterum non quaritur obligatio : cum exceptionibus.*
3 *De jure adjecti.*
4 *Si quis alteri & sibi stipuletur.*
5 *Utile per inutile an vitietur.*

PErtinet hoc ad congruitatem quæ requiritur in stipulatione, ut in utriusque contrahentium personam collata sit ; ita ut quis se daturum faciturumve promittat, & alter sibi dari fierive stipuletur. Hinc 1. frustra quis & nulliter promittit alium daturum facturumve : & ita quidem nulliter, ut nec ille alius obligetur, cuius conditio per alium deterior fieri nequit, nec ipse promissor *h. textu in pr. l. in* 83. *in princ. de verb. oblig.* quippe cuius persona inserta stipulationi non est. Et igitur secus erit, si quis ut alius det faciat; curaturum se promittat, & ita factum proprium, qui utique obligatur *h. text. & d. l.* 83. quod eo pertinet, ut in tantum teneatur, quantum ut alter daret, curaturum se promisit *l. si heres 73. in princip. de legat. 1.* Quod tamen secus erit, si quis stipulatus sit curari decem dari per *l. ult. §. 1. de reb. cred. l. illa* 67. *§. 1. de verb. oblig.* Possit videri jejuna esse quædam verborum subtilitas, & semper ista interpretatio sumi, ut qui promisit alium daturum, intelligatur promisisse se curaturum, ut daret, sed nihil necessum fuit hanc sumere interpretationem, cum partibus imputari debeat, quod non debito modo fuerint stipulati. Et cum nemo possit alium obligare, creditum est partes, utique alterutrum qui promisit, nec se obligare voluisse, qui nihil de se, sed tantum de alio cavit. Et tamen non semper necessum est, hoc totidem verbis exprimi, ut quis se curaturum dicat, sed non uno, imo multis casibus hoc implicite actum esse intelligitur, ubi æquitas & conditio qualitasque negotii id exposcere visa est, quod recte promitto, Titium pro me fidejussurum *l. qui autem* 14. *§. 1. de const. pec.* Item quod pro eo, qui promisit se facturum, fidejussor recte intervenit. *l. si quis* 56. *de fidejussor.* qui nisi proprium factum promitteret jam diversum promitteret ab eo, quod est in obligatione principali, quod natura fidejussionis non patitur, ut dicemus tit. seq. Itaque intelligitur promittere se curaturum ut fiat, quod promissum est à reo principali, ut tamen simul & factum proprium promittat, per *l. sicut rem* 65. *de fidejussor.* quod scilicet idem est specie sive genere cum eo quod debet principalis: licet non in individuo: Hinc etiam est, quod procurator de cujus mandato dubitatur, recte & utiliter promittit. dominum ratum habiturum *s. t. rem rat. hab. inf. in princ. de satisdationibus*, ut scilicet intelligatur promittere se hoc curaturum ; quoniam sub hac

cautione admittitur ad agendum nomine alieno, ſub qua cum ex ratione juris eum admittere teneatur Reus, utique decipi non debeat, ſed ſi dominus poſtea iterum agat ex ſatisdatione actio contra procuratorem, & fidejuſſores ejus concedenda eſt; & omnino hoc promittit procurator, quod ipſe in judicio nomine alieno agit, ratum & firmum futurum & manſurum; ſed quia per nullum alium quam per dominum rei, ſi forte procurator falſus fuit, res iterum in judicium deduci poteſt, quaſi de facto ejus agi videtur, promittat procurator, vix etiam iſta exceptio à regula eſſe videtur. Huc etiam pertinet, quam itidem hic objiciunt Dd. ſtipulatio habere licere, quam venditor præſtat, & nimirum, in effectu, rem evictam non iri, quam ipſe vendidit & ex contractu ipſo venditionis obligatus eſt, ita eam tradere ut dominium vel jus uſucapiendi transferatur in emptorem, & hic pro precio quod accepit, rem perpetuo tenere poſſit. Id enim hæc ſtipulatio habet per venditorem interpoſita, *l. exempto* 11. (alias *l. emptorem*) *§. ultim. de act. empt.* ut quicunque rem evincat, committatur, licet alias tantum factum ipſius promittentis & hæredis contineat *l. inter* 83. *in princip. de verb. obligat. junct. l. ſtipulatio* 38. *in princip. eod.* Eadem ratio eſt ſtipulationis de judicio ſiſtendo, ut qui promittit, alium ſiſti, (vel etiamſi promittat, judicio ſe Titium ſtiturum) intelligatur hoc permittere, ſe facturum, ut ſtet & judicio ſe ſiſtat *l. quoties* 81. *in pr. verb. obligat.* quoniam præſtatur ab eo, qui facit ut res, cui alias in jus neceſſario eundum erat, dimittatur *t. t. In jus voc. ut eunt.* ut hic nec neceſſe ſit, exceptionem conſtituere in prætoriis ſtipulationibus; quamvis ſane illæ hoc proprium habeant, ut non à voluntate partium, ſed ex autoritate & edicto prætoris formam ſuam accipiant & robur *l. in prætoriis* 9. *de prætor. ſtipul.* cum & contra regulam alteram de qua jam dicemus, ex prætoriis ſtipulationibus alteri per alterum actio quæratur *l. in omnibus* 5. *eod. tit.* prætor enim non ſubtilitatem juri, ſed magis æquitatem intuetur, ne quiſquam ſub prætextu aliquo decipiatur; cum ipſius juſſu hæ ſatisdationes interponantur.

Si quis alii quam ei.] Diximus verba ſtipulationis debere collata eſſe in utriuſque contrahentis perſonam; & hinc fruſtra quem promittere, aut ſtipulari alium daturum facturum: Ex eodem fundamendo fluit hæc propoſitio. Fruſtra quem ſtipulari, alii datum iri, & fruſtra quem promittere, ſe alii daturum; & ita quidem fruſtra, ut nec obligatio quæratur ipſi ſtipulatori, cuius perſona ſtipulationi inſerta non eſt; nec alteri, vel quia mea non intereſt alteri obligationem quari, ideo autem ſunt inventæ obligationes & præcipue ſtipulationes §. *alteri* 28. *infr. h. t. l. ſtipulatio* 38. §. *alteri* 17. *de verbor. obligationib. l.* 3. *Codic. de contrahend. ſtipulationib.* vel quia actus iſtos, quibus de obligatione conſtituenda agitur, in perſona ipſorum agentium radicari oportet *arg. l. quæcunque* 11. *de obligat. & action.* nec quidquam niſi per medium legitimum & habile in alium poteſt transferri, quale medium non poteſt eſſe ſtipulatio, aut quævis alia conventio, quippe quæ tantum afficiat perſonas contrahentes. Neque enim iſta regula ad ſolam ſtipulationem pertinet, ſed eſt hoc generale, ut obligatio per alterum alteri non adquiratur §. *pen. ſup. per quas perſ. acq. l. ſi ita* 126. §. 2. *de verb. obligat.* ibi, *nullam obligationem l. quæ tutela* 73. *in fin. de Reg. jur. l. ſolutum* 11. §. *penultim. de pignor. action.* Atque hæc poſterior eſt verior ratio; nam illa de intereſſe, efficit, ut ne ſtipulanti actio quæratur, ſed non ut ne illi, in cuius perſonam ſtipulatio collata eſt. Hæc autem regula non unam imo multas habet limitationes, quibus non quidem directa (nam hactenus regula perpetua eſt, ut nunquam alteri ex ſtipulatione alterius directa actio competat) ſed ut lis actio detur & adquiratur. Et exceptio una eſt in prætoriis ſtipulationibus *l. in omnib. 5. de prætor. ſtipulation.* quæ tamen cum de procuratore loquatur, referenda eſt ſub exceptionem generaliorem, quod per procuratorem adquiratur domino actio. Cuius exceptionis unum exemplum eſt in ſtipulationibus prætoriis *d. l. 5.* Aliud eſt exemplum extra prætorias ſtipulationes, ſi ſtipulatus fuerit procurator ex re domini *l. quod procurator* 68. *de procurat* & aliud adhuc, ſi præſente domino ſtipulatus fuerit *l. ſi procuratori* 79. *de Verb. Obligat.* nec enim ratio patitur, ut cum textus ſimpliciter loquatur, vel ad prætorias ſtipulationes, vel caſum quo ex re domini procurator ſtipulatur, reſtringebatur. Alia non abſimilis exceptio eſt, ſi quis ex officio alteri ſtipulatur, qui ipſe vel ob ætatem, vel alias etiam cauſas, ſtipulari non poteſt. Hinc per ſervum publicum, & ut hodie loquuntur, per Notarium adquiritur aliis actio, ut in *l. 2. rem pupilli ſalvi fore l. non aliter* 18. *cum l. ſeq. de adopt.* quo etiam referendum eſt (regula enim generalis eſt, & ad quoſcunq; contractus pertinet) quod

per

per inſtitorem quæritur præponenti actio *l. 1. in fin. & l. 2. de inſtit. action.* itemque per actorem municipum *l. 5. §. ſi actori de conſt pec.* & per magiſtratum, in ſpecie *l. 1. §. exigere 15. in fin. de magiſtrat. conv.* quæ etiam partim ad priorem exceptionem referri poſſunt, aut conſtituenda una exceptio generalis, in iis, qui ex officio aliquid faciunt; nam & procurator gerit officium. Alia exceptio eſt generalis itidem, ſi pactio vel conventio adjiciatur actui naturali, quia facilius hoc modo operam noſtram accommodando aliquid alteri adquirimus, ut tractant *Dd. ad l. 1. §. per procuratorem 20. de adq poſſeſſ.* & ex hoc fieri putant, quod per procuratorem domino adquiratur poſſeſſio. Et duo membra habet hæc exceptio. Primum eſt cum adjicimus pactum ejus rei traditioni, quæ ad alium pertinet, aut ad eum pertinere debet ex quo illi acquiritur actio utilis ex pacto ejus, qui rem commodavit aut depoſuit *l. penult. Cod. ad exhib.* aut alterius nummos numeravit *l. 126. §. 2. in fin. de verb. obl.* item ex pacto creditoris, qui rem pignoratam ſibi diſtraxit *l. ſi cum 13. in prin. de pign. act.* Alterum membrum eſt, ſi quis traditioni rei ſuæ pactum & conventionem in alterius favorem adjecerit; notat Jaſon in *l. ſtipulatio 38. §. alteri 17 de verb. oblig. nu. 13.* Hinc ſi alterius nomine pecuniam numerem, illi condictio adquiritur *l. certi 9. §. penul. de reb. cred. l. ſi ita 126. §. 2. in fin. de verb. oblig.* quo etiam referri poſſit ſpecies *l. Publia 26. in princip. de pign.* Hinc etiam eſt, quod ei cujus nomine indebitum quis ſolvit, condictio datur *l. dominus 53. de condict. indebit. l. 6. Codic. eod.* Eodemque referunt Dd. pactionem quæ adjecta eſt dationi dotis, ut ea alteri reſtituatur. Sed cum fere pactum id proponatur factum pro conjunctis perſonis, alii hic novam ſtatuunt exceptionem ab affectione perſonarum, ut his qui conjunctiſſimi fuerunt, ſtipulanti, aut paciſcendi, ex conventione in ipſorum perſonam collata actio detur, quo pertinet quod ſi pater ſtipulatus ſit filiæ ſuæ dari poſt mortem, filiæ utilis actio datur etiamſi patri hæres non exſtitat *l. quodcunque 45 §. 2. de verbor obligation.* Et videtur hoc ideo admiſſum, quia pater alias liberis ſuis ſtipulando ſibi adquirit actionem. Nimis enim impudens eſt, quod *Ant. Fab. in leg. 17 §. 4. & in leg. 11. §. 2. de pact.* iſtum locum à Triboniano corruptum contendit. Affectioni perſonarum accedit favor cauſæ, ſi eo tendat pactum, ut liberi dotem habeant. Ceterum circa pactum quod eſt adjectum dationi dotis, de re alteri reſtituenda, ipſis textibus noſtris non ſatis convenire videtur. Iſtud apparet, rigorem juris conſtitutionibus Impp. poſteriorum, in aliquibus caſibus temperatum fuiſſe, ut in ſpecie *l. 3. Codic. de donat. inò mod.* quæ nititur ſimplici æquitate, quamvis aliquid faciat, quod dationi rei ſuæ pactum adjectum fuit. Et ita facilius admiſſum fuit pactum dotis dationi adjectum, ut in ſpecie *l. pater 7. C. de pact. conv.* ubi nepotibus ex filia, ex pacto avi utilis datur actio, quippe cum pater alias ex jure communi pro repetenda dote haberet actionem, quam ille pacto in nepotes ex filia transferre ut poſſet, permiſſum fuit: quæ ipſa ratio differentiæ dari poteſt ad *l. 4. Codic. de pact. conv.* ubi ex pacto matris dotem dantis liberis negatur actio; quoniam uxore mortua dos adventitia manet apud maritum, utique ex juris veteris ratione. Et hinc etiam ratio dari poteſt cur ex avi materni pacti nepti actio quæratur *l. Gai. 45. in f. ſol. matr.* Et an ſpeciale præterea fortaſſis, in *d. 45.* quod agit ibi ipſa uxor divortio facto, cujus nomine dos data fuit, quæ citra ſtipulationem actionem rei uxoris haberet; ut eo facilius ne dotem amittat, ipſi danda ſit actio ex ſtipulatu; quæ ratio ceſſat in *d. l. 4. C. de pact. conv.* Et ita videtur Acc. ibidem reſtringere *d. l. 45.* quamvis facile crediderim, clauſulam *d. l. 45.* à Triboniano adjectam eſſe, quod & diſputatio JCti præcedens, & ipſe ſtilus arguit; quod cenſet & *A. Fab. 15. conject. 3.* Sed cum Tribonian. hanc acceperit poteſtatem, ut reſponſis JCtorum addere & detrahere poſſet, & ipſius ſanctiones autoritatem Legum obtineant, his reſponſionibus non poſſumus conciliare textus. Ex hoc etiam reſpondetur ad *l. debitor 59. §. ult. ad Trebell.* ubi ex pacto filiæ negatur matri actio, cum & alias difficilius aſcendentibus per liberos actio quæratur. Itemq; caſus eſt *l. inter 26. §. filia cum 4. D. de pact. dot* Nihil autem huc facit *l. ſi cum 82. de ſolut.* ubi poſt traditionem factam conjuges inter ſe pacti proponuntur. Atq; his caſibus alteri quæritur actio ex ſtipulatione in alterius perſonam collata. Aliud genus exceptionis eſt, quo actio quæritur ipſi, qui ſtipulatus eſt alteri, veluti ſi ejus interſit; de quo dicemus ad *§. alteri inf. h. t.* Jam in textu noſtro pergamus.

Alii quam ei cujus juri ſubjectus] Regula, quod nemo alteri ſtipulari poſſit, procedit in extraneo: & extraneus hic omnis eſt extra eos in quorum quis eſt poteſtate; ut verba mox ſeqq oſtendunt. Et nimirum quibus adquirimus, iis conſequenter etiam recte ſtipulamur, cum & ſi ſimpliciter ſervus, aut filius fam. ſtipuletur, aut alias contrahat, patri, aut

aut domino quæratur actio. Id in servo simpliciter obtinet: in liberis habet exceptiones juxta tradita ad *t. sup. per quas pers. ante.* & tractatur *infr. hoc lib. tit. penult.*

Solutio & in extraneam.] Extranea persona, ut di-
3 xi, omnis, † hic est, præter dominum & patrem. Habet autem & istud quandam speciem limitationis, aut declarationis ad regulam præmissam. Et nimirum non potest persona alterius inseri stipulationi, ut ei actio quæratur & obligatio, sed potest adiici personæ stipulantis per particulam disjunctivam, ut ei jus recipiendæ solutionis, nec quidquam præterea instar cuiusdam procuratoris adquiratur, *h. text. & l. ult. § si ita 3. de V. O. l. si mihi 23. de fidejussor. l. quod 10. de solutionib. l. si ita 9. eod.* dico instar procuratois, verus enim procurator non est, imo negatur esse procurator *l. vero 2. §. 1. de solutionib.* quoniam tamen alia deficiebat ad instar procuratoris, ut mandati actione teneretur receptum fuit *h. §. & l. Iulianus 13. §. de Verb. Oblig.* Et quia procuratoris instar est, cum mandatum morte finiatur, hæredi eius solvi non potest, *l. cum quis 55. de V. O.* Et etiamsi jam pars soluta sit principali tamen residuum adjecto solvi potest *l. cum decem 71. in princip. de solutionibus*, & solvi adjecto potest etiam invito stipulatore h. §. in quo differt ab alio procuratore vulgari cui quod mandatum est libere revocari, & ita facultas quoque recipiendi solutionem adimi potest. Et ratio specialitatis est, quia hæc potestas data adjecto est per ipsam formam stipulationis; quin potius, ut rectius dicam; promissori ex ipsa stipulatione jus hoc quæsitum est, ut possit solvere adjecto, quod ipsi stipulatoris arbitrio solo adimi non potest *l. vero 12. §. penult. de solutionib. l. fidejussor. 6. in fin. princip. de fidejuss.* quæ ratio facit, ut licet persona alias inhabilis sit, tamen ei solvi possit, *l. si stipulatus 11. de solutionibus.* nam & cuicunque creditor mandavit, ut solutionem recipiat, ei recte debitor solvit. Et proinde quia loco procuratoris est adjectus, solutio eius commodo non cedit, sed quod accepit, mandati actione conventus restituere cogitur *h. text. & d. l. Iulian. 131. § 1. de V. O.* Recte autem solvitur adjecto, si maneat in eodem statu, nec in eum deducatur, in quo si ante fuisset, stipulator eum adjecturus non fuisset *leg. cum quis 38. in princ. de solut.* cui tamen textui videtur repugnare responsum Papiniani in *leg. Stichum 95. §. usumfructum 6. eod. quæ de re v. Acc. Iasonem Zasium & Cuiacium in l. eum qui 56. §. 2. de V. O. A. Fab. 3. coniect. 10.* & quæ notavimus *in §. Item si 10. inf. mandati.*

Quod si quis sibi & alii.] Habet & hoc speciem limitationis ad regulam superiorem. Nimirum stipulatio est nulla; si tota in alterius personam sit collata, nam si simul adjecta sit persona stipulantis, in partem valet stipulatio. Nec enim debuit insolidum adquiri stipulanti, qui ipsi alium adjecit, nec in solidum debuit inutilis esse stipulatio, cum nec alibi utile per inutile vitietur. de qua propositione vide hic late & accurate *Ioh. Fab. l. si mihi 110. in princip. de Verbor. Oblig.* nam qui v. c. decem sibi & Titio dari stipulatur, non alia, & alia decem, sed sola decem sibi & Titio communiter stipulari intelligitur *l. cum qui 56. in pr. de V. Oblig.* ex quo fit ut Titius partem faciat, & pro parte tantum stipulatio valeat. Ex quo efficitur, contra quam Hottom. putat, etiamsi non pecunia, sed corpus in stipulatione sit, veluti fundus, homo, equus, tamen non totum, sed tantum partem deberi, quod & magis probat *Wesemb. hic.* Quod si autem res plane sit indivisibilis aut ejus conditionis, ut adjecto adquiri non possit, magis est, ut persona ejus tum pro supervacuo adjecta habeatur, ut in *l. proprium 5. Compred.* Quod alia ratione accidit in contractu emptionis, quia integrum pretium fundi solvitur *l. fundus 64. de contr. empt.* ut pleniſſime erret Porcius hic, qui hoc putat fieri per jus accrescendi; quod ipse textus respuit dum dicit personam Titii supervacuam esse & frustra adjecta, quod falsum est, quoties juri accrescendi locus est, ubi in utriusque persona initio consistit id de quo quæritur, sed per concursum scinditur, & uno deficiente ad alterum totum pertinet: At quin in contractibus, aut qui adjectus est facit: ut actus pro parte sit nullus, aut omnino pro non adjecto habetur; perinde ac si in alterius personam solius contractus totus collatus ab initio fuisset, quod & accidit in specie *§. ult. supr. de stip. servil. si servus 12. de aut tut.*

Ei vero qui tuo juri subjectus] Titius recte stipulatur patri, & servus domino, ita ut his per illos adquiratur: Sed alia ratione pater recte stipulatur filio. & dominus servo, non ut his adquiratur, sed ipsis stipulantib. perinde atq; si sibi ipsis stipulati fuissent; quoniam quidquid ad filium, aut servum pervenit statim domino, aut patri ad quiritur; itaq; ne frustra adquireretur filio, Leges ita interpretatæ sunt, ac si pater sibi ipsi stipulatus fuisset, *h. textu & l. 2. Cod. de contr. stipul. l. dominus 59. de V. O.* Et hinc quia per filium emancipatum patri nihil adquiritur, frustra quoq; ex ratione juris pater stipulatur filio emancipato *l. si genero, 26. C. de jur. dot.* Ex quo

etiam

etiam est, ut quoniam post mortem frustra quis sibi stipulatur, nec filio pater dari post mortem recte stipuletur, quamvis ex æquitate receptum sit, ut utilis actio hic filio detur *leg. quodcunque* 45. *§.2. de verb. obligat.* sicut & ex æquitate eadem receptum est, ut ex pacto patris filio detur exceptio doli *l. & haredi.* 21. *§.2. in fin. de pact.* quoniam ratio juris, quod per patrem liberis nihil adquiri potest *l. cum dos* 7. *de pact. dot.* facit ut ne sit locus exceptioni pacti *l. si tibi § si pactus* 4. *de pact.* nam & hæc ratio juris est, ut stipulatio collata in tempus, quo aliter interponeretur, nulla sit *l.* 4. *Cod. de donat. ant. nupt.* Procedit hoc in iis quæ patri acquiri possunt per filium, itaq; si factum sit personale in obligatione, veluti si pater stipuletur filio ire agere litere, nihil agitur *l. quod dicitur* 130. *de verb. obligat.* nam si ita sibi stipularetur filius, patri non adquireret *§. sed cum* 2. *sup. de stip. serv.* Itaque cum hodie nullorum adventitiorum proprietas quæratur patri, videatur patet extra causam profectitii peculii frustra stipulati filio, quoniam per patrem filio non potest adquiri *l. cum dot.* 7. *de pact. dot.* adquireretur autem filio ususfructus, sed magis videtur ut propter jus ususfructus recte pater stipuletur, & ut hactenus per consequentiam proptet jus novum adquiratur filio per stipulationem patris & secutam traditionem dominium; nam ex stipulatione qua tale nihil adquiretur filiæ. Aut an dicimus pro profectitio esse; quia causa adquisitionis & obligationis à patre habet originem, *v. Fabr. hic num.* 9.

Vox tua tamquam filii.] Hinc deducunt, quod filius & pater habeantur pro una & eadem persona: quod extra ea quæ sunt juris publici, & fere ubi de jure adquirendi patri per filium tractatur, locum habet, quamvis id aliquando & alio trahatur, ut in *l. ult. inf. Codic. de impub. substit. l. cum scimus* 22. *§. ult. Cod. de agric. & cens.* Male autem huc à Wesemb. adducitur *Aristot.* 1. *Polit.* quasi filii sint organa quædam & instrumenta per quæ adquirat pater. Id enim de servis tantum affirmat Aristoteles, minime autem de liberis, qui ex ejus sententia non sunt in tali potestate patris, ut ostendimus supr. *de patr. potest.* Sed sane ex ratione juris civilis Romani veteris istud procedit.

TEXTUS.

2. Præterea inutillis est stipulatio, si quis ad ea quæ interrogatus fuit, non respondeat, veluti si quis decem aureos à te sibi dari stipuletur, tu quinque promittas, vel contra, aut si ille pure stipuletur, tu sub conditione promittas, vel contra: si modo scil. id exprimas: id est, si cui sub conditione vel in diem stipulanti, tu respondeas, præsenti die spondeo. Nam si hoc solum respondeas, promitto, breviter videris in eandem diem vel conditionem consensisse: neq; enim necesse est, in respondendo eadem omnia, repeti, quæ stipulator expresserit.

COMMENTARIUS.

HOC quoque pertinet ad congruitatem stipulationis, quæ esse debet in interrogatione & responsione, ut nõ aliud respondeatur, nec alia forma, quam interrogatum fuit. Identitas & diversitas consideratur vel in re vel in qualitate, si aliud promittatur, constat stipulationem esse nullam, si mutetur qualitas, & pure interrogatus, respondeat, se daturum post tempus, vel sub conditione, nullam esse itidem stipulationem respondetur *h. §. & l. 1. § si quis* 3. *de verbor. Obligationes.* ubi tamen additur limitatio, nisi diversitas responsionis illico placuerit stipulatori, id est nisi stipulator statim attestatus sit se responsione ea esse contentum, quo facto perinde habetur, ac si eadem qualitas quam addidit stipulator, interrogationi inserta fuisset; & nova quasi contracta stipulatio *d. l.* 1 *§.* 3. quod tamen ad illum casum quo diversitas est in qualitate pertinet, nec ultra extendendum est, & recte Iohan. Fab. negat id procedere, si diversitas sit in re promissa; Ita enim tota variaretur & mutaretur stipulatio; nec id citra novã interrogationé potest fieri.

Quantitas dicitur verbi causa in pecunia numeratur, quæ opponitur Rei sumptæ in specie pro corpore: Ceteroquin & pecunia res est. Et nimirum promittitur, aut plus, aut minus: & utroq; casu valere stipulationem in summam minorem aperte respondet Ulpian. in *l. 1. §. 4. de verb. obl.* ubi contra ejusmodi stipulationem movet rationem dubitandi quod summæ non videantur congruere: eam ita removet, quod manifestissimum sit, in summa majori inesse minorem, & consequenter ipsa vi & potestate congruitatem esse in stipulatione. Nec adeo probari potest, quod *Cuiac.*

ind. l. 1.§. 4. (quæ tamen jam olim Porcii ſententia fuit hic) putat Vlpianum loqui de caſu, quo diverſitas reſponſionis illico placuit ſtipulatori; nam hæc limitatio addita eſt in §. *præc.* ubi diverſitas eſt in qualitate; ſed in §. 4. utitur nova & propria ratione JCtus, quod manifeſtum ſit in viginti & decem ineſſe, adeoque intelligi non eſſe talem diverſitatem in ſtipulatione; quæ poſſit vitiare ſtipulationem. Secundum hoc, quod hic Juſtinianus ſtipulationem inutilem ait, accipiendum eſt ſecũdum quid & quo ad ſummam, quæ excedat, non quoad concurrentem, quæ Dd. eſt communiſſima explicatio; & porro hinc conjunctio duplicis diverſitatis, à qualitate & quantitate, iridem eſt ſecundum quid accipienda; quia propter illam omnino inutilis eſt ſtipulatio, aut an dicimus, quod Ulpianus quidem vim & poteſtatem verborum conſiderati, Juſtinianus autem tantum externam eorum formam, ſecundum quam poſſit omnino videri inutilis ſtipulatio; quæ etiam fuit ſententiâ Caii *obligat. tit. 9. vel ſi* 10. Ceteroquin ſi *d. l.* 1. §. *de verb. obl.* cum hoc loco conciliare velimus, omnino explicatio Dd. tenenda erit.

TEXTUS.

3. Item inutilis eſt ſtipulatio, ſi vel ab eo ſtipuleris, qui tuo juri ſubjectus eſt, vel ſi is à te ſtipuletur. Sed ſervus quidem non ſolum domino ſuo non poteſt obligari, ſed nec quidem ulli alii, filii vero familiarum aliis obligari poſſunt.

COMMENTARIUS.

PEndet ex ratione, quam diximus ad §. *ſi quis alii verſ. ei verb.* & quod filius & pater pro una perſona habeantur; & quod patri omnia quærãtur per filium (exceptis quibuſdam bonis) Itaq; neceſſum eſt, ut fruſtra filius promittat patri, aut pater filio, quæ comparatio procedit in civili obligatione: Ceteroquin ſi pater à filio ſtipuletur, dominus à ſervo, obligationem naturalem naſci argumento eſt, quod recte accidit fidejuſſor *l. ſi quæ* 56. §. 1. *de fidejuſſ.* quem fruſtra accipi in caſu adverſo, ſi filius à patre vel ſervus à domino ſtipuletur, ibidem traditur: ut vel hic nullam, vel jure civili pro nulla habitam obligationem oriri oporteat; nam naturaliter etiam dominum ſervo obligari expreſſum eſt *in l. ſi quod dominus* 64. *de cond. indeb.* Emancipati quin alia ratio ſit, dubitari non poteſt. Alia quoq; ratio bonorum quæ ſunt filii, veluti caſtrenſium, in quibus filius loco patris fam. eſt *l.* 2. *ad SC. Maced.* itaq; ex ea cauſa cum patre recte contrahit & litigat *l.* 4. *de judic.* idem proinde erit in bonis adventitiis, quorum filius habet plenam proprietatem, ut notat Joh. Fab. hic.

Sed ſervus quidem.] Hoc nihil ad rem iſtam, ſed obiter ſaltem attingitur, quid hic interſit inter ſervum & filium: quod hic extra contractum mutui §. *illud* 7. *infra Quod cum eo, qui in al. pot.* ex cæteris omnibus cauſis civilibus obligatur ubi cũ alio contrahit, *l. filiusfam.* 39. *de obligat. l. ſi quis* 44. *de peculio l. cum filius* 49 *l. ult.* §. *pupillus* 2. *de verb. oblig.* Servus autem nec domino nec ulli alii obligari poteſt, videlicet civiliter, de qua obligatione hic tractatur, naturaliter autem & aliis & domino, & domius ipſi viciſſim obligatur *l. ſervi* 14. *de obl. & act.* §. 1. *infra tit. ſeq.*

TEXTUS.

4. Mutum neq; ſtipulari, neque promittere poſſe palã eſt: quod & in ſurdo receptum eſt, quia & is qui ſtipulatur promittentis verba: & is qui promittit, verba ſtipulantis audire debet. Unde apparet, non de eo nos loqui, qui tardius exaudit, ſed de eo qui omnino non audit.

COMMENTARIUS.

1 *Literis nec inter præſentes contrahi ſtipulatio poteſt.*

DIximus ad *pr. tit. de verb. oblig. ſup.* in ſtipulatione requiri verba ore prolata utrimque: & igitur mutus ſtipulationem contrahere non poteſt & quoniam non poteſt reſpondere, niſi qui intelligit quod interrogatur, conſequenter nec ſurdus contrahet ſtipulationem: Quod ſi enim ipſi interrogatio in ſcriptis proponatur, jam vitium eſt in ſtipulatione & deficit eſſentia ejus: ex quo apparet falſum eſſe, quod ſtipulatio inter præſentes per literas contrahi poſſet. Ita enim nihil prohiberet quo minus & mutus & ſurdus ſtipulari poſſent contra hunc textum & *l.* 1. §. *pen. & ult. de oblig. & actions. & l.* 1. *in prin. de verb. obl.* Atquin poſſit circa ſurdum ſcrupulum movere quod ſcribit Juſt. *in l. diſcretis* 10. *C. Qui teſt. fac poſſ.* neminẽ tam eſſe ſurdum, ut non audiat, ſi quis ſupra cerebrum ejus loquatur. Verum ſuſpicor id eſſe commen-

Digitized by Google

mentum, de quo diximus ad §. *Idem furdus 3. sup. quibus est. perm. fac testam.*

TEXTUS.

5. Furiosus nullum negotium gerere potest, quoniam non intelligit, quod agit. Pupillus omne negotium recte geret: ita tamen, ut ubi tutoris autoritas necessaria sit, adhibeatur: veluti si ipse obligetur: nam alium sibi obligare etiam sine tutoris autoritate potest. Sed quod diximus de pupillis, utique de iis verum est, qui jam aliquem intellectum habent. Nam infans, & qui infantiæ est proximus, non multum à furioso distant: quia hujusmodi ætatis pupilli intellectum habent nullum. Sed in proximis infantiæ propter utilitatem eorum, benignior juris interpretatio facta est, ut idem juris habeant, quod pubertati proximi. Sed qui est in potestate parentis impubes, ne auctore quidem patre obligatur.

COMMENTARIUS.

1 *Pupillus an & quatenus obligetur.*

COmmunis hæc omnibus contractibus est tractatio, quippe qui sine consensu constitui & consistere non possunt. Itaque recte in genere ait Just. quod furiosus nullum negotium gerere possit, *l. in negotiis 5. l furiosi 40. de reg. jur. l. 1. §. furios. 12. de obl. & act. l. si à reo 70. § si à furioso 3. de fidejussi.* ita ut nec promittere possit, nec stipulari *d. §. 12.* in quo differt à prodigo *l. is cui 6. de v. obl.* Itaque nec cum curatore quidquã agere potest *d. l. 5. de reg. jur.* & implicaret contradictionem, nihil plane intelligere posse & agere, & posse tamen cum curatore: quoniam qui quid agit aut facit aliquo autore, ipse quoq; simul facit. Qua in re melior cõditio est pupillorum, qui tutore autore omnia fere recte agunt, *d. l. 5. de reg. jur.* De trib. ætatibus pupilli. quæ attinguntur h. § infantiã, huic proxima, & pubertati proxima, diximus *ad tit. de tutelis supra.* Hic de obligatione pupilli an & quatenus obligetur, agendum est aliquid. Et inprimis hinc removendus est infans, qui cum consensum non habeat, nec ullo modo obligari potest. Dicendum igitur de proximo pubertati & de proximo infantiæ, quos non dici modo eodem *ad d. t.* de tutelis monuimus. Etenim proximus pubertati dicitur, qui necdũ est pubes, sed prope abest à pubertate, cæteroquin amplius non esset pupillus. Proximus autem infantiæ est, qui infantiam jam est egressus, nullus enim terminus dari potest, qui antecedat infantiam: & igitur nullo alio sensu dici possunt infantiæ proximi, quam quod infantiam egressi sint. Pubertati proximum constat & doli capacem & pœnæ esse *l. pupillum 111. de reg. jur. l. 23. de furto l. 5. §. 2. in fin. ad l. Aquil.* Et posset sane ex hoc fundamento quis contendere, eum ex conventionibus posse obligari civiliter quoque. Verum quia personæ & bonis pupillorum datur tutor, & tenera nimis ætas facile labi aut circumveniri possit *arg. l. 3. de minorib.* Unde facile accideret, ut in damno morarentur. Jus civile noluit omnino pupillos ex conventionibus suis obligari, nisi (quod Pius Edicto constituit) quatenus locupletiores essent effecti *l. pupillus 5. in fin pr. & §. 1. de auctor. stip.* Extra hunc casum an saltem naturaliter obligetur, valde disputatur, & vanæ sunt opiniones & interpretationes textuum, qui invicem pugnare videntur, & alij naturalem pupilli obligationem adstruere *l. si pupillus 21. ad L. Falcid. l si ejus 64. in pr. ad Trebell. l. cum illud 25. §. 1. Quand. dies leg. ced.* alij negare *l. quod pupillus 41. de condict. in d. l pupillus 59. de obl. & act.* Ego ita censeo siquidem obligationem naturalẽ in se quatenus ex consensu oritur, consideremus, & pupillum non longe à pubertate, ponamus, qui satis intelligat quod actum est, videri pupillum realiter obligari. Sed illam obligationem effectu pene pro nulla haberi, ne vergat in damnum pupilli, quod facile accideret, si hoc effectus, quos naturalis obligatio jure nostro habet, isti obligationi tribueremus, verbi causa, quod naturaliter debetur compensari potest *l. 6. de compens.* ita posset pupillo ob hoc debitum objici compensatio: itemq; posset debitũ istud qualequale solutum à pupillo, retineri, qui itidem effectus est naturalis obligationi *l. 10. de obl. & act.* At hoc jura non admittunt, nec patiuntur compensari aut retineri debitum *d. l. 41. de cond. indeb.* ut perinde propterea sit, ac si pupillus naturaliter obligatus non esset. Et hoc ita statutum est jure in gratiã favoremq; pupilli: quo cessante cessat etiam ipsa dispositio. Et proinde sit pupillo promittente quis pro eo pignus dedit, aut fidejussor intercessit, (quæ etiam naturali obligationi accedere

dere diximus *ad tit. 14. de oblig.*) & pignus tenet, & fidejussor efficaciter convenitur potest *l. Marcellus* 25 *de fidejuss. l. si pupillus* 127. *de V. O.* jura enim pupillo tantum non alius volunt consultum, ideoq; quo ad hos obligationē pupilli naturalem integram relinquunt: eoque pertinet, quod obligatio pupillaris novari per alium, & pupillus tertii obligationem in præjudicium ejus novare potest *l. 1. de novat.* Et ad hunc modum fœmina intercedens propter cōsensum haud dubie naturaliter obligatur: sed quia JCtum improbat obligationem *l. 16. in fi. ad Vellej. l. 9. C. eod.* pro obligata effectu non habetur, & solutum ex causa intercessionis condicit *l. qui except.* 40. §. 1. *de cond. indep.* Hæc breviter ad istam quæst. jam textum percurramus.

Pupillus omne negotium.] Quem intelligat pupillum statim explicat: & hac de re satis actum *sup d. aut. tut.*

Qui habent aliquem intellectum.] Habent procul dubio proximi pubertati, inter quos & infantes medii sunt, qui dicuntur proximi infantiæ: itaq; aliquid etiam de proximis pubertati eos participare rationis est, nec proinde recte hic eadem ratio statuitur infantis, & infantiæ proximi: & omnino illa comparatio, & quod uterq; nullum habeāt intellectum, cum mica salis accipienda est, quod scilicet & proximus infantiæ & qui eam egressus est, non recte intelligat quod agat *l. 1. §. huic* 13. *de obl. & action.* cæteroquin nec tutore quidem autore quidquam agere posset, nec benignior interpretatio, cujus hic & *in d. §.* 13. mentio est, locum invenire potuisset: præsertim, ut idem juris haberent (velut hic ait Justinian.) quod proximi pubertati: nimirum hactenus ut & sibi alios obligare, & tutore autore contrahere & alia facere possint: *l. textu & l. oblig.* 9. *in pr. de autor. tut. l. obligari* 43. *de oblig. & act. l. 1. C. de inutil. stipul.* cæteroquin manet inter eos differentia: quod proximi infantiæ doli capaces necdum sunt: sed & non est idem gradus in iis consensus, qui est in proximis pubertati, & Justin. ait hoc propter utilitatem eorum receptum.

Sed qui in potestate.] Ratio duplex redditur, cur impubes in potestate non obligetur patre autore: & quia pater non teneatur reddere rationes, & quia hoc sit extra terminos & fines patriæ potestatis, quæ respicit jus patris: tutor autem huic fini constitutus est, ut pupilli personam & bona tueatur. Prior autem ratio mihi non videtur concludere: licet enim ob reverentiam patri remissa dicatur reddendæ rationis necessitas, id tamen non possit impedire, quo minus authoritate patris contrahere & obligari possit impubes, & ex *l. ultim. §. sin autem 4. in fin. Codic. de bon. qua lib.* pater est immunis à rationibus: & non dubitarim, quin qua administrator recte filio consensum aut autoritatē præstet, per *l. si infanti* 18. *in fi. C. de jur. delib.* ubi pupillus patre autore in cujus potestate est, hæreditatem adit, & in *d. l. ult. §. ipsum autem in fi.* alienat filius cum voluntate patris: quamvis, quod recte animadvertit Faber voluntate & licentia patris sit opus, propter jus quod pater in bonis habet, eoq; opus erit illa licentia, licet filius sit 30. annorum. Sed sane in *l. si infanti* 18. *in fin. C. de jur. delib.* non aditret recte filius pupillus hæreditatem, nisi patris consensus pro autoritate esset, & omnino cum pater non ut pater, sed ut legitimus administrator consideratur, de quo plura *Angel. hic n.* 4. qui recte ait, si quæratur tantum de obligando impubere nihil posse autoritatem patris: quoniam ut *Barbit* tractat, per filium in potestate patri adquiritur, at tutori non adquiritur: nec quisquam in rem suam autor fieri potest. Cum itaque pater autor fieri non possit, ut filius acquirat, nec recte autor erit ut filius obligetur.

TEXTUS.

6. Si impossibilis conditio obligationibus adjiciatur, nihil valet stipulatio. Impossibilis autem conditio habetur, cui natura impedimento est, quo minus existat: veluti si quis ita dixerit: si digito cœlum attigero, dare spondes; At si ita stipulatur si digito cœlum non attigero dare spondes; pure facta obligatio intelligitur, ideoque statim peti potest.

COMMENTARIUS.

ITaq; commune est ceteris obligationibus & conventionibus, ut adjectione impossibilis conditionis vitientur *l. non solū* 31. *de ob. & act.* ubi redditur ratio & de stipulatione *in l. 1. §. Item 1. eod. & l. si stipulor* 35. *de verb. obligat.* Et Justinianus definit conditionem impossibilem, cui natura est impedimento: Et ea revera talis est, sed idem effectu est in conditione quæ jure dicitur impossibilis, quia est turpis & contra bonos mores *l. generaliter* 26. *l. stipulatio* 61. *& l. si id stipulor* 35. §. 1. *verb. oblig.*

quæ

quæ non inepte dicuntur impoſſibiles, quippe cũ ea non facere poſſe credamur *l. ſi filius 15. de condit. inſtit.* & jure impleri poſſe hæc negantur *l. continuus 37. §. cum quis 6. de verb obl.* Atque hæc recte comparantur, ubi conditio eſt concepta affirmative non autem ubi negative: ſiquidem conditio impoſſibilis natura negativa facit, ut pura ſit ſtipulatio *h. §. in fin. l. 7. & 8. de v. ob.* at turpis conditio etiã negative concepta vitiat obligationem *l. 7. §. ſi ob. 3. de pact.* quoniam hoc ipſum turpe eſt, accipere pecuniam ne delinquas. Atquin illo caſu nulla plane ſupereſt impoſſibilitas: nec ea poteſt ſuſpendere actum, ſed protinus purificat & ſolet à Dd. appellari neceſſaria, quippe cujus contraria eſt impoſſibilis. Juſtin. de turpi promiſſione ſeparatim agi *inf. h. t. §. quod turpi. 23.*

TEXTUS.

7. Item verborum obligatio inter abſentes concepta inutilis eſt. Sed cum hoc materiam litium contentioſis hominibus præſtabat, forte poſt tempus allegationes tales opponentibus, & non præſentes fuiſſe, vel ſe vel adverſarios ſuos contendentibus: ideo noſtra conſtitutio propter celeritatem dirimendarum litium introducta eſt, quam ad Cæſarienſes advocatos ſcripſimus, per quam diſpoſuimus, ſcripturas tales, quæ præſto indicant eſſe partes, omnino eſſe credendas: niſi is qui caſibus utitur improbis allegationibus, manifeſtiſſimis probationibus, vel per ſcripturam, vel per teſtes idoneos approbaverit, toto eo die quo inſtrumentum conficiebatur, ſeſe vel adverſarium ſuum in aliis locis fuiſſe.

COMMENTARIUS.

DUæ ſunt partes hujus §. Altera quod ſtipulatio non poſſit fieri inter abſentes, de quo diximus *ad §. 1. ſup. de v. obl.* quod nimirum verbis nuncupatis opus, & ſatis conſequitur ex *§. mutuum ſup. h. t.* cum quo ſane iſta tractatio erat conjungenda. Altera quam ibidem attigimus, eſt de præſumptione pro inſtrumento, quam Dd. appellant veritatis, quod præſumatur & credatur, ita ut ſcriptum eſt inſtrumento, partes præſentes contraxiſſe ſtipulationem: quæ tamen præſumptio non eſt juris & de jure, ut loquuntur, ſed tantum juris, ut admittat probationem contrariam, nimirum, alterutram partem toto illo die abfuiſſe ab eo loco, in quo ſtipulatio facta aſſeritur in inſtrumento, atqui ita probatur non negativa, ſed affirmativa, ſcilicet quod alteruter alibi fuerit, quomodo dicunt Dd. negativam tempore & loco coarctatam probari poſſe. Conſtitutio Juſtiniani cujus hic meminit eſt *in l. optimam 14. C. de contrab. ſtipul.*

TEXTUS.

8. Poſt mortem ſuam dari ſibi, nemo poterat ſtipulari, non magis quam poſt ejus mortem à quo ſtipulabatur. At necis qui in alicujus poteſtate eſt, poſt mortem ejus ſtipulari poterat, quia patris vel domini voce loqui videretur. Sed & ſi quis ſtipuletur ita, pridie quam moriar, vel, pridie quam morieris, dari ſpondes? inutilis erat ſtipulatio. Sed cum (ut jã dictum eſt) ex conſenſu contrahentium ſtipulationes valeant, placuit nobis etiam in hunc juris articulum inducere neceſſariam emendationem, ut ſive poſt mortem, ſive pridie quam moriatur ſtipulator ſive promiſſor, ſtipulatio concepta ſit, ſtipulatio valeat.

COMMENTARIUS.

RAtiones iſtius juris has reddit Hottom. quod ſint certæ formulæ & ritus ſtipulationi præſtituri: quod poſt mortem ſuam nemo dare poſſit, quod perinde ſit, ac ſi quis alium daturũ, ſpondeat. Sed ita quoq; inutilis ſit futura ſtipulatio, *cum moriar*, vel *cum morieris* contra *§. Ita autẽ cum §. ſeq. inf. h. t.* & iſtæ planæ rationes nihil concludunt. Solida & vera ratio eſt, quam diximus ad *§. poſt mortem ſub. de legatis*, quod obligatio non poſſit incipere in perſona hæredis aut contra hæredem, quam regulam juris veteris ſuſtulit, qui non poteſt teneri, niſi qua repræſentat defunctum: Juſtin. *l. un. C. ut act. ab hæred.* itaque etiam ſimul quod ex ea conſequebatur, & tum legata tũ ſtipulationes poſt mortem conceptas utiles eſſe voluit, *h. §. poſt mortem 35 ſup. de legat. & l. ſcrupuloſam 11. C. de contr. ſtip.* Aber-

Digitized by Google

Primum vitium ſtipulationis hoc textu propo-nitur ab objecto, & re quæ in ſtipulationem deducta eſt. Cujus variæ hoc textu proponuntur ſpecies & exempla, quæ poſſunt reduci ad hæc capita, quod vel omnino non ſunt, nec futura ſunt: vel ſunt quidem, ſed extra commercium ſunt: & hoc vel omnimodo, vel ſecundum quid, & cum relatione quadam, quæ eſt vel in ipſis rebus, quæ verbi cauſa, ædibus junctæ ſunt, vel in perſona ſtipulatoris, qui vel eorum incapax eſt, vel eas jam apud ſe habet. De quibus ſigillatim videndum eſt: quoniam non omnium eadem eſt ratio, nec ubique eadem nullitas, & circa ſingula quædam notanda & obſervanda ſunt. Primum genus rerum, quæ nec ſunt, nec eſſe poſſunt: abit in duas ſpecies, quod vel fuerunt, ſed amplius non ſunt: vel nec fuerunt quidem unquam. Ex illarum numero eſt ſervus mortuus, §. 1. *h.t. l.* 1. §. *ſi id quod* 9 *de ob. & act. l. ſi homo* 69. *de verb. obligat.* ubi videlicet nulla antea ejus cauſa ſupererat actio. Quod ſi enim ſervus mihi debitus poſt moram, vel ipſo jure & ex re (velut à fure) vel ex interpellatione contractam mortuus fuerit, recte eam deducam in ſtipulationem *l. inter* 83. §. *pen. de verb. oblig iunct. l. promiſſor* 21. *in princ. de conſt. pecun.* quoniam mora perpetuat obligationem, ut facit, ut etiam homo mortuus peti poſſit *l. ſi ſervum* 91. §. *ult. de verb. obliig.* extra hunc caſum ſi ſcientes, ſtipulationem contrahant ſuper ſervo mortuo, quæ-

1 ritur ab Interpretibus, an ſaltem † debeatur æſtimatio: quod idem tractant, ſi res ſacra aut religioſa in ſtipulationem fuerit deducta. Et communiter recte negatur, per hunc textum, qui ſimpliciter inutilem ſtipulationem eſſe pronuntiat: non eſſet autem inutilis, ſi vel æſtimatio deberetur. Et male diſſentit Porcius hic, cuius argumenta ſunt nullius momenti. Utitur 1 hac ratione, quod hoc textu loquatur Juſtin. de eo, qui ſervum putabat & credebat vivere: & mox de homine libero & re ſacra, quem ſervum, & quam profanam eſſe putabat: Sed inepte infertur inde, fore utilem ſtipulationem, ſi vel ſtipulans, vel uterque vitium ſciviſſent: ſed imo Juſtinianus ponit caſum magis dubitabilem, quo videbatur propter juſtum errorem utilis eſſe poſſe ſtipulatio: ut nec dubitandum ſit eſſe inutilem, ubi vitium rei non fugit ignoratum. Deinde ut Weſembec. reſpondet, hic tantum tractatur de caſibus quibus ob vitium in materia nulla eſt ſtipulatio, itaque putandum eſt ignoratum eſſe hoc vitium: Ubi autem ſciunt contrahentes, alia ratio inſuper ſtipulationem inutilem facit. Et cur non ſtipulati recta fuiſſent rei æſtimationem? & facit, quod Juſtinian. *ſup. in* §. *non ſolum* 4. *de legat.* rei quæ non eſt in commersio, legatum ſimpliciter inutile eſſe ait, ut nec æſtimatio debeatur. Ita quoque *in l. inter* 83. § *pen. de verb. obligat.* extra caſum moræ, de quo diximus ſervi mortui ſtipulatio ſimpliciter inutilis pronunciatur, & *in l. domum* 61. §. *ult. de contr. empt.* nullus hic dicitur contractus quia uterque in dolo eſſe intelligitur. Et ita quoque reſponderi poteſt *ad l.* 1. § *ſi id* 9. *de obligationibus, & Action.* cum & quod Accurſ. hic notat non procedat argum. à contrario ſenſu, ſi abſurdus intellectus ſequatur.

2 Rerum quæ ita eſſe † non poſſunt, ut nec umquam fuerint, exemplum refert Juſtinianus Hippocentaurum. Rudem vetuſtatem eos, qui primum equos domuerunt, tamquam mixtos hominibus equos credidiſſe perhibetur, & refert *Iſidorus* 11. *Etym. pen. in fin. & Alciat.* 9. *Parerg.* 13. Plinius tamen *libr.* 7. *cap.* 3. vidiſſe ſe refert. Hippocentaurum Claudii principatu ex Ægypto allatum in melle. Sed quidquid eius ſit, iſta exerrantis naturæ monſtra curanda non ſunt, & *Cicer.* 2. *de nat. Deor.* quis Hippocentaurum, aut Chimæram fuiſſe putat.

Lucret. lib. 5.

Sed neque Centauri fuerint, neque tempore in ullo.

Eſſe queat duplici natura & corpore bimo,
Ex alienigenis membris compacta poteſtas.

Quæ autem ita non ſunt, ut ex ordine naturæ ſperentur futura veluti fructus, partus, ea quin recte in ſtipulationem deducantur, non dubitatur.

Sequuntur res, quæ exiſtunt, ſed ſunt extra commercium, & quidem omnimodo, veluti res ſacræ, ſanctæ, religioſæ, publicæ, liber homo: & Juſtin. *in verſ. Idem b.t.* idem juris eſſe ait, ut nimirum inutilis ſit ſtipulatio *l.* 1 §. *ſi id* 9. *de obligat. & action. l. inter* 83. §. *ſacram. de verborum obligationibus*, quippe ex ſtipulatione naſcitur actio & obligatio dandi *l. ubi* 75. §. *ult. de verb. obl.* quo etiam omnes contractus tendunt, ut dominium aut ſaltem jus utucapiendi in rebus adquiramus, & omnino oportet res eſſe alienabiles, cuiuſmodi hæ non ſunt. Et quidquid etiam putet Porcius licet inter ſcientes ſtipulatio fiat, tamen nec æſtimationem deberi ve-

rius

rius est. Sed plus dubitationis † habet, si stipulator ignoret, & promissor sciat conditionem re, an non stipulatori competat actio ad interesse, propter dolum promissoris. Et ita quidem in venditione obtinet, ut hactenus videatur, tenere venditione obtinet, ut hactenus videatur, tenere venditione sacræ & liberi hominis, ut contra venditorē scientem detur actio ad interesse *l. 4. de contr. empt.* de quo *inf. §. ult. de empt. & vendit.* An igitur hactenus diversum jus in stipulatione? Ita videtur: siquidem hic simpliciter dicitur stipulationem inutilem esse. At contra *in d.l. 4.* liberi hominis & rei sacræ & religiosæ emptionem intelligi, si ab ignorante ematur.

Et obligatio venditoris hæc saltem est, ut præstet habere licere, non ut dominium transferat. Verum hujusmodi res nec habere possumus bona fide & titulus emptionis utique præstat jus usucapiendi, quod in his rebus locum non habet, & nec rem sacram religiosam, aut publicam, venditionis objectum habile ullo modo esse posse, probatur *ex l. Continuus 137. §. cum quis 6. de verb. obligat.* Cum Bartolo adeo *in l. liber homo 118. de verb. oblig.* quem magis & Faber probat, Sentio, & ex causa stipulationis nomine doli esse actionem contra promissorem, si ex causa onerosa interposita stipulatio fuerit. Et frequenter venditoris obligationem per novationem quoque constat, fuisse deductam in stipulationem *l. 3. §. 1. de act. empt. l. 4. de usuris* & quis negat, cum hoc casu contra venditorem scientem potuerit agi ex empto, & agi quoque posse ex stipulatu. Porro ad hunc casum, rei sacræ, religiosæ, publicæ, hominis liberi pertinent principaliter & omnes ampliationes in hoc textu. Et 1. ut sit inutilis stipulatio omnimodo, nec sit in pendenti nec expectetur eventus, quem & improbum sit expectare, quo forte liber homo servus, aut res sacra privata fiat, hoc textu *vers. nec in l. inter 83. §. sacram 5. de verb. obligat.* Secunda ampliatio, ut stipulatio initio utilis, si rei postea talis qualitas superveniat, inutilis efficiatur *h. text. vers. Item contra l. is qui 51. & l. 83. §. sacram: de verb. obl.* & ita hoc est exemplum regulæ, si res in eum statum deducatur, à quo incipere non potest, annullari actum: siquidem hic casus rem plane eximit commercio. Et hoc ita ut liberetur debitor, si id accidat sine eius facto: Cæteroquin, sicut qui occidit hominem debitum, tenebitur ad æstimationem, *d. l. is, qui 51. de verb. oblig. arg. l. si mihi 92. l. qui res 98. §. aream 8. de solut.* quod factum illius si abstit, ita liberatur, ut nec si post in pristinum statum res reducatur, obligatio restituatur, *d.l. 98 §. aream.* Tertia ampliatio, ut nec in eventum mutatæ qualitatis sub conditione stipulatio concepta utilis sit *h. textu in fin.* nec enim eventus hic expectari potest aut debet *d. l. inter 83. §. sacram. de verb. oblig.* & quod (ut Justin. ait) extra commercium natura & conditione sua est, nec sub conditione objectum contractum fieri potest: cum præsertim vulgo dicatur conditionem retrotrahi ad tempus contractus: quod tamen generale non esse, ex jam dicendis apparebit.

Supersunt res, quæ secundum quid non sunt in commercio, quarum tres facimus species. Primam, ubi in ipsa re vitium est, sed non perpetuum: veluti quod res ædibus juncta est, quam eximi & præstari vetuit Senatus *l. cætera 41. cum LL. seqq. de legat. 1.* Et cum hæc prohibitio nec sit omnimoda, aut perpetua, sicut & impedimentum ipsum temporale & accidentarium est, illud constat, sub conditione rem talem promitti posse *d.l. cætera 41. § 2. de legat. 1.* sed nec crediderim evanescere stipulationem, licet facto alterius res juncta fuerit, cum & in terminis rei jam junctæ Legato, non raro æstimatio debeatur *d. l. 41. §. si duobus in fin* quo argumento quis defendere possit, simpliciter valere stipulationem inter scientes, aut utique, ut sit in pendenti dum res exi-

3 matur. Quod attinet ad rem † stipulatoris propriam, ex prima ampliatione decisum hic est, stipulationem puram esse nullam, sed & quo ad alteram in *vers. Item contra* indefinite dicitur, nullam fieri stipulationem, si res in aliquam causam earum de quibus dixerat, deducta sit. Tertia autem ampliatio hic cessat, & posse quem rem suam in eventum quo sua futura non est, sibi stipulari, expressum est, in *l. si rem 31. l. existimo 98. de verb. obligat.* in quo tamen non inter omnes convenisse, ostendit *d. l. 41. de legat. 1. §. 2.* ibi *Secundum eos qui emi rem meam & promitti sub conditione aiunt.* Et movet hic scrupulum *l. usufructu. 26. de stipul. serv.* ubi dicitur servum hæreditarium, nec sub conditione quidem posse stipulari usumfructum, quoniā expræsenti vires capiat stipulatio, licet petitio eius suspensa sit: quæ ratio generalis est, faciet nullam esse & hanc stipulationem de qua quærimus. Accedit, quod vulgo jactatur, in contractibus conditionem quandocunque existentem retrotrahi ad tempus contractus; quod si & hic admittimus, rursus efficietur, inutilem esse stipulationem. Accedit & tertio, quæ ita arbitrii erit stipulatoris,

ter bignor. Lun. § cùm autem 7. verſ. ex actio C. de rei ux. act. l. ſi quis 49. §. & ſi 2. & ſeq. C. de Epiſc. & Cler. l. 2. verſ. ſed ubi quarta Cod. quod quand & quib quart. part. leg. 2. in princ. Cod. de conſtit. pecun. leg. in rebus 30. in princ. Cod. de jur. dot. Novell. 112. c. 1. §. ab hoc §. infra vi bonor. rapt. quæ omnes recentiorum Imperat. & imo Juſtiniani (extra *l. 2. quand. & quibus quart.* quæ Theodoſii eſt) ſunt conſtitutiones. Extat tamen eadem ſeparatio in *l. 4. Codic. ſam. erciſc. & in leg. 1. in princ de ædil. ed.* forte quia moventia ſunt ſpecies quaſi rerum mobilium, & illorum appellatione ex mente teſtatoris tantum animalia ſenſum habentia veniunt *l. moventium 93. de V. S.*

TEXTVS.

1. Si quis alium daturum facturumve quid promiſerit non obligabitur : veluti ſi ſpondeat, Titium quinque aureos daturum. Quod ſi effecturum ſe ut Titius daret, ſpoponderit, obligatur. Si quis alii, quam ei cuius juri ſubjectus ſit, ſtipuletur, nihil agit. Plane ſolutio etiam in extraneam perſonam conferri poteſt, veluti, ſi quis ita ſtipuletur, Mihi, aut Seio dare ſpondes: ut ſtipulatori quidem obligatio adquiratur, ſolvi tamen Seio etiam invito eo recte poſſit, & ipſo jure liberatio contingat, ſed ille adverſus Seium mandati habeat actionem. Quod ſi quis ſibi & alii cuius juri ſubjectus non ſit, dari decem aureos ſtipulatus eſt, valet quidem ſtipulatio : ſed utrum ſtipulatori totum debeatur, quod deductum eſt in ſtipulationem, dubitatum eſt. Sed placuit, non plus quam dimidiam partem ei adquiri. Ei vero, qui juri tuo ſubjectus eſt, ſi ſtipulatus ſit, tibi adquiri, quia vox tua tanquam filii ſit, ſicut & filii vox tamquam tua diligitur in his rebus, quæ tibi adquiri poſſunt.

COMMENTARIVS.

1 *De promiſſione facti alieni.*
2 *Alteri per alterum non quaritur obligatio : cum exceptionibus.*
3 *De jure adiecti.*
4 *Si quis alteri & ſibi ſtipuletur.*
5 *Vtile per inutile an vitietur.*

PErtinet hoc ad congruitatem quæ requiritur in ſtipulatione, ut in utriuſque contrahentium perſonam collata ſit ; ita ut quis ſe daturum facturumve promittat, & alter ſibi dari fierive ſtipuletur. Hinc 1. fruſtra quis & nulliter promittit alium daturum facturumve : & ita quidem nulliter, ut nec ille alius obligetur, cuius conditio per alium deterior fieri nequit, nec ipſe promiſſor *h. textu in pr. l in 83. in princ. de verb. oblig.* quippe cuius perſona inſerta ſtipulationi non eſt. Et igitur ſecus erit, ſi quis ut alius det faciat; curaturum ſe promittat, & ita factum proprium, qui utique obligatur *h. text. & d. l. 83.* quod eo pertinet, ut in tantum teneatur, quantum ut alter daret, curaturum ſe promiſit *l. ſi heres 73. in princip. de legat. 1.* Quod tamen ſecus erit, ſi quis ſtipulatus ſit curari decem dari per *l. ult. §. 1. de reb. cred. l. illa 67. §. 1. de verb. oblig.* Poſſit videri jejuna eſſe quædam verborum ſubtilitas, & ſemper iſta interpretatio ſumi, ut qui promiſit alium daturum, intelligatur promiſiſſe ſe curaturum, ut daret, ſed nihil neceſſum fuit hanc ſumere interpretationem, cum partibus imputari debeat, quod non debito modo fuerint ſtipulati. Et cum nemo poſſit alium obligare, creditum eſt partes, utique alterutrum qui promiſit, nec ſe obligare voluiſſe, qui nihil de ſe, ſed tantum de alio cavit. Et tamen non ſemper neceſſum eſt, hoc totidem verbis exprimi, ut quis ſe curaturum dicat, ſed non uno, imo multis caſibus hoc implicite actum eſſe intelligitur, ubi æquitas & conditio qualitasque negotii id expoſcere viſa eſt, quod recte promitto, Titium pro me fidejuſſurum *l. qui autem 14. §. 1. de conſt. pec.* Item quod pro eo, qui promiſit ſe facturum, fidejuſſor recte intervenit. *l. ſi quis 56. de fidejuſſor.* qui niſi proprium factum promitteret jam diverſum promitteret ab eo, quod eſt in obligatione principali, quod natura fidejuſſionis non patitur, ut dicemus tit. ſeq. Itaque intelligitur promittere ſe curaturum ut fiat, quod promiſſum eſt à reo principali, ut tamen ſimul & factum proprium promittat, per *l. ſicut rem 65. de fidejuſſor.* quod ſcilicet idem eſt ſpecie ſive genere cum eo quod debet principalis: licet non in individuo. Hinc etiam eſt, quod procurator de cujus mandato dubitatur, recte & utiliter promittit. dominum ratum habiturum *t. s. rem rat. hab. inf. in princ. de ſatisdationibus*, ut ſcilicet intelligatur promittere ſe hoc curaturum ; quoniam ſub hac

 cautione

cautione admittitur ad agendum nomine alieno, ſub qua cum ex ratione juris eum admittere teneatur Reus, utique decipi non debeat, ſed ſi dominus poſtea iterum agat ex ſatisdatione actio contra procuratorem, & fidejuſſores ejus concedenda eſt; & omnino hoc promittit procurator, quod ipſe in judicio nomine alieno agit, ratum & firmum futurum & manſurum; ſed quia per nullum alium quam per dominum rei. ſi forte procurator falſus fuit, res iterum in judicium deduci poteſt, quaſi de facto ejus agi videtur, promittat procurator, vix etiam iſta exceptio à regula eſſe videtur. Huc etiam pertinet, quam itidem hic objiciunt Dd. ſtipulatio habere licere, quam venditor præſtat, & nimirum, in effectu, rem evictam non iri, quam ipſe vendidit & ex contractu ipſo venditionis obligatus eſt, ita eam tradere ut dominium vel jus uſucapiendi transferatur in emptorem, & hic pro precio quod accepit, rem perpetuo tenere poſſit. Id enim hæc ſtipulatio habet per venditorem interpoſita, *l. exempto* 11. (alias *l. emptorem*) *§. ultim. de act. empt.* ut quicunque rem evincat, committatur, licet alias tantum factum ipſius promittentis & hæredis contineat *l. inter* 83. *in princip. de verb. obligat. junct. l. ſtipulatio* 38. *in princip. eod.* Eadem ratio eſt ſtipulationis de judicio ſiſtendo, ut qui promittit, alium ſiſti, (vel etiamſi promittat, judicio ſe Titium ſtiturum) intelligatur hoc permittere, ſe facturum, ut ſtet & judicio ſe ſiſtat *l. quoties* 81. *in pr. verb. obligat.* quoniam præſtatur ab eo, qui facit ut res, cui alias in jus neceſſario eundum erat, dimittatur *t. s. In jus voc. ut ſupr.* ut hic nec neceſſe ſit, exceptionem conſtituere in prætoriis ſtipulationibus; quamvis ſane illæ hoc proprium habeant, ut non à voluntate partium, ſed ex autoritate & edicto prætoris formam ſuam accipiant & robur *l. in prætoriis* 9. *de prætor. ſtipul.* cum & contra regulam alteram de qua jam dicemus, ex prætoriis ſtipulationibus alteri per alterum actio quæratur *l. in omnibus* 5. *eod. tit.* prætor enim non ſubtilitatem juri, ſed magis æquitatem intuetur, ne quiſquam ſub prætextu aliquo decipiatur; cum ipſius juſſu hæ ſatisdationes interponantur.

Si quis alii quam ei.] Diximus verba ſtipulationis debere collata eſſe in utriuſque contrahentis perſonam; & hinc fruſtra quem promittere, aut ſtipulari alium daturum facturum: Ex eodem fundamendo fluit hæc propoſitio. Fruſtra quem ſtipulari, alii datum iri, & fruſtra quem promittere, ſe alii daturum; & ita quidem fruſtra, ut nec obligatio quæratur ipſi ſtipulatori, cuius perſona ſtipulationi inſerta non eſt; nec alteri, vel quia mea non intereſt alteri obligationem quari, ideo autem ſunt inventæ obligationes & præcipue ſtipulationes §. *alteri* 28. *infr. h. t. l. ſtipulatio* 38. §. *alteri* 17. *de verbor. obligationib. l.* 3. *Codic. de contrahend. ſtipulationib.* vel quia actus iſtos, quibus de obligatione conſtituenda agitur, in perſona ipſorum agentium radicari oportet *arg. l. quæcunque* 11. *de obligat. & action.* nec quidquam niſi per medium legitimum & habile in alium poteſt transferri, quale medium non poteſt eſſe ſtipulatio, aut quævis alia conventio, quippe quæ tantum afficiat perſonas contrahentes. Neque enim iſta regula ad ſolam ſtipulationem pertinet, ſed eſt hoc generale, ut obligatio per alterum alteri non adquiratur §. *pen. ſup. per quas perſ. acq. l. ſiita* 126. §. 2. *de verb. obligat.* ibi, *nullam obligationem l. quo tutela* 73. *in fin. de Reg. jur. l. ſolutum* 11. §. *penultim. de pignor. action.* Atque hæc poſterior eſt verior ratio; nam illa de intereſſe, efficit, ut ne ſtipulanti actio quæratur, ſed non ut ne illi, in cuius perſonam ſtipulatio collata eſt. Hæc autem regula non unam imo multas habet limitationes, quibus non quidem directa (nam hactenus regula perpetua eſt, ut nunquam alteri ex ſtipulatione alterius directa actio competat) ſed ut lis actio detur & adquiratur. Et exceptio una eſt in prætoriis ſtipulationibus *l. in omnib. 5. de prætor. ſtipulation.* quæ tamen cum de procuratore loquatur, referenda eſt ſub exceptionem generaliorem, quod per procuratorem adquiratur domino actio. Cuius exceptionis unum exemplum eſt in ſtipulationibus prætoriis *d. l. 5.* Aliud eſt exemplum extra prætorias ſtipulationes, ſi ſtipulatus fuerit procurator ex re domini *l. quod procurator* 68. *de procurat* & aliud adhuc, ſi præſente domino ſtipulatus fuerit *l. ſi procuratori* 79. *de Verb. Obligat.* nec enim ratio patitur, ut cum textus ſimpliciter loquatur, vel ad prætorias ſtipulationes, vel caſum quo ex re domini procurator ſtipulatur, reſtringebatur. Alia non abſimilis exceptio eſt, ſi quis ex officio alteri ſtipulatur, qui ipſe vel ob ætatem, vel alias etiam cauſas, ſtipulari non poteſt. Hinc per ſervum publicum, & ut hodie loquuntur, per Notarium adquiritur alius actio, ut in *l. 2. tam pupilli ſalvi fore l. non aliter* 18. *cum l. ſeq. de adopt.* quo etiam referendum eſt (regula enim generalis eſt, & ad quoſcunq; contractus pertinet) quod

per

per inſtitorem quæritur præponenti actio *l. 1. in fin. & l. 2. de inſtit. action.* itemque per actorem municipum *l. 5. §. ſi actori de conſt pec.* & per magiſtratum, in ſpecie *l. 1. §. exigere 15. in fin. de magiſtrat, conven.* quæ etiam partim ad priorem exceptionem referri poſſunt, aut conſtituenda una exceptio generalis, in iis, qui ex officio aliquid faciunt; nam & procurator gerit officium. Alia exceptio eſt generalis itidem, ſi pactio vel conventio adjiciatur actui naturali, quia facilius hoc modo operam noſtram accommodando aliquid alteri adquirimus, ut tractant *Dd. ad l. 1. §. per procuratorem 20. de adq poſſeſſ.* & ex hoc fieri putant, quod per procuratorem domino adquiratur poſſeſſio. Et duo membra habet hæc exceptio. Primum eſt cum adjicimus pactum ejus rei traditioni, quæ ad alium pertinet, aut ad eum pertinere debet ex quo illi acquiritur actio utilis ex pacto ejus, qui rem commodavit aut depoſuit *l. penult. Cod. ad exhib.* aut alterius nummos numeravit *l. 126. §. 2. in fin. de verb. obl.* item ex pacto creditoris, qui rem pignoratam ſibi diſtraxit *l. ſi cum 13. in prin. de pign. act.* Alterum membrum eſt, ſi quis traditioni rei ſuæ pactum & conventionem in alterius favorem adjecerit; notat Jaſon in *l. ſtipulatio 38. §. alteri 17 de verb. oblig. nu. 13.* Hinc ſi alterius nomine pecuniam numerem, illi condictio adquiritur *l. certi 9. §. penul. de reb. cred. l. ſi ita 126. §. 2. in fin. de verb. oblig.* quo etiam referri poſſit ſpecies *l. Publia 26. in princip. de pign.* Hinc etiam eſt, quod ei cujus nomine indebitum quis ſolvit, condictio datur *l. dominus 53. de condict. indebit. l. 6. Codic. eod.* Eodemque referunt Dd. pactionem quæ adjecta eſt dationi dotis, ut ea alteri reſtituatur. Sed cum fere pactum id proponatur factum pro conjunctis perſonis, alii hic novam ſtatuunt exceptionem ab affectione perſonarum, ut his qui conjunctiſſimi fuerunt, ſtipulanti, aut paciſcendi, ex conventione in ipſorum perſonam collata actio detur, quo pertinet quod ſi pater ſtipulatus ſit filiæ ſuæ dari poſt mortem, filiæ utilis actio datur etiamſi patri hæres non exſtitat *l. quodcunque 45 §. 2. de verbor obligation.* Et videtur hoc ideo admiſſum, quia pater alias liberis ſuis ſtipulando ſibi adquirit actionem. Nimis enim impudens eſt, quod *Ant. Fab. in leg. 17 §. 4. & in leg. 11. §. 2. de pact.* iſtum locum à Triboniano corruptum contendit. Affectioni perſonarum accedit favor cauſæ, ſi eo tendat pactum, ut liberi dotem habeant. Ceterum circa pactum quod eſt adjectum dationi dotis, de re alteri reſtituenda, ipſis textibus noſtris non ſatis convenire videtur. Iſtud apparet, rigorem juris conſtitutionibus Impp. poſteriorum, in aliquibus caſibus temperatum fuiſſe, ut in ſpecie *l. 3. Codic. de donat. ſub mod.* quæ nititur ſimplici æquitate, quamvis aliquid faciat, quod dationi rei ſuæ pactum adjectum fuit. Et ita facilius admiſſum fuit pactum dotis dationi adjectum, ut in ſpecie *l. pater 7. C. de pact. conv.* ubi nepotibus ex filia, ex pacto avi utilis datur actio, quippe cum pater alias ex jure communi pro repetenda dote haberet actionem, quam ille pacto in nepotes ex filia transferre ut poſſet, permiſſum fuit: quæ ipſa ratio differentiæ dari poteſt ad *l. 4. Codic. de pact. conv.* ubi ex pacto matris dotem dantis liberis negatur actio; quoniam uxore mortua dos adventitia manet apud maritum, utique ex juris veteris ratione Et hinc etiam ratio dari poteſt cur ex avi materni pacti nepti actio quæratur *l. Gai. 45. in f. ſol. matr.* Et an ſpeciale præterea fortaſſis, in d. 45. quod agit ibi ipſa uxor divortio facto, cujus nomine dos data fuit, quæ citra ſtipulationem actionem rei uxoris haberet; ut eo facilius ne dotem amittat, ipſi danda ſit actio ex ſtipulatu; quæ ratio ceſſat in *d. l. 4. C. de pact. conv.* Et ita videtur Acc. ibidem reſtringere *d. l. 45.* quamvis facile crediderim, clauſulam *d. l. 45.* à Triboniano adjectam eſſe, quod & diſputatio JCti præcedens, & ipſe ſtilus arguit; quod cenſet & *A. Fab. 15. conject. 3.* Sed cum Tribonian. hanc acceperit poteſtatem, ut reſponſis JCtorum addere & detrahere poſſet, & ipſius ſanctiones autoritatem Legum obtineant, his reſponſionibus non poſſumus conciliare textus. Ex hoc etiam reſpondetur ad *l. debitor 59. §. ult. ad Trebell.* ubi ex pacto filiæ negatur matri actio, cum & alias difficilius aſcendentibus per liberos actio quæratur. Itemq; caſus eſt *l. inter 26. §. filia cum 4. D. de pact. dot* Nihil autem huc facit *l. ſi cum 82. de ſolut.* ubi poſt traditionem factam conjuges inter ſe pacti proponuntur. Atq; his caſibus alteri quæritur actio ex ſtipulatione in alterius perſonam collata. Aliud genus exceptionis eſt, quo actio quæritur ipſi, qui ſtipulatus eſt alteri, veluti ſi ejus interſit; de quo dicemus ad §. *alteri inf. h. t.* Jam in textu noſtro pergamus.

Alii quam ei cuius juri ſubjectus] Regula, quod nemo alteri ſtipulari poſſit, procedit in extraneo: & extraneus hic omnis eſt extra eos in quorum quis eſt poteſtate; ut verba mox ſeqq oſtendunt. Et nimirum quibus adquirimus, iis conſequenter etiam recte ſtipulamur, cum & ſi ſimpliciter ſervus, aut filius fam. ſtipuletur, aut alias contrahat, patri, aut

aut domino quæratur actio. Id in ſervo ſimpliciter obtinet: in liberis habet exceptiones juxta tradita ad *t. ſup. per quas perſ. ann. &* tractatur *infr. hoc lib. tit. penult.*

Solutio & in extraneam.] Extranea perſona, ut dixi, omnis, †hic eſt, præter dominum & patrem. Habet autem & iſtud quandam ſpeciem limitationis, aut declarationis ad regulam præmiſſam. Et nimirum non poteſt perſona alterius inſeri ſtipulationi, ut ei actio quæratur & obligatio, ſed poteſt adiici perſonæ ſtipulantis per particulam disjunctivam, ut ei jus recipiendæ ſolutionis, nec quidquam præterea inſtar cuiusdam procuratoris adquiratur. *h. text. & l. ult. § ſi ita 3. de V. O. l. ſi mihi 23. de fidejuſſor. l. quod 10. de ſolutionib. l. ſi ita 9. eod.* dico inſtar procuratois, verus enim procurator non eſt, imo negatur eſſe procurator *l. vero 2. §. 1. de ſolutionib.* quoniam tamen alia deficiebat ad inſtar procuratoris, ut mandati actione teneretur receptum fuit *h. §. & l. Iulianus 13. §. de Verb. Oblig.* Et quia procuratoris inſtar eſt, cum mandatum morte finiatur, hæredi eius ſolvi non poteſt, *l. cum quis 55. de V. O.* Et etiamſi jam pars ſoluta ſit principali tamen reſiduum adjecto ſolvi poteſt *l. cum decem 71. in princip. de ſolutionibus*, & ſolvi adjecto poteſt etiam invito ſtipulatore h. §. in quo differt ab alio procuratore vulgari cui quod mandatum eſt libere revocari, & ita facultas quoque recipiendi ſolutionem adimi poteſt. Et ratio ſpecialitatis eſt, quia hæc poteſtas data adjecto eſt per ipſam formam ſtipulationis; quin potius, ut rectius dicam; promiſſori ex ipſa ſtipulatione jus hoc quæſitum eſt, ut poſſit ſolvere adjecto, quod ipſi ſtipulatoris arbitrio ſolo adimi non poteſt *l. vero 12. §. penult. de ſolutionib. l. fidejuſſor 6. in fin. princip. de fidejuſſ.* quæ ratio facit, ut licet perſona alias inhabilis ſit, tamen ei ſolvi poſſit, *l. ſi ſtipulatus 11. de ſolutionibus.* nam & cuicunque creditor mandavit, ut ſolutionem recipiat, ei recte debitor ſolvit. Et proinde quia loco procuratoris eſt adjectus, ſolutio eius commodo non cedit, ſed quod accepit, mandati actione conventus reſtituere cogitur *h. text. & d. l. Iulian. 131. § 1. de V. O.* Recte autem ſolvitur adjecto, ſi maneat in eodem ſtatu, nec in eum deducatur, in quo ſi ante fuiſſet, ſtipulator eum adjecturus non fuiſſet *leg. cum quis 38. in princ. de ſolut.* cui tamen textui videtur repugnare reſponſum Papiniani in *leg. Stichum 95. §. uſumfructum 6. eod. qua de re v. Acc. Iaſonem Zaſium & Cuiacium in l. eum qui 56. §. 2. de V. O. A. Fab. 3. conject. 10.* & quæ notavimus *in §. Item ſi 10. inſ. mandati.*

Quod ſi quis ſibi & alii.] Habet & hoc ſpeciem limitationis ad regulam ſuperiorem. Nimirum ſtipulatio eſt nulla; ſi tota in alterius perſonam ſit collata, nam ſi ſimul adjecta ſit perſona ſtipulantis, in partem valet ſtipulatio. Nec enim debuit inſolidum adquiri ſtipulanti, qui ipſi alium adjecit, nec in ſolidum debuit inutilis eſſe ſtipulatio, cum nec alibi utile per inutile vitietur, de qua propoſitione vide hic late & accurate *Ioh. Fab. l. ſi mihi 110. in princip. de Verbor. Oblig.* nam qui v. c. decem ſibi & Titio dari ſtipulatur, non alia, & alia decem, ſed ſola decem ſibi & Titio communiter ſtipulari intelligitur *l. eum qui 56. in pr. de V. Oblig.* ex quo fit ut Titius partem faciat, & pro parte tantum ſtipulatio valeat. Ex quo efficitur, contra quam Hottom. putat, etiamſi non pecunia, ſed corpus in ſtipulatione ſit, veluti fundus, homo, equus, tamen non totum, ſed tantum partem deberi, quod & magis probat *Weſemb. hic.* Quod ſi autem res plane ſit indiviſibilis aut ejus conditionis, ut adjecto adquiri non poſſit, magis eſt, ut perſona ejus tum pro ſupervacuo adjecta habeatur, ut in *l. proprium 5. Comprad.* Quod alia ratione accidit in contractu emptionis, quia integrum pretium fundi ſolvitur *l. fundus 64. de contr. empt.* ut pleniſſime erret Porcius hic, qui hoc putat fieri per jus accreſcendi; quod ipſe textus reſpuit dum dicit perſonam Titii ſupervacuam eſſe & fruſtra adjecta, quod falſum eſt, quoties juri accreſcendi locus eſt, ubi in utriuſque perſona initio conſiſtit id de quo quæritur, ſed per concurſum ſcinditur, & uno deficiente ad alterum totum pertinet: At quin in contractibus, aut qui adjectus eſt facit: ut actus pro parte ſit nullus, aut omnino pro non adjecto habetur; perinde ac ſi in alterius perſonam ſolius contractus totus collatus ab initio fuiſſet, quod & accidit in ſpecie *§. ult. ſupr. de ſtip. ſervil. ſi ſervus 12. de aut tut.*

Ei vero qui tuo juri ſubjectus] Titius recte ſtipulatur patri, & ſervus domino, ita ut his per illos adquiratur: Sed alia ratione pater recte ſtipulatur filio, & dominus ſervo, non ut his adquiratur, ſed ipſis ſtipulantib. perinde atq; ſi ſibi ipſis ſtipulati fuiſſent; quoniam quidquid ad filium, aut ſervum pervenit ſtatim domino, aut patri adquiritur; itaq; ne fruſtra adquireretur filio, Leges ita interpretatæ ſunt, ac ſi pater ſibi ipſi ſtipulatus fuiſſet, *h. textu & l. 2. Cod. de contr. ſtipul. l. dominus 59. de V. O.* Et hinc quia per filium emancipatum patri nihil adquiritur, fruſtra quoq; ex ratione juris pater ſtipulatur filio emancipato *l. ſi genero, 26. C. de jur. dot.* Ex quo

etiam

etiam est, ut quoniam post mortem frustra quis sibi stipulatur, nec filio pater dari post mortem recte stipuletur, quamvis ex æquitate receptum sit, ut utilis actio hic filio detur *leg. quodcunque* 45. *§.* 2. *de verb. obligat.* sicut & ex æquitate eadem receptum est, ut ex pacto patris filio detur exceptio doli *l. & haredi.* 21. *§.* 2. *in fin. de pact.* quoniam ratio juris, quod per patrem liberis nihil adquiri potest *l. cum dos* 7. *de pact. dot.* facit ut ne sit locus exceptioni pacti *l. si tibi § si pactus* 4. *de pact.* nam & hæc ratio juris est, ut stipulatio collata in tempus, quo nulliter interponeretur, nulla sit *l.* 4. *Cod. de donat. ant. nupt.* Procedit hoc in iis quæ patri acquiri possunt per filium, itaq; si factum sit personale in obligatione, veluti si pater stipuletur filio ire agere licere, nihil agitur *l. quod dicitur* 130. *de verb. obligat.* nam si ita sibi stipularetur filius, patri non adquireret *§. sed cum* 2. *sup. de stip. serv.* Itaque cum hodie nullorum adventitiorum proprietas quæratur patri; videatur pater extra causam profectitii peculii frustra stipulari filio, quoniam per patrem filio non potest adquiri *l. cum dot.* 7. *de pact. dot.* adquireretur autem filio ususfructus, sed magis videtur ut propter jus ususfructus recte pater stipuletur, & ut hactenus per consequentiam propter jus novum adquiratur filio per stipulationem patris & secutam traditionem dominium; nam ex stipulatione qua tale nihil adquiretur filiæ. Aut an dicimus pro profectitio esse; quia causa adquisitionis & obligationis à patre habet originem, *v. Fabr. hic num.* 9.

Vox tua tamquam filii.] Hinc deducunt, quod filius & pater habeantur pro una & eadem persona: quod extra ea quæ sunt juris publici, & fere ubi de jure adquirendi patri per filium tractatur, locum habet, quamvis id aliquando & alio trahatur, ut in *l. ult. inf. Codic. de impub. subst. l. cum scimus* 22. *§. ult. Cod. de agric. & cens.* Male autem huc à Wesemb. adducitur *Aristot.* 1. *Polit.* quasi filii sint organa quædam & instrumenta per quæ adquirat pater. Id enim de servis tantum affirmat Aristoteles, minime autem de liberis, qui ex ejus sententia non sunt in tali potestate patris, ut ostendimus supr. *de patr. potest.* Sed sane ex ratione juris civilis Romani veteris istud procedit.

TEXTUS.

5. Præterea inutilis est stipulatio, si quis ad ea quæ interrogatus fuit, non respondeat, veluti si quis decem aureos à te sibi dari stipuletur, tu quinque promittas, vel contra, aut si ille pure stipuletur, tu sub conditione promittas, vel contra: si modo scil. id exprimas: id est, si cui sub conditione vel in diem stipulanti, tu respondeas, præsenti die spondeo. Nam si hoc solum respondeas, promitto, breviter videris in eandem diem vel conditionem consensisse: neq; enim necesse est, in respondendo eadem omnia, repeti, quæ stipulator expresserit.

COMMENTARIUS.

HOC quoque pertinet ad congruitatem stipulationis, quæ esse debet in interrogatione & responsione, ut nõ aliud respondeatur, nec alia forma, quam interrogatum fuit. Identitas & diversitas consideratur vel in re vel in qualitate, si aliud promittatur, constat stipulationem esse nullam, si mutetur qualitas, & pure interrogatus, respondeat, se daturum post tempus, vel sub conditione, nullam esse itidem stipulationem respondetur *h. §. & l.* 1. *§ si quis* 3. *de verbor. Obligationes*, ubi tamen additur limitatio, nisi diversitas responsionis illico placuerit stipulatori, id est nisi stipulator statim attestatus sit se responsione ea esse contentum, quo facto perinde habetur, ac si eadem qualitas quam addidit stipulator, interrogationi inserta fuisset; & nova quasi contracta stipulatio *d. l.* 1 *§.* 3. quod tamen ad illum casum quo diversitas est in qualitate pertinet, nec ultra extendendum est, & recte Iohan. Fab. negat id procedere, si diversitas sit in re promissa; ita enim tota variaretur & mutaretur stipulatio; nec id citra novã interrogationẽ potest fieri.

Quantitas dicitur verbi causa in pecunia numeratur, quæ opponitur Rei sumptæ in specie pro corpore: Ceteroquin & pecunia res est. Et nimirum promittitur, aut plus, aut minus: & utroq; casu valere stipulationem in summam minorem aperte respondet Ulpian. in *l.* 1. *§.* 4. *de verb. obl.* ubi contra ejusmodi stipulationem movet rationem dubitandi quod summæ non videantur congruere: eam ita removet, quod manifestissimum sit, in summa majori inesse minorem, & consequenter ipsa vi & potestate congruitatem esse in stipulatione. Nec adeo probari potest, quod *Cuiac.*

in d. l. 1. §. 4. (quæ tamen jam olim Porcii sententia fuit hic) putat Vlpianum loqui de casu, quo diversitas responsionis illico placuit stipulatori; nam hæc limitatio addita est in §. *præc.* ubi diversitas est in qualitate; sed in §. 4. utitur nova & propria ratione JCtus, quod manifestum sit in viginti & decem inesse, adeoque intelligi non esse talem diversitatem in stipulatione; quæ possit vitiare stipulationem. Secundum hoc, quod hic Justinianus stipulationem inutilem ait, accipiendum est secũdum quid & quo ad summam, quæ excedat, non quoad concurrentem, quæ Dd. est communissima explicatio; & porro hinc conjunctio duplicis diversitatis, à qualitate & quantitate, itidem est secundum quid accipienda; quia propter illam omnino inutilis est stipulatio, aut an dicimus, quod Ulpianus quidem vim & potestatem verborum considerati, Justinianus autem tantum externam eorum formam, secundum quam possit omnino videri inutilis stipulatio; quæ etiam fuit sententia Caii *obligat. tit. 9. vel si* 10. Ceteroquin si *d. l.* 1. §. *de verb. obl.* cum hoc loco conciliare velimus, omnino explicatio Dd. tenenda erit.

TEXTUS.

3. Item inutilis est stipulatio, si vel ab eo stipuleris, qui tuo juri subjectus est, vel si is à te stipuletur. Sed servus quidem non solum domino suo non potest obligari, sed nec quidem ulli alii, filii vero familiarum aliis obligari possunt.

COMMENTARIUS.

PAtet ex ratione, quam diximus ad §. *si quis alii vers. ei verb.* & quod filius & pater pro una persona habeantur; & quod patri omnia quærãtur per filium (exceptis quibusdam bonis) Itaq; necessum est, ut frustra filius promittat patri, aut pater filio, quæ comparatio procedit in civili obligatione: Ceteroquin si pater à filio stipuletur, dominus à servo, obligationem naturalem nasci argumento est, quod recte accidit fidejussor *l. si quæ* 56. §. 1. *de fidejuss.* quem frustra accipi in casu adverso, si filius à patre vel servus à domino stipuletur, ibidem traditur: ut vel hic nullam, vel jure civili pro nulla habitam obligationem oriri oporteat, nam naturaliter etiam dominum servo obligari expressum est *in l. si quod dominus* 64. *de cond. indeb.* Emancipati quin alia ratio sit, dubitari non potest. Alia quoq; ratio bonorum quæ sunt filii, veluti castrensium, in quibus filius loco patrisfam. est *l.* 2. *ad SC. Maced.* itaq; ex ea causa cum patre recte contrahit & litigat *l.* 4. *de judic.* idem proinde erit in bonis adventitiis, quorum filius habet plenam proprietatem, ut notat Joh. Fab. hic.

Sed servus quidem.] Hoc nihil ad rem istam, sed obiter saltem attingitur, quid hic intersit inter servum & filium: quod hic extra contractum mutui §. *illud* 7. *infra Quod cum eo, qui in al. pot.* ex cæteris omnibus causis civilibus obligatur ubi cũ alio contrahit, *l. filiusfam.* 39. *de obligat. l. si quis* 44. *de peculio l. cum filius* 49 *l. ult.* §. *pupillus* 2. *de verb. oblig.* Servus autem nec domino nec ulli alii obligari potest, videlicet civiliter, de qua obligatione hic tractatur, naturaliter autem & aliis & domino, & dominus ipsi vicissim obligatur *l. servi* 14. *de obl. & act.* §. 1. *infra tit. seq.*

TEXTUS.

4. Mutum neq; stipulari, neque promittere posse palã est: quod & in surdo receptum est, quia & is qui stipulatur promittentis verba: & is qui promittit, verba stipulantis audire debet. Unde apparet, non de eo nos loqui, qui tardius exaudit, sed de eo qui omnino non audit.

COMMENTARIUS.

1 *Literis nec inter præsentes contrahi stipulatio potest.*

DIximus ad *pr. tit. de verb. oblig. sup.* in stipulatione requiri verba ore prolata utrimque: & igitur mutus stipulationem contrahere non potest & quoniam nec potest respondere, nisi qui intelligit quod interrogatur, consequenter nec surdus contrahet stipulationem: Quod si enim ipsi interrogatio in scriptis proponatur, jam vitium est in stipulatione & deficit essentia ejus: ex quo apparet falsum esse, quod stipulatio inter præsentes per literas contrahi posset. Ita enim nihil prohiberet quo minus & mutus & surdus stipulari possent contra hunc textum & *l.* 1. §. *pen. & ult. de oblig. & actions. & l.* 1. *in prin. de verb. obl.* Atquin potest circa surdum scrupulum movere quod scribit Just. *in l. diversis* 10. *C. Qui test. fac poss.* neminẽ tam esse surdum, ut non audiat, si quis supra cerebrum ejus loquatur. Verum suspicor id esse commen-

mentum, de quo diximus ad §. *Idem furdus 3. sup. quibus est. perm. fac testam.*

TEXTUS.

5. Furiosus nullum negotium gerere potest, quoniam non intelligit, quod agit. Pupillus omne negotium recte geret: ita tamen, ut ubi tutoris autoritas necessaria sit, adhibeatur: veluti si ipse obligetur: nam alium sibi obligare etiam sine tutoris autoritate potest. Sed quod diximus de pupillis, utique de iis verum est, qui jam aliquem intellectum habent. Nam infans, & qui infantiæ est proximus, non multum à furioso distant: quia hujusmodi ætatis pupilli intellectum habent nullum. Sed in proximis infantiæ propter utilitatem eorum, benignior juris interpretatio facta est, ut idem juris habeant, quod pubertati proximi. Sed qui est in potestate parentis impubes, ne auctore quidem patre obligatur.

COMMENTARIUS.

1 *Pupillus an & quatenus obligetur,*

COmmunis hæc omnibus contractibus est tractatio, quippe qui sine consensu constitui & consistere non possunt. Itaque recte in genere ait Just. quod furiosus nullum negotium gerere possit, *l. in negotiis 5. l furiosi 40. de reg. jur. l. 1. § furiosi 12. de obl. & act. l. si à reo 70. § si à furioso 3. de fidejussi.* ita ut nec promittere possit nec stipulari *d. §. 12.* in quo differt à prodigo *l. is cui 6. de v. obl.* Itaque nec cum curatore quidquã agere potest *d. l. 5. de reg. jur.* & implicaret contradictionem, nihil plane intelligere posse & agere, & posse tamen cum curatore: quoniam qui quid agit aut facit aliquo autore, ipse quoq; simul facit. Qua in re melior cõditio est pupillorum, qui tutore autore omnia fere recte agunt, *d. l. 5. de reg. jur.* De trib. ætatibus pupilli. quæ attinguntur h. § infantia, huic proxima, & pubertati proxima, diximus *ad tit. de tutelis supra.* Hic de obligatione pupilli an & quatenus obligetur, agendum est aliquid. Et inprimis hinc removendus est infans, qui cum consensum non habeat, nec ullo modo obligari potest. Dicendum igitur de proximo pubertati & de proximo infantiæ, quos non dici modo eodem *ad d. §.* de tutelis monuimus. Etenim proximus pubertati dicitur, qui necdũ est pubes, sed prope abest à pubertate, cæteroquin amplius non esset pupillus. Proximus autem infantiæ est, qui infantiam jam est egressus, nullus enim terminus dari potest, qui antecedat infantiam: & igitur nullo alio sensu dici possunt infantiæ proximi, quam quod infantiam egressi sint. Pubertati proximum constat & doli capacem & pœnæ esse *l. pupillum 111. de reg. jur. l. 23 de furto l. 5. §. 2. in fin. ad l. Aquil.* Et posset sane ex hoc fundamento quis contendere, eum ex conventionibus posse obligari civiliter quoque. Verum quia personæ & bonis pupillorum datur tutor, & tenera nimis ætas facile labi aut circumveniri possit *arg. l. 3. de minorib.* Unde facile accideret, ut in damno morarentur. Jus civile noluit omnino pupillos ex conventionibus suis obligari, nisi (quod Pius Edicto constituit) quatenus locupletiores essent effecti *l. pupillus 5. in fin pr. & §. 1. de auctor. tut.* Extra hunc casum an saltem naturaliter obligetur, valde disputatur, & vanæ sunt opiniones & interpretationes textuum, qui invicem pugnare videntur, & alij naturalem pupilli obligationem adstruere *l. si pupillus 21. ad L. Falcid. l si ejus 64. in pr. ad Trebell. l. cum illud 25. §. 1. Quand. dies leg. ced.* alij negare *l. quod pupillus 41. de condict. in d. l pupillus 59. de obl. & act.* Ego ita censeo siquidem obligationem naturalẽ in se quatenus ex consensu oritur, consideremus, & pupillum non longe à pubertate, ponamus, qui satis intelligat quod actum est, videri pupillum realiter obligari. Sed illam obligationem effectu pene pro nulla haberi, ne vergat in damnum pupilli, quod facile accideret, si hoc effectus, quos naturalis obligatio jure nostro habet, isti obligationi tribueremus, verbi causa, quod naturaliter debetur compensari potest *l. 6. de compens.* ita posset pupillo ob hoc debitum objici compensatio: itemq; posset debitũ istud qualequale solutum à pupillo, retineri, qui itidem effectus est naturalis obligationi *l. 10. de obl. & act.* At hoc jura non admittunt, nec patiuntur compensari aut retineri debitum *d. l. 41. de cond. indeb.* ut perinde propterea sit, ac si pupillus naturaliter obligatus non esset. Et hoc ita statutum est jure in gratiã favoremq; pupilli: quo cessante cessat etiam ipsa dispositio. Et proinde si pupillo promittente quis pro eo pignus dedit, aut fidejussor intercessit, (quæ etiam naturali obligationi acce-

quæ non inepte dicuntur impoſſibiles, quippe cũ ea non facere poſſe credamur *l. ſi filius* 15. *de condit. inſtit.* & jure impleri poſſe hæc negantur *l. continuus* 37. §. *cum quis* 6. *de verb obl.* Atque hæc recte comparantur, ubi conditio eſt concepta affirmative non autem ubi negative: ſiquidem conditio impoſſibilis natura negativa facit, ut pura ſit ſtipulatio *h.* §. *in fin. l.* 7. & 8. *de v. ob.* at turpis conditio etiã negative concepta vitiat obligationem *l.* 7. §. *ſi ob.* 3. *de pact.* quoniam hoc ipſum turpe eſt, accipere pecuniam ne delinquas. Atquin illo caſu nulla plane ſupereſt impoſſibilitas: nec ea poteſt ſuſpendere actum, ſed protinus purificat & ſolet à Dd. appellari neceſſaria, quippe cujus contraria eſt impoſſibilis. Juſtin. de turpi promiſſione ſeparatim agi *inf. h. t.* §. *quod turpi.* 23.

TEXTUS.

7. Item verborum obligatio inter abſentes concepta inutilis eſt. Sed cum hoc materiam litium contentioſis hominibus præſtabat, forte poſt tempus allegationes tales opponentibus, & non præſentes fuiſſe, vel ſe vel adverſarios ſuos contendentibus: ideo noſtra conſtitutio propter celeritatem dirimendarum litium introducta eſt, quam ad Cæſarienſes advocatos ſcripſimus, per quam diſpoſuimus, ſcripturas tales, quæ præſto indicant eſſe partes, omnino eſſe credendas: niſi is qui caſibus utitur improbis allegationibus, manifeſtiſſimis probationibus, vel per ſcripturam, vel per teſtes idoneos approbaverit, toto eo die quo inſtrumentum conficiebatur, ſeſe vel adverſarium ſuum in aliis locis fuiſſe.

COMMENTARIUS.

DUæ ſunt partes hujus §. Altera quod ſtipulatio non poſſit fieri inter abſentes, de quo diximus *ad* §. 1 *ſup. de v. obl.* quod nimirum verbis nuncupatis opus, & ſatis conſequitur ex §. *mutuum ſup. h. t.* cum quo ſane iſta tractatio erat conjungenda. Altera quam ibidem attigimus, eſt de præſumptione pro inſtrumento, quam Dd. appellant veritatis, quod præſumatur & credatur, ita ut ſcriptum eſt inſtrumento, partes præſentes contraxiſſe ſtipulationem: quæ tamen præſumptio non eſt juris & de jure, ut loquuntur, ſed tantum juris, ut admittat probationem contrariam, nimirum, alterutram partem toto illo die abfuiſſe ab eo loco, in quo ſtipulatio facta aſſeritur in inſtrumento, atqui ita probatur non negativa, ſed affirmativa, ſcilicet quod alteruter alibi fuerit, quomodo dicunt Dd. negativam tempore & loco coarctatam probari poſſe. Conſtitutio Juſtiniani cujus hic meminit eſt *in l. optimam* 14. *C. de contrah. ſtipul.*

TEXTUS.

8. Poſt mortem ſuam dari ſibi, nemo poterat ſtipulari, non magis quam poſt ejus mortem à quo ſtipulabatur. At necis qui in alicujus poteſtate eſt, poſt mortem ejus ſtipulari poterat, quia patris vel domini voce loqui videretur. Sed & ſi quis ſtipuletur ita, pridie quam moriar, vel, pridie quam morieris, dari ſpondes? inutilis erat ſtipulatio. Sed cum (ut jã dictum eſt) ex conſenſu contrahentium ſtipulationes valeant, placuit nobis etiam in hunc juris articulum inducere neceſſariam emendationem, ut ſive poſt mortem, ſive pridie quam moriatur ſtipulator ſive promiſſor, ſtipulatio concepta ſit, ſtipulatio valeat.

COMMENTARIUS.

RAtiones iſtius juris has reddit Hottom. quod ſint certæ formulæ & ritus ſtipulationi præſtituri: quod poſt mortem ſuam nemo dare poſſit, quod perinde ſit, ac ſi quis alium daturũ, ſpondeat. Sed ita quoq; inutilis ſit futura ſtipulatio, *cum moriar*, vel *cum morieris* contra §. *Ita autẽ cum* §. *ſeq. inf. h. t.* & iſtæ planæ rationes nihil concludunt. Solida & vera ratio eſt, quam diximus ad §. *poſt mortem ſub. de legatis*, quod obligatio non poſſit incipere in perſona hæredis aut contra hæredem, quam regulam juris veteris ſuſtulit, qui non poteſt teneri, niſi qua repræſentat defunctum: Juſtin. *l. un. C. ut act. ab hared.* itaque etiam ſimul quod ex ea conſequebatur, & tum legata tũ ſtipulationes poſt mortem conceptas utiles eſſe voluit, *h.* §. *poſt mortem* 35 *ſup. de legat.* & *l. ſcrupuloſam* 11. *C. de contr. ſtip.* Aber-

Digitized by Google

rant autem plane Faber, & Angelus hic, dum jam jure Digeſtorum putat obtinuiſſe, quod hic *in fin §. & in d. l.* 11. Juſtinianus conſtituit inepte adducta *l. centeſimis* 46. §. 1. *de v. obl.* quæ loquitur de caſu ſtipulationis conceptæ in tempus mortis *cum moriar* vel cum morieris, quam ante utilem fuiſſe ait Juſtin. *in d. §.* 14 & 15. adeoque aperte ab iſta, quæ poſt mortem concipitur, diſtinguit. Illo enim caſu qui eſt *in §§.* 14, & 15. Obligatio incipit etiam in perſona morientis qui etiam num vivit: quippe quod punctum mortis vitæ computari ſoleat, atq; ita tranſmittitur in hæredem à defuncto, uti diximus, ad *d. § poſt mortem ſup. de legatis.*

Nec is qui in poteſtate.] Quoniam ex ratione ſupra dicta *ad § ſi quis alii in fin.* perinde eſt ac ſi ipſe pater vel dominus ſtipularetur, quia vox filii intelligitur vox patris *d. § ſi quis in fin.* & hic ait Juſtin. filius patris voce loqui cenſetur.

Pridie quam moriar.] Cur hæc quoque ſtipulatio inutilis fuerit, diximus ad *d. §. poſt mortem in fin. ſup. de legatis.*

Cum ex conſenſu.] Hæc ratio non videtur eſſe bona: nam nec alii contractus licet conſenſu conſtantes ſolo, poſt mortem contrahentium poterant conferri. Neque ſolemnitas verborum quam ſupra *in §. 1. de v. ob.* ſublatam dixit, hujus juris cauſa fuit.

TEXTUS.

9. Item ſi quis ita ſtupulatus erat, ſi navis cras ex Aſia venerit, hodie dare ſpondes? inutilis erat ſtipulatio, quia præpoſtere concepta eſt. Sed cum Leo inclytæ recordationis, in dotalibus eandem ſtipulationem, quæ præpoſtero nuncupatur, non eſſe rejiciendam exiſtimaverit, nobis placuit, & huic perfectum robur accomodare: ut non ſolum in dotibus, ſed etiam in omnibus valeat hujusmodi conceptio ſtipulationis.

COMMENTARIUS.

PRæpoſtera hæc ſtipulandi ratio merito antiquitati improbata fuit: quoniam ita obligatio ante eventum conditionis conſtituitur, quod implicat contradictionem, cum pendente conditione non poſſit eſſe obligatio nata: atq; ita filia naſceretur ante matrem, & cum exiſtentia conditionis faciat naſci obligationem, ridiculum ſit ante exiſtere obligationem. Solenne eſt Juſtiniano, quæ olim ſingularibus caſibus, ex uno atque altero obtinebant, facere generalia: quomodo & hic, quod Leo in dotibus admiſit, in univerſum valere voluit *l. præpoſteri* 23. *C. de teſtam.* quamvis non probem quod Hottom. cenſet neceſſitati id datum fuiſſe, & tum admiſſum, ubi mulier dotem reddi ſtipulabatur, ſed exiſtimo etiam ad promiſſionem de danda dote, favore dotis, ne mulier indotata eſſet pertinuiſſe. Plane ſi ſtipulatio talis valere debet, oportet aut conditionem detrahere, ut ſtipulatio tota ſit pura, aut mentionem præſentis temporis, ut tota ſit conditionalis, quod poſterius probavit Tribonianus *in d. l.* 25.

Idem autem eſt ſi dies faciat præpoſterationem, veluti poſt Calendas Majas hodie dare ſpondes? quo caſu itidem detracto verbo hodie, ſtipulatio habet diem *d. l.* 25. Alia ratio hujus ſtipulationis eſt *ſi Titius conſul factus fuerit, tunc ex hac die in annos ſingulos dena dari ſpondes?* ut docet JCtus *in l. hujusmodi* 64. *de v. obl.* ubi ſane hæc fuit ratio dubitandi, quod præpoſtere videbatur concepta ſtipulatio.

TEXTUS.

10. Ita autem ſtipulatio concepta, veluti ſi Titius dicat, cum moriar dare ſpondes? vel, cum morieris? & apud veteres utilis erat, & nunc valet. Item poſt mortem alterius recte ſtipulamur.

COMMENTARIUS.

1 *Punctum moriendi an tribuendum ſit vita.*

COnjungendum erat omnino cum *§. poſt mortem* 14. quoniam oſtendit differentiam inter ſtipulationem, *poſt mortem dabis*, & *cum moriar dabis.* Illa inutilis, hæc olim utilis erat *h. textu & l. quodcunq;* 45. *§. 1. de v. obl.* Miror Hottomannum hic quoq; impertinentes pro deciſione hujus textus afferre rationes, quod extranea perſona hic non deducatur in ſtipulationem (& tamen hæres extranea perſona non eſt) & quod iſta figuram potius quam vim poteſtatemque conditionis habeant: neque enim quod adjectio vim conditionis habet vel non, quidquam facit ad infirmandam ſtipulationem, ubi aliud vitium non eſt. Ratio certa eſt quam attigimus ad *§. poſt mortē* 12.

quod

Digitized by Google

quod hoc casu obligatio etiamnum incipit in persona creditoris vel debitoris, & inde ad hæredem transmittitur: siquidem, quod ipse hic annotat Hottom. momentum moriendi, non † morti; 1 sed vitæ adhuc attribuitur. Ex quo conditiones quædam sunt, quæ extremo vitæ momento implentur *l. vet. de condit. instit.* Inde etiam est, quod filius emancipatus, qui post mortem patris quæsita non confert *l. pen. de collat.* ea tamen confert, quæ ipsi relicta sunt *moritur pater.* Hinc itidem ita recte legatur *hæres meus cum morietur, centum dato Titio* 79. §. 1. *de cond. & demonstr.* Libet hac de re adscribere: quod est apud *Gellium lib. 6. c. 13.* Gravissimi, inquit, Philosophi super hac re quæsiverunt, & alii moriendi momentum manente adhuc vita fieri putaverunt, (idq; secuti sunt JCti nostri) alii nihil in eo tempore vitæ relinquerunt, totumq; illud, quod mori dicitur, morti vindicarunt. Sed Plato noster neque vitæ id tempus, neque morti dedit, &c.

Item post mortem alterius.] Nam & hic cessant rationes, quæ stipulationem post mortem alterutrius contrahentium concepram, inutilem faciebant. Et valet igitur stipulatio *post mortem Titii centum dabis?* Sed quid si stipulator moriatur ante Titium? Puto esse has stipulationes instar conditionalium, & adeo spem transmitti, ut loquitur §. *sub conditione 4. sup. de verb. obl.*

TEXTUS.

11. Si scriptum in instrumento fuerit, promisisse aliquem, perinde habetur atque si interrogatione præcedente responsum sit.

COMMENTARIUS.

HOc addendum erat *ad §. Idem verborum* 11. ubi docetur præsumi pro instrumento, vera esse quæ in eo scripta sunt. Ex hoc §. notant Dd. aliam præsumptionē pro instrumentis, quæ dicitur solemnitatis, quod credatur omnia solemniter acta, &, ut loquuntur, quod præsumatur solemnitas intrinseca. Itaque rectius hic scripsisset Tribonianus (hoc autem utiq; sensit,) *perinde haberi, atque si scriptum esset interrogatione præcedente responsum fuisse.* Idq; ita quoq; scriptū est à *Paulo 5. sent. 7. tit. de obl. l. 1. Cod. de contr. stip. penult. l. Titia* 134. §. *de verb. obl. junct. §. ult. tit. seq.* Repetenda autem huc quoque est limitatio §. *Item vers.* 11. nisi alter possit manifeste probare, interrogationem nullam præcessisse, quod & ratio suadet, & firmatur *arg. l. 7. §. quod fere* 12. *de pactis.*

TEXTUS.

12. Quoties plures res una stipulatione comprehenduntur, siquidem promissor simpliciter respondeat, *Dare spondeo*: propter omnes tenetur. Si vero unam ex his vel quasdam se spopsonderit daturum, obligatio in iis pro quibus spopsonderit, contrahitur. Ex pluribus enim stipulationibus una, vel quædam videntur esse perfectæ: singulas enim res stipulari, & ad singulas respondere debemus.

COMMENTARIUS.

PLures res deducuntur in stipulationem aut sub uno nomine & appellatione, aut expressis corporibus. Illo casu veluti si quis stipuletur quadrigam aut lectigarios, stipulatio una est. *l. secundum 29. in fin. pr. de v. ob.* itaque crediderim hoc casu si quis respondeat de una re, stipulationem fore inutilem: nam si simpliciter respondeat, non dubiū est, recte responsum, sicut & in hoc §. tenetur, qui ad plures res simpliciter respondet se daturum: quia reperiisse censetur hoc modo verba, quæ ipsi præfuisse quasi stipulator intelligitur. Hoc casu aut plures res sunt expressæ alternative, aut copulative. Illud, veluti *Stichum aut Pamphilum dabis?* Et stipulatio est una, itaque consequens rursus est, ut si respondeatur, Pamphilum dabo? stipulatio sit inutilis *l. inter. 83. §. 2. de verb. ob.* quia posita unitate stipulationis, diversitas vitiat stipulationem. Hoc, veluti Stichum & Pamphilum & equum dabis? plures sunt stipulationes, & tot, quot corpora *d. l. 29. §. 1. fin. pr. l. quod dicitur* 86. *l. pen. in princ. de verb. oblig.* Itaq; si respondeatur, unum vel alterum dabo, in id quod responsum est, obligatio contrahitur: qui est casus nostri §. Cum enim sint plures stipulationes, illę censentur perfectę, ad quas responsum est *h. §. vers. ex pluribus.* Sed quid sibi vult quod sequitur: *singulas enim res stipulari, & ad singulas respondere debemus.* Accursius adnotat ad verba, *Et ad singulas si super omnibus obligari velimus*: quod fere ita accepit & Theophil. qui hæc verba subjicit præcedente versiculo. Ad unumquodq; enim eorum, quæ interrogatione comprehensa sunt,

ſunt, reſponderi oportet: ita enim in omnibus perfecta erit interrogatio: quæ nimirum alias ubi ad quædam tantum reſponſum eſt, in cæteris imperfecta, imo inutilis manet. Sed Hottom. putat non ferre hoc linguæ Latinæ conſuetudinem, & ſi has ſubauditiones admittamus, nihil fore certum. Itaque ipſa addita negatione legendum cenſet, *non ad ſingulas*, quoniam oporteat quidem res ſingulas interrogare, ſed ſufficiat generalis & indefinita reſponſio. Verum ita ultima verba non ad proximius, ſed ad remotius fuerint referenda. Deniq; miror, eum urgere Latinæ linguæ proprietatem, cui tamen Tribonianus alia barbarus & Latinæ linguæ imperitus eſt, ſed & tertio non video, quomodo per illam explicationem vitietur Latinæ linguæ proprietas. Denique longe abſurdiſſimum eſt, quod putat facilius admittendam eſſe emendationem, imo corruptionem textus quam aliquam ſubauditionem aut interpretationem. Etenim quid tandem certum erit in jure noſtro, ſi cuivis Interpreti ex cerebro ſuo licet mutare & refigere textus. Prurigo hæc eſt novatorum, corrumpendæ Jurisprudentiæ, quam angue & cane pejus odiſſe debemus. Et ego exiſtimo hoc dicere velle Juſtinianum, imputare ſibi debere ſtipulatorem, qui una verborum conceptione plures & varias res comprehendit, & qui ad eas tantum ad quas reſpondet, obligatum habet promiſſorem, quem ad omnes obligatum habuiſſet, ſi ſeorſim ſingulas interrogando ad ſingulas quoque reſponſio fuiſſet ſubſecuta, quod feciſſet facile promiſſor, quippe alias obligatur, cum ſtipulatio aliis obligationibus quæ præceſſerunt, firmandis ſoleat adhiberi.

TEXTUS.

13. Alteri ſtipulari, ut ſupra dictum eſt, nemo poteſt: inventæ enim ſunt hujuſmodi ſtipulationes, vel obligationes ad hoc, ut unusquisque adquirat ſibi quod ſua intereſt: cæterum ſi alii detur nihil intereſt ſtipulatoris. Plane ſi quis velit hoc facere, pœnam ſtipulari conveniet, ut niſi ita factum ſit, ut eſt comprehenſum, committatur pœnæ ſtipulatio, etiam ei cujus nihil intereſt. Pœnam enim cum quis ſtipulatur, non illud inſpicitur, quod interſit ejus ſed quæ ſit quantitas in conditione ſtipulationis. Ergo ſi quis ita ſtipuletur, Titio dari, nihil agit, ſed ſi adjecerit pœnam, niſi dederis, tot aureos dare ſpondes? tunc committitur ſtipulatio.

COMMENTARIUS.

1 *Quantitas pœnæ conventionalis.*

DIximus ſup. *ad §. ſi quis alii h. t.* quæ ſit ratio cur alteri ſtipulari non poſſemus, ita ut nec alteri illi nec nobis actio ex ea ſtipulatione, queratur. Cautelam hic tradit poſt Juriſconſultum *in l. ſtipulatio 38. §. alteri 17. de v. obl.* Juſtinianus, per quam oblique conſequitur ſtipulator, ut promiſſor alteri det: nimirum ut pœnalem ſubjiciat ſtipulationem. Hoc enim modo non efficitur utilis ſtipulatio in perſonam Titii collata, nec quod promiſit quis Titio ſe daturum, aut Titius aut ſtipulator petere poteſt, ſed ut dixi, oblique & per indirectum hoc efficitur, ut promiſſor dum vult evitare pœnam, ſatis faciat priori, quamvis inutile ſtipulationi, dum Titio mavult facere aut dare, quam pœnam exſolvere, quæ utili ſtipulatione in perſonam ipſius ſtipulantis eſt collata. Itaque hæc non eſt exceptio ad regulam, qua dicitur neminem alteri ſtipulari poſſe: quia ſtipulator, ſibi ipſi in caſum quo alter Titio non daturus eſt, pœnam eſt ſtipulatus. Neque movet, quod *inpr. §.* dicitur, neminem poſſe agere ex ſtipulatu niſi cujus intereſt. Etenim utique intelligitur mea intereſſe, ut pœnam promiſſam habeam, licet non interſit mea Titio dari. Eoque reſpectu dicitur *h. §.* non conſiderari in pœnæ ſtipulatione an interſit nec ne? ſcilicet reſpectu pœnæ ſtipulationis: cæteroquin etiam donandi cauſa recte interponitur ſtipulatio, & hactenus ſemper intereſt mea, ut pecuniam habeam. Et ſicut ubi quis ſtipulationi de faciendo ſubjicit pœnam, jure eam exigit totam, licet tanti ejus non interſit, factum eſſe, quod convenit, *§. ult. ſup. de v. ob.* ita hic non attenditur an mea interſit Titio dari, ſed quod tantum pœnæ nomine promiſſum eſt, & quod ea quantitas eſt in conditione ſtipulationis, vel ut rectius eſt *in l. 38. §. 16. de v. obl.* quod ea eſt quantitas & conditio ſtipulationis, quod tamen de conditione proprie dicta accipit Theophilus, quæ hic inſit: *Si Titio non dederis.* Quod autem dicitur inutilem eſſe ſtipulationem, *Titio dari*, quia nihil mea interſit, accipiendum eſt de pecuniario intereſſe, quomo-

Digitized by Google

quomodo si mea interfit Titio dari, utilis stipulatio, ut dicemus ad §. *seq.* Quod si enim alias quis contendat sua interesse, quod Titius verbi causa, sibi sit amicus, hoc ad validandam stipulationem non sufficit. Atque ita quoque in stipulatione priori in personam stipulantis collata obtinet, si quid fieri stipulatus sim, & nihil mea interfit fieri, agere non possum, quoniam ipsa actio ex hac stipulatione ad interesse competit, sed si pœnalem stipulationẽ subjecerit ex hac recte ago *l.3. de v.obl.* De quantitate autem pœnæ alia est quæstio, & constat pœnam legalem non solvere excedere quadruplũ *§.omnes 21. infr. de actionib.* De conventionali hic tractatur, & cum dicatur, non considerari an interfit, nec ne, sed tantum quantum sit in stipulatione, videtur citra ullam determinationem quantitatis stipulatio valere quoniam scilicet ista stipulatio pœnalis non refertur ad aliam, sed seorsim per se subsistit, & ad hoc facit *d.§. ultim. supr. de Verb. oblig. l. ultim. de prator: stipulation. l.4. §. ult. si quis cautionibus in d. l. cum pœnam 38. de arbitr.* licet quidam & pene communius velut *Dd. Angel. Faber. Porcius*, id eum demum existiment procedere, (de quo etiam *v. citatos à Iason. in § omnes infra de actionib. numer. 2. & latius num 10 cum multis seqq.* ubi hanc materiam post *Angel in d. §. omnes*, plenissime examinat) quando sub expressione certæ quantitatis promissio facta est; secus si, ut loquuntur, pœna fuerit promissa, per nomina multiplicativa vel uti librum scribere spondes, & si non feceris, triplũ vel quadruplum dare spondes, ut tum pœna promissa reducatur ad interesse. Quam opinionem licet Faber hic improbet, & hoc modo inutile consilium Legis reddi dicat, quod est in *l. ultim. de prator. stipulat.* cum similibus & quod ita non rebus sint legis impositæ, sed verbis: ea tamen mihi hac rationi fulciri videtur, quod ista unica ratio stipulationem pœnalem sub quacunque quantitate & summa utilem facit, quod ea consideratur non relative ad priorem stipulationem: Ceteroquin ex ea omnino agi non posset in hac specie istius §. & *l.3. de V. Oblig.* sed seorsim & separatim, tamquam si nulla alia præcessisset stipulatio, atquin, cum ita stipulator, si non istud feceris, quod promissum est, triplum, aut quadruplum dabis, manifesto ad priorem stipulationem fit relatio, neque aliud triplum, aut quadruplum considerari potest, quam respectu ejus quod in priori stipulatione fuit; itaq; non poterit ultra duplum exigi *per l. un. C. de sent. quæ pro eo quod inter*, quamvis videatur usque ad quadruplum porrigi posse *arg. l. si dictum 56. in pr. de evictionib.* & scil. per expressam conventionem, de quo casu non agit *d. l. un. Cod. de sent. quæ pro eo quod int.* Quod porro contra hunc §. objicitur, ubi non valet stipulatio principalis, nec accessoriam pœnalem valere debere, ex prædictis removetur, quod stipulatio pœnalis consideretur ut per se subsistens. Plane si stipulatio turpis & jure damnata sit, procul dubio nec pœnalis stipulatio valebit; ne per obliquum promissor ad turpe obstringatur.

TEXTUS.

14. Sed & si quis stipuletur alii, cum ejus intereffet, placuit stipulationem valere. Nam si is, qui pupilli tutelam administrare ceperat, cesserit administrationem cõtutori suo, & stipuletur rem pupilli salvam fore, quoniam interest stipulatoris fieri quod stipulatus est, cum obligatus sit futurus pupillo, si male res gesserit, tenet obligatio. Ergo & si quis procuratori suo dari stipulatus sit, habebit vires stipulatio. Et si creditori suo quis stipulatus sit, quod sua interest, ne forte vel pœna committatur vel prædia distrahantur, quæ pignori data erant, valebit stipulatio.

COMMENTARIUS.

PRoposuimus sup. *ad §. si quis alii h. t.* aliquod casus & exceptiones, quibus ex stipulatione, in personam alterius collata alteri, cui quis se daturũ promisit, datur actio contra promissorem. Debebat hic §. cũ illo conjungi, quo proponuntur casus, quib. ipsi stipulanti, qui alteri dari stipulatus est, datur actio in promissorem. Et est generalis exceptio si stipulantis interfit, nimirum, ut ad §. præceden. monuimus, si interfit pecuniarie. Ratio hujus exceptionis sumitur ex eo quod in prin. §. præc. dictum est. Inventas esse stipulationes, ut quisque stipuletur de eo quod sua interest, nihil autem interesse, ut Titio detur. Et igitur si mea interfit Titio dari, actio mihi concedenda erit. Est autem hic locus descriptus ex *l. stipulatio. 38. §. si stipulor 20. & §. si quis 22. & 23. de Verb. Obl.* ubi ista quoq; tria exempla referuntur. 1. si quis à contutore suo cui administrationem soli permiserat, stipule-

tur ſalvam fore rem pupilli, cui nimirum & ipſe re male geſta & utiqs in ſubſidium obſtrictus manet *h.* §. *& d.* §. 20. Alterum eſt, ſi quis ſtipuletur dare procuratori ſuo, qui v. c. pro ipſo expoſuerat pecuniam, quam actione mandati ipſi reſtituere tenebatur, *h.* §. *& dict. leg.* 38. §. *unde &* 23. ſi quis creditori tuo, cui debebat pecuniam ſub pœna vel cui ſua bona & prædia, quæ propter moram diſtrahi poterant, obligaverat pignori, dari pecuniam ſtipulatus fuerit, ut ita diſtractionem bonorum, aut pœnam devitaret *h.* §. *& d. l.* 38. §. 23. *de Verb. Obligat.*

TEXTUS.

15. Verſa vice, qui alium facturum promiſit, videtur in ea eſſe cauſa, ut non teneatur, niſi pœnam ipſe promiſerit.

COMMENTARIUS.

CONjungendum eſt cum *§. alteri* 18. *h. text.* ſtipulatio, ut quis alteri det & ut alter det, inutilis eſt: & adeo fruſtra promittit quis alii dare, vel alium daturũ. Sed ſicut illo caſu poteſt ſubjici ſtipulatio pœnalis, ſi non dederit alteri, ita & hoc poteſt ſubjici, ſi non dederit, vel fecerit alter: quippe ita ſuo nomine & ſeparata ſtipulatione convenitur. *Idem in leg. ſtipulatio* 38. §. 2. *de Verb. obligation.*

TEXTUS.

16. Item nemo rem ſuam futuram in eum caſum, quo ſua ſit, utiliter ſtipulatur.

COMMENTARIUS.

SAtis confuſe agit Juſtinianus, & omnino hoc pertinet ad materiam §. 1. *&* 2. *ſupra h. t.* ubi agitur de objecto ſtipulationis, & quæ res inutiliter in eam deducantur, & nominatim de re propria ſtipulatoris, quod eam inutiliter quis ſtipuletur, adeoque & in eum caſum quo mea res futura eſt, inutiliter eam promitti conſequens eſt; cum etiam ſi ſimpliciter res aliena recte promiſſa ſit, ſi tamen poſtea quo caſu mea fit, inutilis reddatur ſtipulatio *d.* §. 2. Et ex ſtipulatione naſcitur obligatio ad dandum & dominium transferendum *l. ubi* 75. §. *ultim. de Verb. obligat.* adeo non poſſum ex ſtipulatu petere rem quæ mea eſt *h.* §. *& l. nemo* 87. *de V. Obl.* Et eſt regula quod inutiliter actus confertur in id tempus, quo pure inutiliter fieret *l. quod Sponſa* 4. *C. de donat. ant. nupt.*

TEXTUS.

17. Si de alia re ſtipulator ſenſerit, de alia promiſſor perinde nulla contrahitur obligatio, ac ſi ad interrogatum reſponſum non eſſet: veluti ſi hominem Stichum à te quis ſtipulatus fuerit, tu de Pamphilo ſenſeris, quem Stichum vocari credideris.

COMMENTARIUS.

PErtinet ad locum communem de errore & diſſenſu, qui omnes vitiat obligationes: itaq; debebat cõjungi, cum tractatione ſuperiori de furioſo & pupillo; In ſumma diſſenſus & error in ipſa ſpecie & corpore vitiat & obligationem: idq; propria quoq; ratione in hac contractu, quam innuit hoc §. Juſtinianus, quod perinde ſit ac ſi ad interrogarum reſponſum non eſſet; non quaſi plane nihil reſpondiſſet alter, ubi nulla eſſet ratio dubitandi ſed quaſi expreſſe aliud ſe daturum reſpondiſſet, quo caſu conſtat, nullam eſſe ſtipulationem; æſtimamus enim reſponſionem ex mente & ſententia reſpondentis, qui cum de alio corpore ſenſerit, hoc potius quod ſenſit, quam nudum nomen in conſiderationem venire debet. Et ſicut ubi de corpore conſtat, non curatur de nomine, licet diverſum nomen expreſſum ſit; de quo diximus ad §. *ſi in nomine de legat.* & de ſtipulatione reſponſum eſt, in *leg. ſi in* 32. *de V. Oblig.* Ita ex adverſo ubi de corpore diſſentitur, nudum nomen nõ poteſt facere, ut valeat actus: textus ad hoc generalis in *leg. in omnibus* 55. *de O. & A.* & in his terminis *in leg. inter* 83. §. 1. *lex continuus* 137. §. 1. *de Verb. Obligation.* Ita, ſi in corpore erratum & diſſenſum ſit: ſecus ſi de eo conſtet, licet in qualitate, aut materia erretur *l. ſi id quod* 22. *de Verb. Obligat.* qua in re vulgo receptum eſt, diverſum obtinere in emptione, in qua pretium proportionatum conſtituitur, ad rem venditam, de qua tractatur in *l. in vendit.* 9. §. *ult. cum l. ſeq. l. quid tamen* 14. *de contrab. empt.*

TEXTUS.

18. Quod turpi ex cauſa promiſſum eſt, veluti, ſi quis homicidium vel ſacrilegium ſe facturum promittat, non valet. Cum quis ſub aliqua conditione ſtipulatus fuerit, licet ante conditionem deceſſerit, poſtea exiſtente

existente conditione ejus hæres agere potest. Idem est & ex promissoris parte. Qui hoc anno aut mense hoc, dare stipulatus est, nisi omnibus partibus anni, vel mensis præteriti, non recte petet. Si fundum vel hominem dari stipuleris, non poteris continuo agere, nisi tantum spacium præterierit, quo traditio fieri possit.

COMMENTARIUS.

HÆc omnia supra in præcedd. sunt explicata. Diximus ad §. *si impossibil.* 10. *h.t.* quæ turpia sunt, ea jure impossibilia haberi, & facere stipulationem nullam. Quod sequitur in §. *pen.* de spe quæ transmittitur in hæredem, ubi obligatio est sub conditione suspensa, explicatum est, ad §. *sub rondit.* 4 *in fin. de Verb. Obligat.* Et denique duo quæ sunt in §. *ultim.* 1. quod nisi præterito toto die in quem obligatio collata est, agi possit. 2. quod etiam ei, qui pure promisit, dandum sit aliquod intersticium temporis, inter quod solvi possit, explicavimus in §. *omnis* 2. *supr. de Verb Obl.* Et non multū ista ad hunc tractatum de inutilibus stipulat. pertinere videntur.

AD TITULUM XXI.

LIBRI TERTII INSTITVtionum,

DE FIDEIVSSORIBVS.

TEXTUS.

Pro eo, qui promittit, solent alii obligari, qui fidejussores appellantur: quos homines accipere solent, dum curant, ut diligentius sibi cautum sit.

COMMENTARIUS.

AD debitum alienum solvendum quis se obligat, aut tacite & per quandam consequentiam: veluti si mandet, ut alteri pecunia credatur, quo nomine ipse tenetur *l. Papinianus* 28. *Mandati*, de quo *infr. h. libero tit.* 27. vel expresse. Et hoc, vel novando, sublata obligatione priori & liberato debitore veteri, qui dicitur expromissor *l. qui libertinus* 37. §. *ult. de oper. libert.* & aliquando in specie *Reus* cujus locum solus subit *leg. si vero* 64. §. *sed & si* 4. *solut. matr. l. & eleganter* 7. §. *servus* 8. *de dolo malo*, ex quo tamen textu apparet, expromissorem dici, qui & pro non obligato se reum principalem constituit, qualis est servus, aut tantum simul promittendo, manente & salva veteri obligatione, & hoc vel nudo pacto qui est constitutor *l.* 1. *de constit. pec.* de quo in §. *de constituta* 9. *infra de actionibus*, vel per stipulationem, qui dicitur fidejussor, de quo *h.t.* & alias adpromissor *d l.* 64. §. 4. *solut. matrim. l.* 5. §. *satis de V. O. l. in omnibus* 43. *de stipulationib.* qui & sponsor dicitur, apud *Varr.* 5. *de lingu. Lat.* Spondet, inquit, sponsor, qui idem ut faciat, obligatur. Quamvis procul dubio hoc verbum etiam eum, qui nomine proprio promittit, comprehendat §. 1. *sup. de V. O.* Ait Justin.

Pro eo, qui promittit,] Quod exempli tantum causa positum est: Ceteroquin constat omni regulariter obligationi accedere fidejussorem, docet §. 1. Quod ait *pro eo*, intelligendum est, salva obligatione principali. Nam & qui per novationem debitum alienum suscepit expromittendo, recte dicitur obligari pro alio, sed non est fidejussor. Et igitur dum salva obligatione principali obligatur pro alio fidejussor; efficitur inde fidejussionem accessionem esse quandam obligationis alterius: & ita fidejussor dicitur accedere *l.* 1. *& passim de fidejussorib. §. fidejussores* 5. *in f. h.t.* cui tamen obstare videtur, quod dicitur mox *infr. in* §. 3. *h.t. l. stipulat.* 6. *fin. D. eod.* posse fidejussorem etiam obligatione præcedere: absurdum autem sit ut antecedat accessorium & sequatur principale. Dicendum est, quod fidejussio præcedat non tam revera, quam nomine nudo, & omnino quæ interim in suspenso sit, & tum demum vim sumat, atque inesse deducatur, ubi principalis obligatio exstitit, ut docet *l. fidejussor.* 57. *h.t* fidejussorem non posse conveniri, antequam reus debeat, & *l. non* 53. *de judic.* fidejussoris obligationem esse in pendenti.

Ut diligentius sibi cautum sit.] Hic finis est cujuscunque cautionis; & igitur fidejussionis quoque, *l.* 1. §. *sed aut* 8. *d. O. & A.* de quo *infra de satisdat.*

TEXTUS.

1. In omnibus autem obligationibus adsumi possunt, id est, sive re, sive verbis, sive

Digitized by Google

literis, sive consensu contractæ fuerint. At nec illud quidem interest, utrum civilis an naturalis sit obligatio, cui adjicitur fidejussor, adeo quidem, ut pro servo quoque obligetur, sive extraneus sit, qui fidejussorem à servo accepit, sive dominus in id, quod naturaliter sibi debetur.

COMMENTARIUS.

1. *An in causis criminalibus admittatur fidejussor.*
2. *An pro dote restituenda.*
3. *Obligatio naturalis in servum & dominum.*
4. *An obligationi civili nuda accedat fidejussor.*

OBjectum fidejussionis. Et inprimis, quia fidejussio accessio est, oportet esse obligationem: Ceteroquin fidejussio quoq; nulla est, ut docent *l. si quis 47. & l. si quis 56. in prin. h. t.* ubi autem est obligatio, ibi tenet fidejussio, quæcunq; etiã sit obligatio modo jure civili non improbata. Id licet animadvertere, si singulas species obligationis percurramus. Nascitur illa, vel ex delicto, vel ex contractu *supr. de oblig.* Et pro eo qui furti, injuriarum, aut ex Leg. Aquil. obligatus est, vel etiam ex quasi delicto, fidejussorem intervenire posse non dubitatur; quatenus scil. ex his causis civiliter & ad pœnam pecuniariã agitur, de quo casu est *l. si quis 56. §. ultim. h. t. l. grace 8. §. sed etsi 5. eod.* Ceteroquin si agatur criminaliter & quidem ad pœnam infligendam corpori, specialis ratio inutilem facit fidejussionem, quod hujusmodi pœnæ nemo succedaneus fieri potest, cujus nulla potest fieri reparatio, & ubi quod quis soluit, vel sustinuit; nulla mandati actione repeti, aut in priorem statum reponi potest. Nimirum ad id quod soluit fidejussor actionem mandati ad repetendum habet, ne officium ipsi sit damnosum: corporalis autem pœnæ nulla restitutio est, nec proficiet fidejussori, si eandem pœnam post subeat Reus: & offenderetur manifesta justitiæ ratio, si qui non peccavit, pœnam hujusmodi sustineret. Id de pœna ipsi9 delicti vel obligatione ad pœnam in corpus, ut pro ea non possit intervenire fidejussor: Ceteroquin alia est quæstio, si quis reus criminis saltem, nec dum convictus, aut indiciis satis gravatus, & fortassis honesta alias persona sit, an in carcerem protinq; conjiciendus, ut ex vinculis causam dicat, an fidejussoribus committendus sit, qui caveant non de pœna, sed de judicio sistendo, ut reus molestiam carceris evitet, ad quos fidejussionis terminos pertinent textus in *l. 1. 2. & 3. de custod. reor. l. 6. §. super his 3. & l. minime 11. Cod de appellat.* & si se non steterit reus in multam pecuniariam tenebuntur fidejussores, quæ aut in fideiussione definita, aut arbitrio magistratus definienda est: nisi quid dolo fecerint ut reus elaberetur: quo casu ex admisso proprio extra ordinem gravius coerceri possunt, *per leg. 4. de custod. reor.* Quæ ab aliis involuta, nec intellecta, aut explicata, breviter hic adiicere libuit. Sequuntur obligationes ex contractu vel quasi; ex quibus cum debeatur non nisi pecunia, vel quod est æstimabile pecunia, haud dubie fideiussionis locus est: & id Justinian. h. §. enumeratione quatuor specierum, quas *sup. de obligat.* proposuit, ostendit: & idem fere ICtus in *l. 8. §. 1. h. t.* & adeo propositio hujus §. satis verificatus, licet aliqua excipiatur obligationis species: veluti ex communissima sententia, obligatio qua tenetur maritus ad restituendam dotem, † pro qua non recte accipi fidejussorem probant 2 *Dd. ex t. t. Cod. ne fidejuss. dot. dentur*; quamvis quidam Neoterici eum tit. restringãt ad casum mariti qui coactus sit dare fidejussorem. Sed parum subtiliter: tum quia maritus numquam præsumatur ultro se onerare velle gravi hac cautione: tum quia ita beneficium illarum LL. sit futurum inutile marito: qui non audiretur excipiens postea se coactũ fuisse, præsertim, (quæ etiam allegato futura esset turpis) ab uxore: hic enim casus ibi tractatur cum maritus tenetur dotem restituere uxori, non ubi alii extraneo, qui recte exigit fidejussorem. Neque ubi maritus non solvendo est, quæstio jam vertitur inter maritum & uxorem, sed inter uxorem & fidejussores, quos uxor convenit & exigit, & qui de jure vel facto tertii excipere non possunt, nec possunt allegare maritum coactum dedisse fideiussores, cum utique ipsi sponte intervenerint. Itaque admissa explicatione Neotericorum Duareni & Connani, prorsus eluderentur constitutiones, *sub d. t. Cod. Ne fidejuss. dot. dent.*

Pergit Justinianus: & quoniam ex quatuor illis speciebus oritur civilis actio, addit, etiam pro naturali saltem obligatione, recte intervenire fideiussorem. Et vel hic locus ostendit, non debuisse in *tit. 14. sup.* omitti hanc obligationem naturalem, quippe cui recte accedit fideiussor, & procul dubio accedit ita, ut conveniri quoque possit & exigi.

De speciebus naturalis obligationis egimus

d. tit.

Digitized by Google

*d.tit.*14. & diximus ibid. utilem haberi fidejussionem pro hac obligatione, quoniam & illa suos effectus habet, & hunc præcipue, quod solutum retineri possit *l.6.&7.l.fidejuss.*16.§.3.&4.*h.t.* Et Justinianus hic exemplum proponit ejus quæ talis est ob personam debitoris, veluti servi, qui naturaliter tantum potest obligari, *l.*14. *de O. & A.* & ut hic §. docet, ipsi domino quoque, qui adeo recte pro hac obligatione fideiussorem accipit: pro eo nimirum, ut Justinian. ait, quod † sibi naturaliter debetur: quod ego non dubito esse de eo genere debiti naturalis accipiendum, quod descendit ex administratione peculii, *argum.l.cum fide.*35 *h.t.* quo etiam refero *l. si quis* 56.§.1. *l si à reo* 70.§.*adeo* 3. *eod.* alias vix existimaverim obligationem nasci naturalem: quod tamen in medio relinquo: plane non tantum jus civile obligationem naturalem considerat in se ex mero iure gentium, sed etiam pro ut effectus, habet aliquos in Repub. ceteroquin & servo dominus posset dare fidejussorem: quod negatur in *d. leg.* 56. §. 1. *h. tit.* Et tamen specialis est ejus dicisionis ratio, quod videlicet obligatio civilis & naturalis, qua tenetur fidejussor statim & recta acquireretur domino, dum fidejussor servo promitteret se debitum fide sua esse jubere: idque est, quod ait ibi Jurisconsultus non posse fideiussorem esse pro eo dem & eidem obligationi: ceteroquin quod dominus obligetur naturaliter servo ut nec possit repetere, quod solvit manumisso, responsum est in *leg. si quid* 64. *de cond. indeb.*

4 Sed quid de obligatione † civili, quæ nuda & solum civilis est, destitu a vincu'o æqu tatis, an & huic recte accedet fideiussor? Hoc quidem non obscure videtur adfirmare *Angelus hic*, sed contraria sententia verior est: quoniam, ut diximus, ratio quæ facit, ut utiliter accedat fideiussor naturali obligationi, hoc est, quod solutum repeti non possit: atquin quod hoc modo nude civiliter debetur, ubi nimirum debitor exceptione tutus est, solutum condici potest *leg. qui excep.* 40. *de condict. indeb. leg. si non sortem* 26. §. 3. & §. *adeo* 7. *eod.* sicut & alii effectus quos naturalis sola obligatio habet, hic deficiunt: cum nec huiusmodi civile debitum constituit aut compensari possit, *l.* 1. §. 3. *de constit. pecun. l. pecun. l. quacunque* 14. *de compens.* & facit in terminis *leg. si post* 37. *h. tit.* ubi frustra dicitur pro eo intervenire fidejussor qui transactione liberatus est. At objecerit quis juxta hunc §. intervenire fidejussorem etiam pro eo qui literis obligatus est: quæ obligatio sane est civilis nuda, cum non intervenerit pecuniæ numeratio: ex quo Dd. quoque istud mutuum nude civile appellant. Sed hac de causa nimirum ad *tit. de oblig. sup.* hoc addendum, & obligatio quam mixtam diximus, sub distinguenda est, quod alia sit vere talis, alia, ut ita dicam, præsumtive. Hanc appello ubi Lex præsumit veram & naturalem quoque subesse obligationem. Id accidit, ubi quis per sententiam judicis condemnatus est, contra quem licet judicaverit, attamen actio judicati datur, & si solverit, in quod condemnatus est, non repetit, quoniam sententia pro veritate habetur, & quod iudicatum est eo loco censetur, ac si vere ita se res haberet *leg. ingenuum* 25. *de statu hom.* & post sententiam non amplius quæritur an debitum fuerit, sed an iudicatum sit *leg. post rem* 56. *de re judic.* Ita quoque si quis chirographo professus sit accepisse se pecuniam & exinde elapsum sit biennium, præsumitur & creditur numerationem esse secutam, ut chirographo continetur, de quo plura *tit. seq.* Secundum quam explicationem intelligendi sunt Dd. qui obligationi civili tantum fideiussorem accedere posse admittunt, veluti *Bart. in l.* 1. *h. t. num.* 3. obligationem quandam civilem tantum, facit, quæ effectum habet exactionis. Effectus huius rei, quod fideiussionem accedere posse negamus, in eo est, ut licet summo iure teneat stipulatio, tamen fideiussor conventus eadem exceptione, quæ competit reo principali, creditorem repellere possit: quod facere non potest, qui intercessit pro naturaliter tantum obligato, nec ob id eum repellere, quod reus principalis conveniri non possit.

TEXTUS.

2. Fidejussor non tantum ipse obligatur, sed etiam heredem relinquit obligatum. Fidejussor & præcedere obligationem & sequi potest.

COMMENTARIUS.

HOc regulare est, ut obligationes descendant quoque in heredem, qui repræsentat defunctum: ex nimirum obligationes (cuiusmodi & hæc est) quæ ex conventionibus nascuntur: non quæ ex delictis, in quibus cessat repræsentatio & transmissio: cum delicta penitus hæreant in persona delinquentis: non secus ac illa, quæ specia-

li significatu personalia dicuntur, & in hæredes transire negantur, veluti privilegia personalia *leg. privilegia* 196. *de Reg. juris. leg. maritum* 12. *cũ leg. seq. solum. matrimon.* ceteroquin & alio sensu, obligationes quæ sunt ex conventionibus, dicuntur personales, & inhærere personæ debitoris, ita ut actio personalis semper sit contra eundem *leg. actionum* 25. *de obligat. & action.* qua in re opponitur actioni in rem *d. leg.* 25. sed non ita inhærere, ut non transeant in hæredem *§. ultim. infra Locati, leg. ex deposito* 12. *leg. ex contractionibus* 49. *de obligat. & act. h. §. & leg.* 4. *D. eod.*

Fidejussor & præcedere.] Hoc jam ad *pr. tit.* explicatum est.

TEXTUS.

3. Si plures sint fidejussores, quotquot erunt numero, singuli in solidum tenentur. Itaque liberum est creditori, à quo velit, solidum petere. Sed ex Epistola Divi Hadriani cõpellitur creditor, à singulis, qui modo solvendo sunt tempore litis contestatæ, partes petere. Ideoque si quis ex fidejussoribus eo tempore solvendo non sint, id ceteros onerat. Sed si ab uno fidejussore creditor totum consecutus fuerit, hujus solius detrimentum erit, si is pro quo fidejussit solvendo non sit: & sibi imputare debet, cum potuerit ex Epistola Divi Hadriani juvari, & desiderare, ut pro parte in se detur actio.

COMMENTARIUS.

1 *An fidejussor qui totum solvit, possit quid repetere.*
2 *Beneficium Adriani an Antonini.*
3 *Quando hæc exceptio divisionis objici possit.*

QUi eandem rem vel eandem summam promittunt, in dubio efficiuntur duo correi debendi, juxta tradita *sup. de duob. reis.* hujusmodi autem sunt plures fidejussores unius debiti. Itaque ex natura duorum correorum singuli solidum debent *leg.* 3. *in fr. Cod. h. tit. & h. §.* & singuli in solidum conveniri & exigi possunt. Huic juri hactenus derogavit Hadrianus, ut posset unus fidejussorum conventus, petere ut divideretur actio pro rata in confidejussores, qui essent solvendo. Exceptionem tantum dedit fidejussori convento, sed obligationem ipso jure non divisit, ut singuli tantum pro parte essent obligati *leg. inter* 26. *h. titul.* Inter quæ multum interest. Quod si enim ipso iure divisa esset obligatio, & unusquisque tantum ipso jure partem deberet, nullo modo teneret actio in solidum, nec quidem si aliqui solvendo non essent: sed & si quis solidum solvisset, condicere partem posset, tamquam plus debito solvisset: quod utrumque contra esse docet hic locus, & *d. lege* 26. *leg. si testãm.* 49. *§.* 1. *h. tit.* Etenim docet Justinianus si quis non objecta exceptione divisioni totum solverit, ipsum sibi imputare debere, si reus principalis solvendo non sit (contra quem nimirum habet propriam mandati actionem.) Ex hoc enim efficitur nihil eum repetere posse à creditore: simul & hoc, nec à confidejussore quoque posse repetere partem, quam exceptione objecta alias creditor ab eo petere necesse habuisset: quod utrumque expressum est in *leg. ut fidejussor* 39. *h. titul.* quod nimirum proprio jure actionem movere non possit: etenim actionem sibi cessam jure creditoris exercere, & partem exigere à confidejussoribus potest *dict. leg.* 39 Fit autem hoc ex conditione & natura correorum, in quorum singulorum persona in solidum obligatio consistit: adeo cum quisque solvendo propria obligatione se liberaverit, non habet quod eo nomine contra alium experiatur. Licet videatur æquitas suadere, ut cum utique unius solutione effectum sit, ut alter liberetur, pars alteri restituatur: quod attigimus *sup. de duob. reis.* An forte hæc est differentia, quo ex duob. correis principalibus, si unus conveniatur, omnimodo solidũ solvere cogitur: at fidejussor unus conventus habet beneficium divisionis quod si non objiciat, renunciasse ei videtur: quod hoc *§. inf.* innuit Justinianus. Frustra autem hic objicitur ab Interpp. quod qui tutus est exceptione perpetua, repetat, quod solvit. Neque enim hanc exceptionem habet fidejussor quasi non debeat, sed tantum quia æquum est eos qui simul interceserunt, simul conveniri: adeo si totum solvat non potest dici indebitum solvisse: maxime cum utique totum creditori efficaciter debeatur. Hodie porro ex *Novell.* beneficium quoq; excussionis & ordinis fidejussoris habent, ut ante reum principalem, & nisi hoc prius excussõ conveniri nequeant, quod olim secus fuisse constat *l.* 3. *C. h. t.*

Ex Epistola Hadriani] Sive illa Epistola ad Senatum aut etiam ad quem magistratum aut privatum missa & scripta fuerit. Hadriano tribuitur *h. §. & in l. inter.* 26. *h.t. l. ult. Cod. de constit. pecun.* sed in *l. testamento* 49. *§.* 1. *eod. h. tit.* Epistolæ D. Pii tribuitur. An forte quia ab hoc repetitũ: an potius per Hadrianam *h. §. & in d. l.* 15. intelligitur Pius adoptatus ab Hadriano, & cujus nomeu usurpavit: ut putat *Cujac. ad d. l.* 49. *h.t. lib.* 27. *quæst. Papinian.* Et ita notavimus supra ad *§.* 2. *de SC. Tertull.* SCtum illud & Hadriani tempore D. Pii factum perhiberi. Beneficium tamen divisionis Edicto prætoris tribuit *Paulin.* 1. *sent.* 21. sed Ille locus fortassis corruptus est: vix enim dicere liceat, Hadrianum confirmasse Edictum prætoris, cujus hac de re nec minimum jure nostro exstat vestigium.

Si secundo litis cont. tempore] Hinc olim Petrus collegit, hanc exceptionem divisionis, post litem contestatam opponi non posse. Sed non videtur id recte hinc inferri. Si litis contestatæ tẽpore inspicitur an confidejussor solvendo sit nec ne: ergo nunquam poterit hoc tractari post litẽ cont. Et videtur id eo pertinere, ut si post litem contestatam alter fiat solvendo, id ad onus ceterorum nõ pertineat *l. inter* 52 *§. pen. h. tit.* non autem eo ut qui judicium accepit in solidum, non possit amplius petere ut actio dividatur in cæteros, qui etiamnum sunt solvendo. Et in *l. fidejussor* 10 *§.* 1. *Cod. h.t.* dicitur quod hoc possit objici & divisio actionis peti ante cõdemnationem: quod sane perquam dure ita acceptum à Petro est, ut significet ante litis contestationem: quæ ratio loquendi à jure nostro aliena est, ut quod ad litem neque contestatam tantum fieri potest, dicatur ante condemnationem recte fieri. Et tamen pro opinione Petri contra *d. l.* 10. *Cod. h. tit.* ea fortiter militat ratio, quod cum ex stipulatione nascatur stricti juris actio, in qua non aliæ admittebantur exceptiones, nisi quæ nominatim à prætore formulæ insertæ fuissent, non apparet, qui potuerit judex admittere exceptionem divisionis post litem contestatam, quem imo juxta formulam reum condemnare oporteret: utpote qui semel in solidum, judicium susceepit. Ego ita censeo, si fidejussor, cum ceteri litis contestatæ tempore solvendo essent, in solidum susceperit judicium, eum post litem contest. exceptionem divisionis non potuisse objicere: quod solida & certa juris ratio efficit: sicut & hoc quod per electionem unius fidejussoris alter fuit liberatus; ut ostendimus ad *Treutl. de fidejuss. th.* 1. *lit.* 6. Quod si tum tempore litis contestatæ ceteri solvendo non essent, unus coactus sit suscipere judicium in solidum, & post litem contestatam alter sit effectus solvendo, eum tum adito prætore posse petere ut actio pro rata in eum qui jam solvendo est, detur: eoq; refero *d. l.* 10. *C. h.t.* & facit quod Justinian. hoc loco imputandum ait fidejussori, qui non usus est beneficio Epistolæ Hadriani. Nihil autem potest imputari ei, qui non potuit illa exceptione uti, ut maxime voluisset: quod beneficium ei negandum non est, ubi res ante condemnationem in alium statum deducta est, & fidejussor alter solvendo esse cepit, ceteroquin non video quomodo lite contestata fidejussor possit movere hanc exceptionem. Et inepta est ratio Bartoli relata ab Angel. quod non nisi post litem cont. possit contestare an certi sint solvendo: quoniam si de hoc dubitatur, fidejussor conventus petere debebit hanc exceptionem inseri formulæ *si non & ceteri solvendo sint l. si contendat* 28. *h.t.* quo facto & probato, non nisi in partem fidejussor damnabitur. Illos autem dubio procul errare puto, qui etiam post condemnationem & sententiã, exceptioni divisionis faciunt locum, quorum mentio est apud *Iohan. Fab. & Angel hic, & Cyn. in d. l.* 10. *Cod. h.t.* qui tum per *d. l.* 10. refutantur: ubi dum ante condemnationem hoc admittitur, satis hoc ipso sequens tempus excluditur: tum per certam regulam juris, quod exceptio quæ opugnat sententiam, post condemnationem non habet locum. Neque obstat adeo *l. si fidejussores* 41 *§.* 1. *h. t.* quoniam ratio alia est exceptionit cedendarum actionum, quæ non oppugnat sententiam, nec modo ullo lædit aut minuis jus victoris. Minus movet *l. inter eos* 51. *§ ult. h.t.* neq; enim intelligendus ibi est fidejussor damnatus ex causa fidejussionis, sed ex delicto, & propterea bona fisco vindicata: & post actum de conveniendis fidejussoribus: quod satis mihi videtur perspicuum: ut miror ibi hærere Interpp. & Joh. Fabrum cum aliis eo adigi, ut restringant illum textum ad casum interpositæ appellationis, & per hanc suspensæ, & imo extinctæ sententiæ ut loquitur *l.* 1. *§. ult. ad Turpill.*

TEXTUS.

4. Fidejussores ita non possunt obligari, ut plus debeant, quam debet is pro quo obligantur. Nam eorum obligatio accessio est principalis obligationis: nec plus in accef-

acceſſione poteſt eſſe, quam in re principali. At ex diverſo ut minus debeant, obligari poſſunt. Itaque ſi reus decem aureos promiſerit, fidejuſſor recte in quinque obligatur: contra vero obligari non poteſt. Item ſi ille pure promiſerit, fidejuſſor ſub conditione promittere poteſt: contra vero non poteſt. Non ſolum autem in quantitate, ſed in tempore etiam minus aut plus intelligitur. Plus eſt enim ſtatim aliquid dare, minus eſt, poſt tempus dare.

COMMENTARIUS.

1. *An qui in plus quantitate fidejuſſit, teneatur in ſummam concurrentem.*
2. *An durius ſit obligatus, qui fidejuſſit pro naturali tantum obligatione.*
3. *Cajus, quo ſublato principali, manet acceſſorium.*

SAtis conſtanter definitum eſt jure noſtro fidejuſſores in plus & omnino duriorem cauſam accipi & obligari non poſſe, & ſi accepti ſint, omnino non obligari, & nullam eſſe fidejuſſionem. Inde enim eſt, quod tam ſollicite tractant, an & quando in duriorem cauſam videatur acceptus fidejuſſor; ut in *l. Grace* 8. §. *Illud* 7. *cum ſeqq. l fidejuſſor* 16. §. *l. hi qui* 34. *l ſi teſtamento* 49. §. 2. *l. ſi Stichus* 38. *l. ſi à reo* 70. §. 1. & 2. *h. t.* Ratio eſt, tum quod fidejuſſio eſt acceſſio principalis obligationis h. §. tum quod quæ ratio eſt in ipſa principali ſtipulatione, quo ad interrogationem & reſponſionem, ut ſi in hac ſit diverſitas, nulla ſit ſtipulatio, ut tractatum ad §. *præterea tit. præced.* eadem eſt ratio & proportio inter fidejuſſionem & obligationem principalem, ut illa nulla ſit, ſi ab hac eadem proportione ſit diverſa. Et hoc quidem ubi in qualitate eſt diverſitas circa diem vel conditionem, dubium non habet: ſed quæritur, ſi v. c. cum reus quinque deberet fidejuſſor acceptus eſt in decem, an ſaltem in concurrentem ſummam obligatus ſit fidejuſſor: quod negatur communiter à Dd. pro quorum ſententia facit *l. Græc. 8. illud. 7, h. t.* ubi qui plus promiſit dicitur in duriorem cauſam obligatus; & in genere affirmatur, fidejuſſionem eſſe nullam quæ in duriorem cauſam conſtituta eſt. Et verba *omnino non*. haud patiuntur illam interpretationem, ut fidejuſſor pro parte teneatur. Facit & quod omnibus locis paulo ante citatis, quibus in duriorem cauſam acceptus dicitur procul dubio eo ſenſu inutilis dicitur, fidejuſſio, ut nullo modo teneat. Quod quidem pene ſuperſtitioſius quam æquius ſecuti videntur JCti, ut quocunque etiam reſpectu plus vel durius videretur obligatus fidejuſſor, inutilem eſſe fidejuſſionem reſponderint: ut proinde eũ in iſtis terminis fidejuſſorem in duriorem cauſam acceptum dicant, veroſimile ſit, fidejuſſionem pro nulla eos habuiſſe. Sunt plane plurima quæ in contrarium afferuntur, de quibus prolixe egi ad *Treutl.* ſed præcipua objectio eſt ex *l.* 1. §. 4. *de verb. oblig.* Quod ſi enim principalis obligatio non vitiatur ob diverſitatem in quantitate, ſed valet uſque ad concurrentem ſummam, nulla videtur ratio duri poſſe, ob quam acceſſoria obligatio non debeat valere. Cogitabam ita removeri hanc objectionem poſſe, ſi diſtinguamus, an cum reus principalis centum deberet, fidejuſſor fuerit rogatus, ut fide ſua ducenta eſſe juberet: an vero eadem centum rogatus, ipſe ducenta reſponderit. Illo caſu defendam communem opinionem Dd. quoniam in tota promiſſione fidejuſſoria eſt diverſitas, quæ facit, ut non poſſit valere fidejuſſio, quæ in nullo conſenſit cum principali. Hoc autem caſu dixerim obligationem conſiſtere in centum; neque hic poteſt ullo modo evitari argumentum quod ſumitur ex *d. l.* 8. §. 4. *de verbor. obligat.* Et de illo quoque caſu recte accipitur *d. l.* 8. §. 8. *h. t.* quoniam tum demum vere & proprie in duriotem cauſam acceptus dicitur fidejuſſor, ubi creditor plus ab eo ſtipulatus eſt, quam debebat reus principalis.

Illa non magni momenti † objectio eſt, quod cum pro naturali obligatione recte dicatur accipi fidejuſſor, hic tamẽ in duritorem cauſam accipi videatur, cum debitum ipſum exigi à reo principali non poſſit, quod à fidejuſſore exigi poteſt. Hoc enim omnino effectu dicitur fidejuſſor recte intercedere pro naturaliter obligato. Etenim recte reſpondent Doctores & tribus verbis: Fidejuſſorem non poſſe obligari extenſive, ſed poſſe intenſive: id eſt, non poſſe obligari in plus, ſed poſſe arctius & fortius. Et ſupra diximus, quod hæc ratio fecerit utilem hanc fidejuſſionem, quod ſi debitor principalis ſolvat pecuniam, eam non poſſit repetere; & itaque hoc reſpectu ſi conſideres debitorem, tanquam bonam fidem agnoſcentem, & ſolventẽ, quod ut ſolvat, jure gentiũ adſtrictus eſt, videtur debitor efficaciter eſſe obligatus: & acci-

& accidit hoc propter personã debitoris, aut qualitatem conventionis, ut ne efficax existat obligatio jure civili: ceteroquin ex jure gentium perfecta est obligatio. Sed de his plus satis. Inepte autem hic quasi exceptionis loco affert Mynsing. quod fidejussor de judicio sistendo accipiatur in duriorem causam, cum & pœnam promittere soleat, quam non debet reus principalis. Etenim fidejussor, hic non accedit obligationi principali super qua reus in judicium vocatur: sed illi ex qua juxta Edictum prætoris judicio se sistere reus teneatur: quod futurum & facturum reum suscepit fidejussor & ni fiat promittit pœnam, & quadantenus rei principalis rationem habet.

Fideiussio accessio est.] Et cum igitur accessorium sine principali non possit esse, inprimis necessarium est, ut adsit aliqua obligatio, pro qua interveniat, & cui accedat fidejussor cum nec obligari possit, nisi prius existat obligatio principalis, ut ad *princip. tit.* diximus. Ex quo est, ut qui adjectus est solutionis gratia, cum reum principalem obligatum non habeat, accipere fidejussorem non possit *leg. si mihi* 23. *h. tit.* Itemque ut ubi confusa est obligatio, & ita sublata non possit fidejussor amplius teneri *leg. si Stichum* 38. *§.* 1. *h. tit.* Est tamen (quia accessio est. Ergo primo nulla est, ubi initio nulla est obligatio, secundo tollitur ubi principalis obligatio tollitur) casus ubi sublata obligatione principali, quæ initio recte constiterat, fidejussio durat, veluti si reus sine herede decesserit, *l. si fine* 31. *in princip. de admin. tut.* Ergo omnino ubi nulla initio est obligatio, nulla & fidejussio est: regulariter etiam sublata principali obligatione tollitur fidejussoria: sed ubi sine hærede reus decessit, non est ordinarius modus tollendæ obligationis, sed fit ex accidenti, quod non est hæres in quem actio detur: nec tamen perit jus creditoris aut actio, sed illi integra manet, & contra fiscum, & hactenus ut in bona ejus immitti petat: adeo si periret obligatio fidejussoria, iniqua conditio inferretur creditori.

Aliquando quoque fidejussoria obligatio subit locum obligationis principalis quatenus ei porro secũdus accedit fidejussor *l. Grace* 8. *§. ult. h. t.* sed illa nimirum respectu principalis & primæ obligationis, nihilominus est accessio.

Non solum autem.] Quod modis *plus* dicatur, docet ex professo *Iustin. in §. plus autem infr. de actionib.*

TEXTUS.

5. Si quid autem fidejussor pro reo solverit, ejus recuperandi causa habet cum eo mãdati judicium.

COMMENTARIUS.

NE fidejussori officium sit damnosum, certis actionibus & remediis quibus quod solvit pro debitore ut rursus consequatur, provisum est. Et utitur actionibus, vel propriis vel cessis, & scilicet à creditore in se translatis. Propriæ actiones sunt, mandati, *h. §. l. idemq;* 10. *§. fidejussores* 11. *Mandati l. si fidejussor* 6. *Cod. eodem.* ubi nimirum rogatus quis & ex mandato pro alio intercessit: & negot. gestorum, si quis sine mandato, animo negotium alterius gerendi pro alio fidejussit *l.* 6. *§.* 2. *l. si pro* 40. *Mand. l. ult. Cod. de negot. gest.* Circa cessas actiones ita in genere jus est, ut quisquis ab alio exigit, quod alius principaliter vel æque cum illo debet, petenti reo convento cedere actiones teneatur, quos habet contra eos qui principaliter aut æque sunt obligati. Hinc correus debendi unus si conveniatur in solidum jure petit sibi cedi actiones contra alterum correum, ut quod solvit pro rata ab eo repetere possit. Hinc itidem fidejussor conventus jure petit ut sibi cedatur actio contra reum principalem vel contra confidejussores *l. ut fidejussor* 59. 39. *l. si fidejuss.* 41. *§. ultim. h. tit. l. cum alter* 11. *Cod. eod.* idque in *l. fidejuss.* 17. *h. t.* dicitur vendere (Hal. tamen legit *cedere*) ceterorum nomina: quoniam quasi pro pretio actionum cessarum videtur fidejussor totum solvere *arg. l. Modestinus* 76. *in f. de solut. l. cum is qui* 36. *h. t.* Cedere autem actionem in jure nostro nihil aliud est, quam per mandatum actionem in alium transferre, ut docent *l.* 1. *§. & si forte* 13. *eũ §. seq. junct. l. cum pupillus* 21. *de tut. & rat. distr. leg. quod si minor* 14. *in prin. de minorib.* de qua re alibi tractatur.

TEXTUS.

Græce etiam fidejussor ita potest accipi, τῷ ἐμῷ πίστει, κελεύω ἐγώ, sed & si dixerit, θέλω, sive βούλομαι, sed & φημί, pro eo erit ac si dixerit λέγω. In stipulationibus fidejussorũ sciendum est, hoc generaliter accipi, ut quodcunque scriptum sit, quasi actum, videatur etiam actum. Ideoque constat,

Digitized by Google

si quis scripserit se fideiussisse, videri omnia solenniter acta.

COMMENTARIUS.

Græc.] Stipulationem posse fieri quacunque lingua dictum est in §. 1. *sup. de verbor. oblig.* eadem fidejussionis ratio est quæ fit per stipulationē. Pro eo autē quod vulgo legitur κελεύω ἐγω. Hottomannus, Cujacius, Wesenbecius legunt κελεύω, λέγω ex *leg. græc* 8. *in princip. h. t.* Sed nihil necessum est, ut isdem verbis dicamus usum fuisse Tribonianum: & Theophilus omisso verbo ἐγω simpliciter scribit κελεύω θέλω &c. tāto minus necessum est, ut expunctis prioribus verbis, *sed & si dixerit* legamus, κελεύω, λέγω θέλω εἰλόμαι, ut Hott. Et tamen pro prion illo facit, quod mox hoc textu dicitur, *ac si dixerit* λέγω quod sane arguit, verbum hoc λέγω præcessisse.

In stipulationibus.] Dicimus ad §. *si scriptum* 16. *tit. prac.* pro instrumento esse præsumptionem solemnitatis, videlicet intrinsecæ, quæ requiritur à jure, & quæ pertinet ad substantiam actus, & sine qua ipse actus penitus & in se esset nullus. Itaque cum ad essentiam stipulationis requiratur interrogatio, si scriptum sit in instrumento, stipulatione interposita quem respondisse, creditur præcessisse interrogatio. Hinc si in instrumento scriptum sit, quē fidejussisse, credimus stipulationem desuper factā fuisse: quoniam hoc est de fidejussionis essentia, *h.* §. *& l. sciendum* 30. *de V. O* ubi hoc plenius tradunt *Dd. & late Ang. & Ioh. Fab. hic.*

AD TITULUM XXII.

LIBRI TERTII INSTITUTIONUM,

DE LITERARVM OBLIGATIONIBUS.

TEXTUS.

Olim scriptura fiebat obligatio, quæ nominibus fieri dicebatur: quæ nomina hodie non sunt in usu. Plane si quis debere se scripserit, quod sibi numeratum non est, de minime numerata pecunia post multum temporis exceptionem opponere non potest: hoc enim sæpissime constitutum est: sic fit ut & hodie, dum queri non potest, scriptura obligetur, & ex ea nascatur condictio, cessante scilicet verborum obligatione. Multum autem tempus in hac exceptione antea quidem ex principalibus constitutionibus usque ad quinquennium procedebat: sed ne creditores diutius possent suis pecuniis forsitan defraudari, per nostram constitutionem tempus coarctatum est, ut huiusmodi exceptio ultra biennii metas minime extendatur.

COMMENTARIUS.

1 *Probatur non esse veram obligationem ex literis.*
2 *Qualis sit actio hac & obligatio, contra ineptos Dd.*
3 *An post biennium opponi possit exceptio.*

HActenus de contractibus qui ineuntur re & verbis: sequitur juxta §. *ultim. sup. de oblig.* tertia species obligationis vel contractus, qui literis constituitur: qui secundum Justinianum hic est, ubi quis spe numerationis secuturæ chirographo confessus est se accepisse pecuniam: quoniam enim ita constitutum est, ut credatur chirographo, ne post quinquennium & hodie post biennium opponi possit exceptio non numeratæ pecuniæ, fit ut videatur ex literis obligari, quin in rei veritate pecuniam non accepit, ut ipse hic ait Justinianus in vers. *sic fit.* Et quo ipso satis apparet hunc non esse vere & proprie dictam obligationem: quod ego ante viginti amplius annos libello publice edito, & post ad *Treutl. de mutuo thes.* 2. solidis rationibus ostendi, cum id quidem jam ante movisset *Connan. 1. comm. 6. num.* 11. sed omnino leviter & suspensa manu, ut nec rem intellexisse satis videatur. Rationes sunt hæ, quas strictim subjicere libet, primo quod nullo alio juris loco mentio fit hujus obligationis sed specierum tantum trium, quæ verbis, literis & consensu contrahuntur, *l. 1. §. 1. in princip. de oblig. & action. l. 1. inf. de pact. l. græc §. 1. de fidejuss. l. 1. §. de novationib.* & longe alio sensu *Cujus l. 2. de obligation. tit. 9. §. literis* 12. literis cōtrahi ait obligationem. Itaque Dd. hic & in *l.* 14. *C. de non num. pec.* coguntur dicere hanc obligationem olim insognitā à Justiniano demum introductam esse: quod plane alienum ab ipsius mente & manifesto

nifesto falsum est: cum de hac re agatur non uno tem. *sub tit. de non num. pec.* quorum autores ii sint principes, quorum temporibus JCti nostri vixerunt & in quibus etiam sit mentio legitimi temporis, intra quod olim exceptio hæc proponenda erat, quod contraxit, & hoc solum, hac in tractatione mutavit Justinianus, nullam autem obligationem introduxit.

Alterum argumentum est, quod qualis est actio & ejus intentio talem etiam oportet esse conditionem & naturam obligationis & contractus; atquin intentio actoris hic est, quod numeraverit pecuniam, in quo & in numeratione necesse habet fundari suam intentionem, eamque probare, ut ait *l. 3. Codic. de non num. pec.* Quod si obligatio revera ex literis esset, liceret agere sub hac formula: *Aio te mihi debere quia scripsisti te mihi daturum*, cujusmodi obligationem fateor Lege induci posse, non minus ac ut obligatio ex verbis nascatur ore prolatis. Sed nego ullam talem obligationem jure nostro esse introductam: & ultro apertissimum est, de hujusmodi obligatione, nec *sub h. t.* nec in *Codic. de non num. pec.* tractari. Falsum est igitur omnino, quod hic Fab. post Dd. probat, quod actor non habeat necesse imo non debeat in libello ponere, quod pecunia sit numerata, sed hoc solum, quod reus scripserit se debere decem ex causa mutui: Quod quidem penitus ineptum est: & quorsum enim addatur causa mutui, si quidem ex literis est obligatio, cum nemo obligari possit ex mutuo, nisi pecuniam acceperit. Et verissimum est, quod ipse hic objicit Faber, nec extricare potest, quod confessio non inducat obligationem sed faciat probationem: & penitus est inexplicabile, quod ipse rursus objicit Faber, nec removere potest, quod reus possit objicere sibi non numeratam pecuniam, & ea objectione exceptione proposita (scilicet ante biennium) cogi creditorem probare numerationem: Ex quo necessario prorsus efficitur, an fundanda actionem requiri numerationem pecuniæ, quam probare actor alias necesse non haberet. Et fundamentum istud tertium est, ex quo evinco non esse literis veram ex literis obligationem: Quod oppugnatur ab exceptione, in eo necesse est fundatam obligationem esse: atquin exceptio quæ his opponitur, oppugnat numerationem, & quod pecunia numerata sit, negat, ceteroquin si verè ex literis obligatio esset, oporteret reum qui absolvi vellet, excipere, se non scripsisse, neq; enim peti potest exceptio ex obligationis diverso genere, ad oppugnandum aliud obligationis genus, nec magis, si vere esset obligatio ex literis, pecuniæ numeratæ exceptio objici posset, quam contra eum qui agit ex stipulatu, aut ex emptione.

Et quid igitur est? Nimirum quod res est fateri oportet, Justinianum paulo pinguius esse locutum, dum obligationem hanc ex literis, tanquam speciem diversam & separatam ab aliis proponit. Et dum debitor elapso biennio, non auditur opponens pecuniæ non numeratæ exceptionem, sed solvere compellitur omnino *l. si. intra 8. in fin. Cod. de non num. pecun.* fit, ut ex hypothesi non factæ numerationis videatur, non ex numeratione, sed ex literis obligatur, idque innuit Justinian. dum ita fieri ait, ut debitor dum quidem non potest, scriptura obligetur, pro quo rectius dixisset quod scriptura obligatus videatur. Nec enim post biennium quoq; creditor ex scriptura agit, & ideo reum condemnari petit, quod scripserit se debere, sed agit ex numeratione, & ei probandæ adducit chirographum & confessionem Rei, quæ contra scribentem inducit præsumptionem, quæ initio quidem & ante lapsum legitimi temporis, levior aliquanto est, itaque objecta exceptione, numerationem actor cogitur probare, sed autoritate juris & assistentia legis hæc præsumptio decursu biennii firmatur, & confessioni creditur, ita ut amplius exceptioni non sit locus. Et ex hac præsumptione acceptæ pecuniæ, & hoc potest esse pro quarto argumento sententiæ meæ) condemnari debitorem apertissime probatur ex *l. hujus t.* ubi Justinian. ait, se coarctasse tempora exceptionis, ne forte creditores pecuniis suis defraudentur, dum nimirum improbi debitores, post acceptam vere pecuniam, tamen creditores flagitant probationem pecuniæ: & istud vero ineptissime diceretur, si quidem fundamentum obligationis inscriptum esset, Et ut igitur tandem hanc concludamus disputationem, dico hanc obligationē esse ex præsumpto mutuo, respectu hoc, quod debitor negando, rem dubiam facit: ceteroquin dum intentionem actoris consideramus, ex vero mutuo est obligatio & actio. Itaque etiam hic debitur condictio certi, tamquam ex mutuo per *l. 5. C. h. t.* ubi dicitur, petitio quasi creditam pecuniam. Et ita rursus ruunt Dd. disputationes, quæ nam hic actio, an ex lege condictio & ex qua, an actio in factum competat: Itemque hinc quoque coarguuntur ineptiæ Dd. qui intricatissime disputant, qua-

alteri obligatur in id, quod alterum alteri præſtare ex bono & æquo oportet: cum alioquin in obligationibus verborum, alius ſtipuletur, alius promittat.

COMMENTARIUS.

SEquitur tãdem quarta & poſtrema ſpecies obligationum ex contractibus, qui conſenſu cõſtituuntur, quod ipſe Juſt. ſatis explicat: nam cum ſine cõſenſu nullus conſiſtere poſſit contractus *l. 1. §. pẽ. de juſt.* hic contractus conſenſu conſtare dicuntur: quod in cæteris præter conſenſum aliquid amplius requiritur, veluti res & verba: ſed in his ad producendam efficacem obligationem ſufficit hoc ſolũ, quod ſimpliciter conſenſum eſt. Ex quo infert Juſt. etiam per nuntium & per epiſtolam hos contractus poſſe fieri: nimirum per ſimplicem & ſolam epiſtolam & nuntium: ceteroquin & res per nuntium mitti poſſunt: quo ſenſu convenire re & per epiſtolam ſive nuntium opponuntur inter ſe *in l. 2. in pr. D. de juſtit.* Similis illatio eſt. *in l. 1. §. de contr. empt. l. 2. de ob. & act. l. 1. in pr. Mand. l. 4. de pignor. l. 4. de fid. inſtrum. l. in quibuſcunque. de ob. & act.*

Ium in his contractibus.] Alia his verbis notatur proprietas contractuũ qui conſenſu conſtat: quod ex his plenior & laxior naſcatur obligatio, in id quod alterũ alteri præſtare æquum eſt, licet verbis non ſit expreſſum: ſed in obligatione verborum, alius ſtipuletur, aliis promittat: id eſt, quod hic naſcatur obligatio ſtrictior, nec ultra verba ſtipulationis *l. quidquid. 99. de V. O.*

Nam in ſtipulatione uterque neceſſario præſens eſt, & uterque loquitur: ut ipſis imputari poſſit, ſi quid non dixerint, quod proinde pro omiſſo habẽdum eſt. Tum ipſa natura contractuũ de quibus hoc tit. agitur, ita comparata eſt, ut omnia quæ præſtari æquũ eſt, nominatim exprimi non poſſint, cum quædam etiam non raro poſt emergant, quæ officium judicis & viri boni deſiderant. Denique ita ſtipulatio jure civili formata eſt, ut ejus eſſentia conſiſtat in ſolemnitate quadam verborum: extra quæ quidquid eſt, neceſſe eſt, ut extra contractum ſit idem. Iſti autem ſunt contractus juris gentium, nec ita determinatam, ſed laxiorem habent naturam.

Iſta tamen proprietas non videtur propria eſſe contractuum qui conſenſu conſtant, ſed communis omnibus bonæ fidei contractibus, per §. *in bona 30. infr. de action.* eaq; oppoſitio contractuum, & porro actionum bonæ fidei, ad ſtipulationem & imo omnes ſtricti juris actiones & contractus eleganter probatur ex textibus *in l. quia 7. de negot. geſt. Lucius 24. de poſſ. l. 6. §. 1. de contr. empt.* & ad explicandum hunc locum, & oppoſitionem Juſtinianeam facit maxime, quod illis textibus docetur in bonæ fidei judiciis venire etiam quæ non ſunt dicta, & tantum in iis operari officium judicis ex bono & æquo, quantum in ſtipulatione nominatim facta expreſſio. Et cum Juſtian. tantum in altero quoque membro oppoſito faciat ſtipulationis mentionem, non intelligitur voluiſſe in priori omnino excludere cæteros bonæ fidei cõtractus. Sed nimirum ſicut in ſtipulatione maxime iſtud verum eſt, cum alii contractus etiam ſtricti juris aliquam admittant ex natura ſua interpretationem, ut docet *l. 3. de reb credit.* ita quoq; in contractibus conſenſu conſtantibus, præcipue & maxime locum habet, ut veniant etiam quæ non ſunt expreſſa: cum ipſa rei traditio quæ cæteros conſtituit, eos quodãmodo anguſtiores faciat: itaque recte hæc qualitas per excellentiam tribuitur contractibus his, qui ſolo conſenſu perficiantur: quibus hac conſideratione etiam recte eam hoc loco tribuit Juſtinianus. Theoph. tamen hunc locum ita accepit, ut in his contractibus alter alteri obligetur utrimque, ſed in ſtipulatione unus tantum obligetur, & alter habeat eum obligatum, nimirum alter ſtipulatur, alter promittit, qui obligatur ſolus.

AD TITULUM XXIV.

LIBRI TERTII INSTITUTIONUM, DE EMPTIONE ET VENDITIONE.

TEXTUS.

Emptio & venditio contrahitur, ſimul atque de precio convenerit: quamvis nondum precium numeratum ſit, ac ne arra quidem data fuerit: nam quod arræ nomine datur, argumentum eſt emptionis & venditionis contractæ. Sed hoc quidem de emptionibus & venditioni-

bus, quæsi sine scriptura consistunt, obtinere oportet: nam nihil à nobis in hujusmodi emptionibus & venditionibus est innovatum: in iis autem quæ conficiuntur scriptura, non aliter perfectam venditionem & emptionem esse constituimus, nisi & instrumenta emptionis conscripta fuerint, vel contrahentium manu propria: vel ab alio quidem scripta à contrahentibus autem subscripta: & si fiunt per tabellionem, nisi & completiones acceperint, & fuerint partibus absoluta. Donec enim aliquid deest ex his, & pœnitentiæ locus est, & potest emptor vel venditor sine pœna recedere ab emptione & venditione. Ita tamen impune eis recedere concedimus, nisi arrarum nomine jam fuerit datum aliquid: hoc enim subsecuto, sive in scriptis sive sine scriptis venditio celebrata est, is qui recusat adimplere contractum, siquidem est emptor, perdit quod dedit: si vero venditor, duplum restituere compellitur, licet super artis nihil expressum sit.

Commentarius.

1 *An à perfecto contractu cum damno arrarum liceat recedere.*

Emptio est contractus de re pro certo precio alteri tradenda: quæ perfecta est hujus contractus definitio. Dico *tradenda*, quoniam ut *in pr. tit.* docet Justin. & apparet ex *tit. præced.* non opus est traditione rei, ad perficiendum contractum, sed contractus est perfectus, ubi primum convenit de re & precio. Itaq; in his contractibus qui consensu perficiuntur & constant, distant perfectio & implementum contractus, quod implementum est in traditione rei & pretii numeratione, qui extremus scopus est contrahentium. Et tractatur primo loco de emptione, tanquam contractu frequentiori & nobiliori: post de reliquis tribus, quos simul enumeravit, *tit præced. post ICtum in l. 2. de Oſ. A.* quia propositum fuit Justiniano tantum agere de obligationibus civilibus & efficacibus: adeoque frustra *tit. præced.* opponit Faber, quod pacta nuda consensu perficiantur: cum hæc præsertim sint sine certo nomine & numero. Donationis pactum sane & pignoris & constituti possint alias recte ad hanc classem referre; sed utique contractus non sunt, de quibus solis agere voluit Just. ut apparet *sup. ex tit. de obligat* plane autem obligationum materiâ tractare ipsi propositum non fuit. Sed videamus porro de emptione

Habet illa naturam vel essentialem & communem ex jure gentium, ut perficiatur nudo & simplici consensu: vel adventitiam & accidentalem ex conventione & voluntate partium, ut scilicet perficiatur in scriptis, quam ut maxime consensu fit, negat esse perfectam, nisi instrumentum desuper confectum sit, cujus formam satis accurate & perspicue describit hic & *in l. contractus 17. C. de fid. instrum.* Antequam id factum sit, impune quidem nec dum perfecto contractu, alteruter, invito etiam altero discedere & voluntatem mutare potest, ita scilicet ut ad implendum contractum urgeri non possit. Quod si enim arræ datæ sint, licebit & tunc quoque discedere à contractu, sed cum damno arrarum: ita ut emptor, cujus regulariter est, date arram eâ perdat, venditor duplicatâ restituat. Et expresse ait Justinian, donec aliquid deest, ex his nimirum quæ ad perficiendam emptionem requiruntur, locum esse pœnitentiæ, ut liceat recedere à cõtractu nec dum perfecto, cum damno nimirum arrarum, si quæ fuerint datæ. Et itaque falsa † est opinio quorundam interpretum, qui putant etiam à perfecto cõtractu cum damno arrarum licere recedere, objiciunt tamen autores illius sententiæ, ex quorum numero sunt *Salic & Sich. in l. contractus 17. C. de fid. instrum.* quod per dationem arrarum tacite id actum videatur, ut liceat cum damno arrarum discedere è contractu, sed respondebo non nostrum esse inducere facile tacita pacta sine lege. Quin imo mens & intentio contrahentium hæc esse videtur, ut per arras magis astringant contractus, nec adeo contra eorum mentem arræ datio explicanda est, ut contractus fiat infirmior, & ab eo perfecto liceat discedere: idque omnino mihi perspicuum videtur, ubi nec dum perfecto contractu arræ datæ fuerunt: quod ideo emptor fecisse videtur, ut venditor metu reddendi duplicatæ induceretur ad perficiendum contractum: quâ etiam mente vice versa venditor eas accepisse videtur. Et perfecto igitur post contractu arræ finem suum

sunt

sunt effectum, nec aliud superest, quam ut aut pretio imputentur, aut si in corpore & specie consistant, emptori restituantur, juxta *l. ex empto* 11. §. *si quis 5. de action. empt.* nec adeo operari amplius possint, ut à perfecto contractu liceat resilire. At vero ubi perfecto contractu arræ datæ sunt, cum jam efficaciter ad implendum actio nata est, non videtur ullus effectus aut finis esse arrarum, quam ut inter altero liceat à contractu eum earum damno abire. Attamen & hic communius Interpp. arbitrantur, hunc esse effectum, ut alter habeat electionem, si alter implere nolit contractum, vel ex contractu ad implendum agere vel prosequi arrarum commodum quod forte malit, quam ut contractus effectum sortiatur: cum enim possint ea gratia videri arræ datæ, ut ne alter gravetur onere probandi ejus quod interest, in cujus locum emptor arras subrogatas esse voluerit. Qui autem utique hoc casu negant alterum adstringi invitum posse ad implendum contractum, hoc vere argumento præcipue uti solent, quod Justin. *in fin. hujus text.* ait, altero invito posse heri, sive in scriptis sive sine scriptis, emptio celebrata sit, nam & celebratam esse emptionem perfectum videatur arguere contractum: & cum sine scriptis contractus, non nisi nudum consensum requirat, non videtur hic nisi perfecto contractu novationi locus esse. Accedit quod *in d. fin. pr.* Justinian. ait eum amittere arras, qui recusat adimplere contractum, ex quo contractum perfectum esse arguitur, sed enim responderi recte puto, & 1. Justinianum paulo pinguius loqui, & emptionem celebratam intelligere emptionem quæ adhuc est in fieri & super qua tractatur: idque inde confirmatur, quod principaliter tractat de emptione in scriptis tractanda & perficienda, circa quam etiam nominatim ponit aliquid deesse, & igitur revera contractus perfectus dici non potest: cum diserte scribat *in l. 17. C. de fid. instrum.* nec dum perfecto instrumento ad implendum contractum & ad tradendam rem aut interesse agi non posse. Et ex *d. l. 17.* hic quoque locus recipit declarationem & nimirum ex verbis *d. l. 17 super facienda emptione* item *non precedente contractu*, item *qui vendere pollicitus est*, quæ omnia imperfectum contractum designat. Ita quoque ad eundem modum abuitur verbo *adimplere*, quod & per se est ambiguum, & nimirum ubi cum perfecto contractu confertur significat novationem & numerationem pretii: ubi autem cum imperfecto, contractus simplicem perfectionem designat. Secundum hæc cum omnino ff. tractum imperfectum intelligat Justin. qui in scriptis perficiendus est, ob id quod de contractu sine scriptis traditur hoc loco in f. de imperfecto contractu accipiendum est. Neque verum est, quod ubi sine scriptis contrahitur, contractus non possit esse imperfectus, neque n. super pretio statim convenitur, sed aliquantisper & de pretio & forte quoque de rei accessionibus & finibus tractatur, ita ut interim antequam absolvatur contractus, arræ intervenire possint. Et vero inconcinna fit comparatio contractus sine scriptis perfecti cum contractu in scriptis adhuc imperfecto & perficiendo: & qui alias contractus, in simplici natura sua esset perfectus, is ubi placuit in scriptis contrahi, etiamnum imperfectus est. Denique & istud movere possit fortassis, quod Just. h. textu *in prin.* ait, arras datas, esse argumentum venditionis contracta: ex quo, perfecto contractu arram tantum dari inferre quis possit, sed enim cum hoc ipso textu & *in d. l. 17. C. de fid. instr.* apertissime scribat Justin. arras contractu adhuc imperfecto dari, & ubi aliquid adhuc deest, non potest interpretatio ista admitti, sed dicendum est, aut quod & ibi venditio contracta improprie dicatur: aut potius quod Justinianus ibi respiciat veterem arræ dandi rationem quæ sane post contractum perfectum dari solebat, ita *in d. l. 11. §. 6. de act. & empt.* qui vina emit, arræ nomine quid dedit, & aperte Cajus *in l. quod saps 35. in pr. de contrab. empt.* arram dari solitam, ut evidentius probari possit, convenisse de precio. Et locus ille optime explicat hunc textum, scilicet ait Justin. perfectam esse emptionem, licet necdum arra data sit; ubi ratio dubitandi nulla videri possit, cum utique arra ad essentiam contractus non pertineat, sed nimirum eadem ratione JC. quod, inquit, arræ nomine datur, non eo pertinet, quasi sine arra non proficiat conventio, sed ut evidentius probetur convenisse de pretio. Qui locus arguit imo probat evidenter, arras non habere hunc effectum, ut liceat altero invito abire à contractu, cum plane alium earum scopum proponat JC. & cum sæpe arras datas scribat, minime hoc solitos agere contrahentes, vero simile est, ut in validum facerent contractum. Neque vero hic quidquam Justinianus immutasse deprehenditur, & verissime Faber hic, ait, per constitutionem Justinian. imponi hanc pœnam, quando contractus est imperfectus, & ex ipsa lege est pœnitentiæ locus: voluit Justin. hoc quasi remedio efficere ut contrahentium

hentium alteruter metu amittendi artem non facile recederet à contractu, qui ex ratione juris gentium perfectus, sed ex constitutione adhuc imperfectus est.

TEXTUS.

1. Pretium autem constitui oportet: nam nulla emtio sine pretio esse potest. Sed & certum precium esse debet, alioquin si inter aliquos ita conveniret, ut quanti rem Titius æstimaverit, tanti sit empta: inter veteres satis abundeque hoc dubitabatur, constaretne venditio an non. Sed nostra decisio ita hic constituit, ut quoties sic composita sit venditio quanti ille æstimaverit, sub hac conditione staret, contractus, ut siquidem illi qui est nominatus, precium definierit tunc omnino secundum ejus æstimationem, & pretium persolvatur, & res tradatur, & ad effectum venditio perducatur, emptore quidem actione ex empto, venditore ex vendito agente. Sin autem ille qui nominatus est, vel voluerit, vel non potuerit pretium definire, tunc pro nihilo esse venditionem, quasi nullo precio statuto. Quod jus cum in vēditionibus nobis placuerit, non est absurdum, & in locationibus & in condictionibus trahere.

COMMENTARIUS.

DIximus, emptionem esse cōtractum de re pro certo pretio alteri tradenda. Et igitur de essentia contractus hujus est pretium ut *in prin. hujus tex.* docet Justin. *& l. empti 9. C. h. t. l. 2. §. 1. & l. pacta 72. in fin. pr. C. eod.* ubi dicitur emptionis substantia ex precio consistere, quo nimirum æstimata est res, de qua in perpetuum in alium transferenda agitur: quoniam cum donare utique nolit venditor, oportet ut quid aliud pro re accipiat, quod accidit permutando aut vendendo. Hic pretium requiritur quod quale esse debeat, tum porro *hic §. cū seq.* ostendit. Ait enim Justinianus, pretium debere esse certum, ceteroquin imperfectum est negotium *l. quod sepe 35. h. t.* Certum autem dicitur aliquid vel simpliciter verbis expressa quantitate, vel per relationem, veluti quanti emisti, quantum pretii in arca habeo, *l. 7. §. 1. junct. l. si quis 37. h. t.* Hinc quæsitum fuit an valeat venditio, ut sit empta res quanti Titius æstimaverit: quomodo per relationem pretium, videatur definitum (quod si enim ita conventum sit quanti res æstimabitur inter omnes constat nihil penitus actum) Sed cum requiratur sequens factum & declaratio Titii, non potest contractus purus & perfectus esse. Itaque cōstituit Justinian. *in l. ult. C. h. t.* ad quā hic se refert, ut emptio quasi videatur sub conditione contracta, si Titius æstimaverit. Quid igitur, si non æstimaverit? Et Justin. ait, pro nihilo esse venditionem, & ea recurri ad arbitrium boni viri *l. ult. h. t.* quoties partes nominatim elegerunt arbitrium earum personæ: quod & ita in societate juris est *l. si coitum 77. pro socio* & generaliter responsum est, non recedendum esse à persona ejus cujus arbitrium est insertum *l. si quis 43. de V. O.* Neque obstat *l. hac 7. in pr. h. t.* quoniam ut recte Faber hic, si arbitrium super aliquo accidentali, (nam super essentiali non potest,) in alterutrius contrahentium personam sit collatum, subintelligimus arbitrium viri boni, ne stet actus qui alias tamquam collatus in arbitrium contrahentis unius, esset futurus nullus, & cum per partem stet, quo minus arbitretur, actus non debet deficere, sed magis haberi pro impleto, & ratio suadet idem admitti, ubi commune perfecto, accidentale aliquid in personam & arbitrium tertii collatum est, ut post Bart. notat. *Ang. hic num. 3.* & probatur *l. si in lege 24. in pr. locati*. Hæc enim cū res non amplius integra sit, injuria alteri non inferretur, sed ita in contractibus procedit, quod hic dicitur ubi imputari potest contrahentium. Quod si quis legaverit Titio servum, quem v. c. Sejus legerit, licet hoc non eligente, non perit legatum *l. §. 1. Cod. comm. de leg.* sed dos promissio speciale quid habet, quia versatur interesse mulieris juxta *l. cum post. 69. §. 4. de jur. dot.* Quid porro si ille tertius & v. c. Titius, cujus arbitrium partes elegerunt, arbitratus sit, sed iniquè & nimis magno parvo precio rem æstimaverit? Et est contentiens opinio omnium, hic esse locum arbitrio boni viri, propter productionem inæqualitatis & iniquitatis: & quidem ut ego accipio, non per speciale aliquod remedium restitutorium, sed per officium judicis quod subservit actioni bonæ fidei exemplo societatis, cujus si partes iniquas statuerit tertius, ea iniquitas corrigitur

gitur, per judicem instituta actione pro socio *l. in proposito 78. cum l. seq. pro soc.* Ita ad eundem modum si nimis magno definito pretio, venditor ad illud agat; objecta per emptorem iniquitate ex officio judex propter clausilam, *ex bona fide* moderationē adhibebit. Ita Dd. communissime hic & *in l. ult. C. h. t.* quæ sententia cum omnino æquitati & justitiæ sit consentanea, consequenter cum mica salis exit & civiliter accipiendum, quod hic ait Justin. omnimodo secundum æstimationem dictam à Titio precium persolvendum esse: ut scil. non excludatur judicis officium pro corrigenda inæqualitate: & etiam ea quæ non excedit dimidium justi precii, pro hac enim corrigenda speciale remedium est *in l. 2. C. de rescind. vend.* hic autem officio iudicis locus est, re adhuc integra, ubi exemptio aut venditio ad implendum contractum agitur. Quod si enim iuxta æstimationē, res tradita & precium solutum fuerit, huic emendationi iniquitatis per officium iudicis non erit locus: sed tunc necessario recurrendum erit ad remedium *d. l. 2. C. de rescind. vend.* cui cōstat non esse locum, nisi ubi ultra dimidium alteri læsus est.

Quod jus eum.] Ait Justin. hoc idem obtinere in locationibus debere. Atquin iam diu ante Justinianum id obtinuisse & à Cajo scriptū movet Hot. hic, *in l. si merces 25. in pr. locati.* sed obtusæ natis hic videtur fuisse Hottom. dum nō animadvertit *d. l. 25. loc.* interpolatam à Triboniano, quod & stilus & eadem pene verba, quibus hic utitur & *ind. l. ult. C. h. t.* satis ostendunt.

TEXTUS.

2. Item precium in numerata pecunia consistere debet. Nam in cæteris rebus an pretium esse posset valde quærebatur: veluti an homo, aut fundus aut toga alterius rei pretium esse posset. Et Sabinus & Cassius etiam in alia re putabant pretium posse consistere, unde est illud, quod vulgo dicebatur, permutatione rerum emptionem & venditionem contrahi: eamque speciem emptionis & venditionis vetustissimam esse, utebanturque argumento Græco poeta Homero, qui aliquam partem exercitus Achivorum sibi vinum cō-

parasse ait, quibusdam rebus permutatis, his verbis.

Νῆες δ' ἐκ λιμένος πάρις ἄσαν οἶνον ἄγυσαι.
Ἔνθεν ἄρ' οἱ νίζοντο κατηκομέωντες Ἀχαιοί,
Ἄλλοι μὲν χάλκεα ἄλλοι δὲ αἴθωνι σιδήρῳ,
Ἄλλοι δὲ ῥινοῖς ἄλλοι δ' αὐτῇσι βόεσσιν,
Ἄλλοι δ' ἀνδραπόδεσσι.

Diversæ scholæ autores contra sentiebant, aliudque esse existimabant permutationem rerum aliud emptionem & venditionem: alioquin non posse rem expediri, reb. permutatis quæ videatur res venisse, & quæ precii nomine data esse: nam utrāque videri & venisse, & precii nomine datam esse, rationem non pati, sed Proculi sententia, dicentis, permutationem propriam esse speciem contractus, à vēditione separatam, merito prævaluit, cum & ipse aliis Homericis versibus adjuvabatur, & validioribus rationibus argumentabatur: quod & anteriores Divi principes admiserunt, & in nostris Digestis latis significatur.

COMMENTARIUS.

DIximus *in §. præced.* de una qualitate precii, ut sit certum. Altera est, ut cōsistat in pecunia numerata, iuxta veriorem & receptam Proculi sententiam, quæ permutationem à venditione distinguit, permutatio nimirum antiquissima fuit ratio commutandi necessaria, dum res rebus quibus singuli hinc inde indigebant, mutabantur, sed habuit & hoc incommodi, quod ut eleganter differit ICtus *in l. 1. h. t.* non semper veniebat, ut utrimque in rebus, quæ penes in alterutrum erat indigentia proportionata occurreret: ut proinde necessum fuerit per aliam materiam, & alia ratione difficultatibus permutationum occurrere: & hoc nimirum per nummum, quo omnes res æstimarentur, & pro quo quisque res necessarias sibi comparare posset, cum non possit inutilis esse accipienti, sed hic quandocunq; aliam rē sibi necessariā, eo sibi cōparare possit: quod elegāter expressit *Arist. 5. Ethic. 8.* ubi ita scribit: ὥσπερ ἧς μελλούσης ἀλλαγῆς, εἰ νῦν μηδὲν δεῖ τοῦτο, ὅτι ἔξεσται ἀεὶ ἀνταποδῶ, τὸ

νόμισμα ὅιον ἐγλυπτὸς ἐστιν ἡμῖν. significās nimirum quod nūmus quasi sit quidā sponsor, per quē si forte quare olim indiguerimus, eā consequi possimus: licet jam non egeamus. Ubi etiam docet duplicem esse nummi usum 1. cum non est utrimque quod alteruter æque egeat: 2. cum est quidem, sed non æqualis valoris, quam inæqualitatem nūmus exæquat. Et hoc quidem casu, ubi res & pecunia intervenit qualis sit contractus, alterius tractationis est, ut tamen fere placuerit, ab eo quod excedit, æstimari an sit venditio an permutatio. Frequentius autem sola pecunia numerata intervenit, & datur pro re, quam conventionem post incommoditatis permutationem, in quibus utrimque res dabantur, inventum rectissime à permutationis contractu Proculus disjunxit, quem ceteri ICti communius sunt secuti, pro qua sententia *h. §. vers. diversa.* tale argumentum proponitur. In quo contractu distincta invicem debent esse precium & res, in eo non potest res pro re intervenire, sed alio quodam, & nimirum pecunia numerata opus est. Atquin in emptione venditione ista debent esse distincta. Ergo, &c. Majoris ratio proponitur *in vers. alioquin.* quoniam ubi res pro re data fuit, veluti equus pro servo, nihil potest dici, cur equus vel servus potius pretium quam merx aut vice versa dici debeant. Et jejuna plane est conjectura Hottomanni, qui hanc à Sabino inter permutationem & venditionem, ubi res pro re data fuisset, differentiam statutam fuisse putat, ut tunc esset permutatio cum utriusque similis est animus volentis rem suam in aliam transferre, emptio autem, cum alter quidem cupit rem alienare suam, sed alter rem quam retinere mallet, coactus eam dat pro re qua eget, ut Græci dum vinum ex Lemno adjectum sibi caparant pro rebus, quas alias retinere maluissent. Jejuna penitus est ista conjectura, & purum hoc accidens non potest variare contractum. Assumptionis in superiori argumento ratio est, quod emptio & permutatio cum habeant diversa nomina, debent etiam reipsa inter se distincti esse contractus, ut in illa distincta sint res & precium, in hac non sint distincta, juxta *l. 1. de verr. permut.* ub ICtus ait, in permutatione discerni non posse quid sit pretium, quid res, quis dicatur emptor vel venditor, cum utriusque contrahentium una eademque sit ratio: & adeo hic est permutatio: in eo vero contractu ubi diversa debent esse res & pretium, non potest admitti ut utrumque & precii & rei loco sit, ut disputabat Proculus. Quæ nimirum sunt rationes validiores, quarum meminit in f. hujus textus Justin. quibus ceteri ICti assensi fuerunt, cum & aliis vicissim versibus Homericis pro adstruenda sua opinione Proculus uteretur: quos *Alciat. putat. 2. prætermisse* esse illos quibus 6. Iliad. refert Homerus permutationem armorum inter Glaucum & Diomedem, ubi utitur verbo ἀμείβειν, quod permutationem significat: quos & citat in hanc sententiam Paulus in *l. . h. t. & Theoph. hic.* Sed in neutram partem magni momenti videtur esse autoritas Poetæ, qui sæpe metro inservire necesse habet: ut proinde nec curandum sit quod Homerus idem lib. 1. Odyss. scribit

——πρὶν ἕκτατον αὖτις ἰόντα.

quem locum idem Paulus citat in *d. l. 1. h. t.*

TEXTUS.

3. Cum autem emptio & venditio sit contracta (quod effici diximus, simul atque convenerit de precio cum sine scriptura res agitur) periculum rei venditæ ad emptorem statim pertinet, tametsi adhuc emptori ea res tradita non sit. Itaque si homo sit mortuus, vel aliqua parte corporis læsus fuerit, aut ædes totæ vel aliqua ex parte consumptæ incendio fuerint, aut fundus vi fluminis totus, vel aliqua ex parte ablatus sit, sive etiam inundatione aquæ, aut arboribus turbine dejectis longe minor aut deterior esse ceperit, emptoris damnum est: cui necesse est, licet rem non fuerit nactus, precium soluere. Quidquid enim sine dolo & culpa venditoris accidit, in eo venditor securus est. Sed &, si post emptionem fundo aliquid accesserit per alluvionem, ad emptoris commodum pertinet. Nam & commodum ejus esse debet, cujus periculum est. Quod si fugerit homo qui veniit, aut subreptus fuerit, ita ut neque culpa neque dolus venditoris intervenerit, animadvertendum erit, an ejus custodiam usq; ad traditionem susceperit venditor. Sane enim si susceperit, ad ipsi-

us periculum pertinet is casus: si non fuceperit, securus est. Idem & in ceteris aniamilibus ceterisqus rebus intelligimus. Utique tamen vindicationem rei & condictionem exhibere debebit emptori: quia sane qui nondum rem emptori tradidit, adhuc ipse est dominus. Idem etiam est de furti & de damni injuriæ actione.

COMMENTARIUS.

1 *Res vendita licet, nec tradita perit emptori.*
2 *Quid si extet, sed ex potestate venditoris exierit.*

EMptione perfecta, nudo etiam consensu, sive in scriptis sive sine scriptis celebrata sit juxta *pr. hujus tit.* licet necdum secuta traditione, & commodum quod accedit *h. §. vers. sed etsi* & incommodum si quid decedat, ad emptorem pertinet, imo etiam periculum si res plane perierit: quod utrumque perspicue satis, propositis exemplis hoc §. declaratur, & amplius aliis pluribus textibus confirmatur *l. quod sape 35. si res 4. h. t. l. cum emptor 5. §. ult. ibi. sic l. vend. id quod 7. & l. necessario 8. in princ. de peric. & comm. res vend. leg. 1. 4. 5. 6. Cod. eod. l. si solutam 39. inf. de solution. l. is qui 11. §. plane 9. Quod vi aut clam. l. quod si is de jur. dot.* Et confirmatur hac invicta ratione.

Qui tantum dolum & culpam præstat in re, is de periculo non tenetur & casu fortuito. Atquin venditor post perfectam venditionem tantum dolum & culpam præstat *leg. quod sape 35. §. si res 4. h. tit. leg. 5. §. 2. commod. l. contractus 23. de reg. jur. & l. 3. & pass. de peric. & comm. rei vend. ultim. Cod. eod.* ut mirandum sit contrariam sententiam, quæ tot textibus juris & manifestæ rationi juris repugnat, placere potuisse *Cujacio in leg. si fundus 31. Locati tract. 8. ad Afric.* sed objicitur pro Cujacio primo *d. l. 33. locat.* secundo quod venditor etiam post perfectam venditionem rem alteri tradere eumque dominū efficere potest *leg. quoties 15. Cod. de rei vindicat.* tertio quod juxta vulgatam regulam res perit domino, venditor autem adhuc dominus est *h. §. inf.* quarto textus in *leg. Lectos 12. & leg. quod si 14. §. 1. de peric. & comm.* quibus locis videtur requiri ut res tradita sit, ut periculo emptoris pereat. Respondeo ad primum, ibi rem non periisse sed adhuc exstare: quod casu ita jus est, ut juxta hunc §. *in fin.* vēditor suas actiones cedere teneatur: quas si non habet aut inefficaces sua culpa habet, hoc ipso nomine damnandus est *leg. quod 35. §. si rer. 4. in f. h. titul.* utique ut precium saltem restituat *d. leg. 33.* Recte autem statuunt Dd. culpa ibi venditoris fundum publicatum fuisse: & ut maxime injuria judicis id accidisse dicas, tamen pro judicis sententia in dubio præsumitur: & injuria illa potius penes venditorem contra quem sententia dicta est, residere debet: Quoniam autem culpa ea de qua in *d. leg. 23.* venditoris nempe delictum, non directo tendit ad impediendam traditionem, non ad omne interesse agitur, sed precium restitui sufficit, quamvis post gl. *Angel. hic* statuat si culpa vēditoris causam dederit, ad omne interesse eum teneri. Ad 2. id fieri propter potestatem & vim traditionis, quæ ab adhuc domino facta simplici obligatione potentior est: & habet emptor remedia, quibus fidem ruptam ulciscatur. Ad tertium quod emptor perfecta emptione statim auferre & avocare rem possit: & si perierit adeo interim res, eam quasi moram emptori nocere debere: & quod regula illa quod domino res pereat, ad eos pertineat, à quibus res per remedia juris avocari non possit: tum etiam quod ibi dominus opponatur his qui nudam custodiam aut usum rei habent: quod secus est in emptore, cui res perit ut creditori, & venditor non tamquam dominus, sed tamquam debitor interitu rei liberatur: quomodo ita si res promissa pereat, debitor liberatur *leg. si ex legati 23. & passim de verb. oblig.* Porro in *leg 12. de peric. & com. rei vend.* lecti venditi culpa venditoris loco publico positi, & ab ædile concisi fuerunt. In *leg. 14. eod. tit.* materia in genere vendita est, quo casu, sicut & cum res fungibiles venditæ sunt, non statim periculum est emptoris, sed postquam admensio facta est, ante quam perfecta nec emptio censetur *leg. 1. §. 1. & pass. de pericul. & comm.*

Et igitur, ut concludamus, periculum & damnum est emptoris, sive res deterior sit facta, sive perierit: & rursus sive perierit tota sive pro parte: & amplius sive perierit, sive ex potestate venditoris exierit, ut tradi non possit, veluti si servus venditus vel aliud animal, vel quæcunque res, fugerit, subrepta aut amissa sit. De qua re † tractatur *h. 2 §. in vers. Quod si fugerit.* Distinctio summa est, quæ etiam in casu præced. rei corruptæ aut consumptæ locum habet, an culpa venditoris tale quid acciderit, an sine ejus culpa. Illo casu est damnum venditoris ‡ nec interest an sit culpa quam ex

Digitized by Google

naturacontractus præstat, an ex speciali pacto (potest enim per pactum obligatio & præstatio alterius contrahentium gravior & strictior fieri, ut notavimꝰ ad §. *Item is* 2. *sup. quibus mod. re contr. obligat.*) quod intelligit Justinian. hic, dum ait, si neque dolus neque culpa venditoris intervenerit, animadvertendum esse, an custodiam rei usque ad traditionem venditor susceperit necne: custodiam nempe specialem & in specie sumptam, quæ ut sup. ad *d.* §. 2. notavimꝰ, significat exactissimam diligentiam: ceteroquin ad custodiam in genere sumptam etiam citra pactum speciale vēditor tenetur *lege quod sæpe* 35. §. *si res* 4. *h. t.* & talem nimirū qualem bonus paterfam. rebus suis adhibet *d.* §. 4. Cui non obstat *l.* 2. *in f. & l.* 3. *de peric. & comm.* quoniam ibi tractatur de rebus fungibilibus venditis. in quibus nudus consensus non omnino perficit venditionem *l.* 1. §. *eod. tit.* Quod si citra culpam sive juxta naturā contractus sive ex pacto præstandam, tale quid acciderit, servꝰ fugerit, res furto ablata, aut corrupta amissave sit, securus est venditor *h.* §. *vers. sane enim*, id est, actione ex empto ad tradendum, aut ad interesse conveniri non potest: sed tenetur actione ex empto ad illud, quod sine damno suo præstare potest, nimirum ut emptori cedat & in eum transferat, quas habet actiones; quarum quatuor referuntur à Justiniano, vindicatio, condictio, actio furti, & damni injuriæ. Rationem reddit, quoniam venditor adhuc dominus sit, siquidem non per contractum, sed per traditionem sequentem transfertur dominium. Et an igitur hæ actiones omnes soli dantur domino? Id ita sane est in vindicatione: quod si dominus non fuerit, sed alias bona fide possederit, habet actionem Publicianam: sed quia hæc contra verum dominum inefficax est, emptor repulsus exceptione dominii ex empto aget contra venditorem, perinde ac si ipsi possidenti res evicta fuisset, per *l.* 35. §. 4. *in f. h. t.* Cōdictio intelligitur furtiva, quæ datur soli domino *l.* 3. *de cond. furt. l. eū l. qui* 14. §. *qualis* 16. *de furt.* & datur contra furem vel ejus heredem, de quo in §. *ult. in f. lib.* 4. *tit.* 1. quam cedere debet venditor ubi res furto subrepta fuit: sicut & tum (quæ tertia est) actionem furti pœnalem quæ in solum furem datur. Ea quidem non tantum domino datur, sed etiā ei cujus interest §. *furti* 13. *cū seqq. infr. de furtis.* sed hoc nimirum ubi his ipsis res ablata est: hic autem ante traditionem nōn emptori, sed venditori sublatam proponimus, qui solus adeo habet actionē furti non emptor *d. l. eum qui* 14. *in pr. de furtis.* Quarta demum actio est damni injuriæ exī. Aquilia, si quis servum aut aliud animal occiderit, aut rem quamcunque corruperit, quę iridem regulariter soli domino datur, de quo *infra lib.* 4. *ad L. Aquil.*

TEXTUS.

4. Emptio tam sub conditione, quam pure contrahi potest: sub conditione, jveluti: Si Stichus intra certam diem tibi placuerit, erit tibi emptus aureis tot.

COMMENTARIUS.

Hæc generalia, & communia, sine vitio sub speciebus contractuum nō traduntur. Et species tamen ista conditionis quæ hic proponitur, nō videtur temere in aliis contractibus occurrere & invenire locū: *Si tibi res placuerit, erit tibi empta decē aureis*: ubi nimirum & de re precio conventum est, & tantum sub conditione probationis contractus suspensus, quod non injuria adiectum præcipue intelligitur emptoris causa, cujus interest explorare prius conditionem rei, antequam omnino consentias in contractum. Itaque non confertur hic totus contractus in voluntatem & arbitrium emptoris, quod inutiliter fieri docet. *l. in vendentio.* 13. *C. h. t. l. hac venditio* 7. *C. eod.* Et proinde additur hoc §. *intra certum tempus*, neque enim perpetuo ita emptio suspendenda, & tam vagum arbitrium explorandi rem emptori permittendum est; & ita omnes Interpp. hic sentiunt.

TEXTUS.

5. Loca sacra vel religiosa, item publica (veluti, forum, basilicam) frustra quis sciens emit. Quę tamē si pro profanis vel privatis, deceptus à venditore quis emerit, habere eī liceat: ut consequatur, quod sua interest eum deceptum non esse. Idem juris est si hominem liberum quis pro servo emerit.

COMMENTARIUS.

1 *An & quatenus verbi causa res sacra emtio valeat.*

Hoc quoque fere ad locum communem pertinet: quæ enim res extra commercium sunt, nullius

nullius contractus aut obligationis objectum fieri possunt, ut notatum ad §. 2. *sup. de inutil. stipulat.* Neq; enim probo quod Hottom. alia ratione res istas vendi posse negat, quod scilicet sit contra bonam fidē: alia vero non posse in stipulatum deduci, quoniam promissor, nō etiam venditor obligetur ad dandum: etenim utique ut liceat habere, emptori venditor præstare obstrictus est, & ut utique jus usucapiendi transferat, quod in his rebus, non cadit cū & hoc utique inter emptorem & venditorem agatur, ut dominium transferatur *l. cum manu* 80. *§. ult. h. t.* Porro res sacræ, religiosæ, homo liber, considerantur aut in se & qua tales, & nullo modo possunt esse objectum venditionis. Itaque si uterque contrahentium sciat qualitatem rei, (error enim & crassa ignorantia juris, non potest sustinere contractum) contractus omnimodo est nullus, sicut & tum cum emptor scit in quem res est transferenda *l. 4. & 6. l si in* 34 *§. 2. l. liberi* 70. *h. t.* sed si uterque ignoret vel emptor solus ignoret, videtur non omnino inutilis esse emptio, imo valere & ex eo actio dari *h. §. & dd. textibus.* Et quidem interim dum res pro profana vel homo liber pro servo habetur & tenetur, etiam traditioni locus esse potest & interim species quædam emptionis datur: sed ubi de qualitate rei constat, sane si ignoraverit quoque venditor saltem tenebitur, ut pretium restituat *arg. l. si fundus* 33. *Locati. l. ex empto* 11. *§. ult. de act. empt.* sin solus vēditor sciverit, propter dolum amplius ad interesse tenetur *h. §. & d. l. 4. h. t.* Sed enim cum res per se sit ex empta commercio, difficile dictu est, quomodo dicatur valere contractus & emptio, ubi modo emptor ignoravit qualitatem rei Ita enim JCtus in *l. 4. h. t.* liberi hominis & sacræ rei emptionem intelligit si emantur ab ignorante, & in *d. l. liberi* 70. *eod.* liberi hominis emptionem contrahi posse inter ignorantes cum utique scientia vel ignorantia contrahentium non possit mutare qualitatem rerum. An hoc eo pertinet, ut dum qualitas ignoratur, rem petere & tenere possit emtor: an potius eiut saltem propter dolum suum, venditor ad interesse teneatur ut hic tradit Justin. Quod si enim dolus pro possessione est, id est, facit, ut qui possidere dolo desit, perinde actione in rem possit conveniri utiliter, ac si adhuc possideret: quid ni etiam dolus facere possit, ut v. c. venditor sit obligatus, (qui alias propter qualitatem rei obligatus non esset) perinde ac si aliam rem quæ in commercio est, vendidisset, quam propter dolum suum tradere non possit. Et proinde ratio decidendi non recte in se petitur, quod venditor non dare sed tantum tradere teneatur, ut ad *pr.* notavit & probavimus *sup. ad §. 2. de inutil. stipulat.* etiam si quis sciens hominem liberum aut rem sacram ignoranti promiserit, teneri eum de dolo & ea saltem differentia est, quod in nostris terminis citra actionem doli ipsa contractus actio sufficit, quæ sæpissime ad interesse competit, quæ sane differentia ex eo pendet, quod ex stipulatu agitur ad dandum. Et huc referri potest, quod Baldus tractat in *l. non dubium 5. C. de LL. col. 7. oppositi l. 8.* ex quibusdam contractibus unam tantum oriri obligationem ad rem ipsam dandam, & in his contractibus omnino nulliter deduci has res: (præterquam quod aliquando actio doli locum habet) ex aliquibus, oriri obligationem duplicem, primitivam ad rem, & secundariam ad interesse, quod accidit in venditione: cujus contemplatione teneat contractus, modo emptor rem in commercio esse existimaverit.

Ad Titulum XXV.

LIBRI TERTII INSTITUTIONUM,

DE LOCATIONE ET CONductione.

TEXTUS.

Locatio & conductio proxima est emptioni & venditioni, iisdemq; juris regulis consistit. Nam ut emptio & vendicio ita contrahitur, si de precio convenerit: sic & locatio & conductio ita contrahi intelligitur, si merces constituta sit: & competit locatori quidem, Locati actio: conductori vero conducti.

Commentarius.

Locatio-conductio est contractus de usu rei vel personæ pro certa mercede mutando vel concedendo. Hæc enim princeps est differētia inter emptionem & cōductionem, quod ibi dare tota & omni jure, hic tantum de usu agitur: unde & consequenter altera nascitur: quod emptio titulus perpetuus esse solet, locatio tantum temporalis

Digitized by Google

Et porro quia locatio tantum usum respicit, ad tempus, fit ut in eam etiam libera persona & ejus nempe opera & usus recte deducatur. Etenim locatio continet vel usum rei vel personæ, cum nimirum quis personæ operas ad aliquid faciendum conducit. In qua specie locationis illud notandum, quod nomina locatoris & cõductoris mutua sunt, & uterq; contrahentium diverso respectu & locator & conductor videtur. Idem enim qui dicitur opus faciendum locare & eo respectu locator est, alio respectu dicitur & est cõductor, quatenus alterius operas conducit, & pro iis dat mercedem. Ad eundem modum qui locat operas, dicitur opus faciendum conduxisse. Et hujus exempla, ut dicatur opus faciendum locari & conduci plura extant suo hoc *tit. Digest.* &, ut ex his quædam adducam, *in l. videamus* 11. *§. pen. l. item* 13. *§. 1. & 3. l. sed addes* 19 *§. si quis* 7. *l. si merces* 25. *§. pen. l. qui insulam* 30. *§. 3. l. si cui* 48. *l. ea lege* 51. *§. 1. l. cum in* 60. *§. 3. & l. ult. h. t.* Nec tamen desunt textus, quibus qui opus faciendũ conduxisse dicitur operas locasse perhibetur, ut in *d. l.* 19. *§. cũ quidam* 9 *h. t.* & operas conduxisse *l. 1. in pr. de æstim. act.* & simpliciter operarum locatarum fit mentio in *l. 3. de his qui not. inf. l. 1. §. 6. de postul. l. qui operas* 38. *h. t. & in l. item* 22. *§. 2. h. t.* Idem dicitur conductor operis faciendi, & locator operarum. Qua consideratione defendi potest Cujac. & alias definitio Dd. qua Locatorem dicunt esse qui accipit, conductorem qui dat mercedem. Sed jam textum nostrum aggrediamur. Et toto hoc tit. præcipue id agit Justin. ut ostendat in quibus Locatio & venditio conveniant, quas & iisdem juris regulis consistere ait post JCtum in *l. 2 in pr. h. t.* Et primo conveniunt, quod uterque contractus consensu constat, in *pr. sup. de oblig. ex cons.* & sicut emptio juxta *pr. tit. præc.* ita locatio statim perfecta est, ut primum de re ejusq; usu & mercede convenit *h. textu & d. l. 2. eod.*

TEXTUS.

1. Et quæ supra diximus, si alieno arbitrio pretium permissum fuerit, eadem & de locatione & conductione dicta esse intelligimus, si merces alieno arbitrio permissa fuerit. Qua de causa, si fulloni polienda urandave, aut sarcienda vestimenta sarcinatori quis dederit, nulla statim mercede constituta, sed postea tantum daturus, quantum inter eos convenerit, non proprie locatio & conductio contrahi intelligitur, sed eo nomine actio præscriptis verbis datur.

COMMENTARIUS.

ET *quæ supra diximus.*] Aliud hoc est in quo conveniunt emptio & conductio: quod nimirum idem jus obtinet in hac, si merces in arbitriũ tertii definiẽda collata sit, quod in illa obtinere diximus in *§. 1. tit. præced.* juxta *l. si merces* 25. *h. t. & l. uls. C. de contr. empt.* & ea itaque huc repetenda sunt.

Qua de causa.] Aliud in quo hi contractus conveniunt: Et deducitur istud ex eo quod in *princ. h. tit.* dictum est, oportere ut initio statim certa merces definiatur, sicut in emptione necesse est, ut initio super certo pretio conveniatur. Itaque si quis alicui vestimenta det polienda, & hic nec gratis eam operam suscipiat, quo casu mãdati esset actio, de quo in *§. ultim. infr. mand.*) & nec merces initio statim constitueretur, deficiente essentiali requisito locationis res incidit contractum innominatũ, & præscriptis verbis agendum est *h. §. in fin. & l. si tibi* 22. *de præscript. verb.* Unde autem dicta sit actio præscr. verbis, an, quod nulla certa formula ejus erat, sed quod eam ipse actor ex facto concipiebat, & quasi prætori præscribebat, qui secundum eam actionem dabat, ut Hottoman. hic putat, alterius nec hujus loci quæstio est. Illud autem constat, quod deficiente actionis certo & proprio nomine ad actionem generalem & indeterminatam *præscr. verb.* fuerit recurrendum *l. 1. de æstim. act. l. 1. & 3. de præscr. verb.*

TEXTUS.

2. Præterea sicut vulgo quærebatur, an permutatis rebus, emptio & venditio contineretur: ita quæri solebat de locatione & conductione, si forte rem aliquam utendam sive fruendam tibi aliquis dederit, & invicem à te utendam sive fruendam aliam rem acceperit. Et placuit non esse locationem & conductionem, sed proprium genus contractus: veluti cum unum bovem quis haberet, & vicinus ejus unũ, placuerit inter eos, ut per denos dies

Digitized by Google

dies invicem boves commodarent, ut opus facerent, & apud alterum alterius bos perierit, neq; locati, neq; conducti, neq; cõmodati competit actio, quia non fuit commodatum gratuitum: verum præscriptis verbis agendum est.

COMMENTARIUS.

1 *Merces locationis an solum in pecunia numerata.*

ET hoc quoque pertinet ad ostendendam adfinitatem emptionis & conductionis. Circa illam quærebatur an rebus utrinq; datis esset nihilominus venditio: quod negatũ fuit §. 2. *tit. præc.* quoniam deficit pretium. Ad eundem modum negatur esse conductio *l. si convenerit* 23. *inf. comm. divid.* 10. quia merces deficit, ubi invicẽ reum usus hinc inde ad tempus fuit permutatus; sed nec commodatum ideo est, quia usus non gratuitus, verum mutuus est: licet eum omnibus illis contractibus hoc negotium habeat affinitatem: cum permutatione, quia mutatur invicem usus, (sed in permutatione inspecie dicta transfertur dominium) cum locatione & commodato, quoniam utendæ res dantur. Sed quoniam nec gratuito id fit, & non fit pro mercede, in aliud innominati contractus genus incidit negotium, & præscriptis verbis agendum est. Ex quo notandum est, quatuor illis speciebus sive articulis qui proponuntur in *l. 5. de præscr. verb.* Do ut des, do ut facias: facio ut des, facio ut facias, non exhauriri totam naturam & materiam contractuum innominatorum & præscript. verbis actionis. Accedit quidem istud negotium ad articulum facio ut facias: verum hic contractus proprie dicitur, (nam & ceteri quoque sunt μονόπλευροι,) ubi ego aliquid feci, & cessante altero ad interesse ago: hic autem etiam ubi utrimq; usus præstitus fuit, si forte alterius culpa bos perierit, actio competit, ut h. §. docetur.

1 Faciunt autem istæ tam variæ † comparationes emptionis & conductionis, ut veram existimem Dd. communem sententiam, quod merces locationis non nisi in pecunia numerata consistere possit: quod diserte & probat *Theoph. ad pr. h. tit.* contra quosdam, imo plerosque Neotericos, qui quamvis rem fungibilem loco mercedis dari & constitui posse putant. Et me imprimis istud movet, quod postquam discesseris à pecunia numerata nulla ratio est, cur non etiam in re alia quam fungibili merces possit consistere. Et vero quæ ratio efficit, ut pretium emptionis in quavis re fungibili non posset constitui, eadem effecisse videtur, ut ita jus statueretur in conductione. Nec merces differt à precio, nisi quod hoc pro æstimanda re ipsa in perpetuum, illa pro usu rei ad tempus æstimando definitur. Et quo factum ut alicubi locationis merces, pretium appellatum fuerit, pretium nimirum usus, ut in *l. quod si.* 28. §. *Idem l. 2 in lege* 51. §. 1 *l. insulam* 58. *in pr. h. t. l. si quis* 10. *in f. de adq. possess. l. uli. in f. ad L. Rhod. de iactu.* Facit, quod pecunia omnes res æstimantur, nõ aliis reb. fungibilibus, quin hæ ipsis pecunia æstimantur: & igitur cum in emptione & conductione agitur de æstimanda re & usu rei, æqualiter receptum videtur, ut non nisi pecunia numerata intervenire possit. Et favent huic sententiæ aliquot textus juris. Et primo *l. si convenerit* 23. *Comm. divid.* ubi cũ ut ulterius fructus (qui sunt res fungibiles) perciperentur, conventum esset, negat JCtus esse conductionem, quia NULLA merces intervenerit, secundo *l. 5. §. 2. de præscr. verb.* ubi in hoc ipso comparatur conductio cum emptione, quod utrobiq; pecunia requiratur, tertio *l. si merces* 15. §. *vis major* 6. *h. t. iunct. si apes* 16. §. 1. *de furt.* ubi colonus partiarius opponitur colono vero, qui nummis colit, quarto faciunt aliquot textus, qui requirunt pecuniam, & ubi pecunia non datur, conductionem esse negant, & passim simpliciter pecuniæ & nummorum mentionem faciunt, *l. 1. §. si quis* 9. *depos. d. l. 3. §. 2. de præscr. verb. l. si quis* 46 *l. si decem* 32. *l. si insulam* 48. §. 1. *& passim h. t.* Et commentum est, quod illis locis pecuniæ appellatione res quasvis fungibiles significari dicunt: quippe pecuniæ verbum in dubio numeratam pecuniam & nummos significat: ceteroquin appellatione generali pecuniæ & quælibet aliæ res continentur. Et quod attineat ad *l. si olei* 21. *C. Locati*, quo unico textu illi nituntur, jam olim respondi, ipsam rationem contrahendi hanc exceptionem admisisse, ut in certa quantitate fructuum quos ipse ferat fundus locatus constitueretur merces: itaq; in ea specie olive tum locatum fuisse intelligendum est. Jam in textu nostro pergamus.

TEXTUS.

3. Adeo autem aliquam inter se familiaritatem videntur habere emptio & venditio, item locatio & conductio, ut in quibus-

bus, quæsi sine scriptura consistunt, obtinere oportet: nam nihil à nobis in hujusmodi emptionibus & venditionibus est innovatum: in iis autem quæ conficiuntur scriptura, non aliter perfectam venditionem & emptionem esse constituimus, nisi & instrumenta emptionis conscripta fuerint, vel contrahentium manu propria: vel ab alio quidem scripta à contrahentibus autem subscripta: & si fiunt per tabellionem, nisi & completiones acceperint, & fuerint partibus absoluta. Donec enim aliquid deest ex his, & pœnitentiæ locus est, & potest emptor vel venditor sine pœna recedere ab emptione & venditione. Ita tamen impune eis recedere concedimus, nisi arrarum nomine jam fuerit datum aliquid: hoc enim subsecuto, sive in scriptis sive sine scriptis venditio celebrata est, is qui recusat adimplere contractum, siquidem est emptor, perdit quod dedit: si vero venditor, duplum restituere compellitur, licet super artis nihil expressum sit.

COMMENTARIUS.

1 *An à perfecto contractu cum damno arrarum liceat recedere.*

EMptio est contractus de re pro certo precio alteri tradenda: quæ perfecta est hujus contractus definitio. Dico *tradenda*, quoniam ut *in pr. tit.* docet Justin. & apparet ex *tit. præced.* non opus est traditione rei, ad perficiendum contractum, sed contractus est perfectus, ubi primum convenit de re & precio. Itaq; in his contractibus qui consensu perficiuntur & constant, distant perfectio & implementum contractus, quod implementum est in traditione rei & pretii numeratione, qui extremus scopus est contrahentium. Et tractatur primo loco de emptione, tanquam contractu frequentiori & nobiliori: post de reliquis tribus, quos simul enumeravit, *tit præced. post ICtum in l. 2. de Oбл.* quia propositum fuit Justiniano tantum agere de obligationibus civilibus & efficacibus: adeoque frustra *tit. præced.* opponit Faber, quod pacta nuda consensu perficiantur: cum hæc præsertim sint sine certo nomine & numero. Donationis pactum sane & pignoris & constituti possint alias recte ad hanc classem referre; sed utique contractus non sunt, de quibus solis agere voluit Just. ut apparet *sup. ex tit. de obligat* plane autem obligationum materiâ tractare ipsi propositum non fuit. Sed videamus porro de emptione

Habet illa naturam vel essentialem & communem ex jure gentium, ut perficiatur nudo & simplici consensu: vel adventitiam & accidentalem ex cõventione & voluntate partium, ut scilicet perficiatur in scriptis, quam ut maxime consensũ sit, negat esse perfectam, nisi instrumentum desuper cõfectum sit, cujus formam satis accurate & perspicue describit hic & *in l. contractus 17. C. de fid. instrum.* Antequam id factum sit, impune quippe à nec dum perfecto contractu, alteruter, invito eo jam altero discedere & voluntatem mutare potest, ita scilicet ut ad implendum contractum urgeri non possit. Quod si enim arræ datæ sint, licebit & tunc quoque discedere à contractu, sed cum damno arrarum: ita ut emptor, cujus regulariter est, date arram eã perdat, venditor duplicatã restituat. Et expresse ait Justinian, donec aliquid deest, ex his nimirum quæ ad perficiendam emptionem requiruntur, locum esse pœnitentiæ, ut liceat recedere à cõtractu nec dum perfecto, cum damno nimirum arrarum, si quæ fuerint datæ. Et itaque falsa † est opinio quorundam interpretum, qui putant etiam à perfecto cõtractu cum damno arrarum licere recedere, objiciunt tamen autores illius sententiæ, ex quorum numero sunt *Salic & Sich. in l. contractus 17. C. de fid. instrum.* quod per dationem arrarum tacite id actum videatur, ut liceat cum damno arrarum discedere à contractu, sed respondebo non nostrum esse inducere facile tacita pacta sine lege. Quin imo mens & intentio contrahentiũ hæc esse videtur, ut per arras magis astringant contractus, nec adeo contra eorum mentem arræ datio explicanda est, ut contractus fiat infirmior, & ab eo perfecto liceat discedere idque omnino mihi perspicuum videtur, ubi nec dum perfecto contractu arræ datæ fuerunt: quod ideo emptor fecisse videtur, ut venditor metu reddendi duplicatas induceretur ad perficiendum contractum: qua etiã mente vice versa venditor eas accepisse videtur. Et perfecto igitur post contractu arræ finem suum

sunt

sunt adsecutæ, nec aliud superest, quam ut aut precio imputentur, aut si in corpore & specie consistant, emptori restituantur, juxta *l. ex empto* 11. §. *is qui 6. de action. empt.* nec adeo operari amplius possum, ut à perfecto contractu liceat resilire. At vero ubi perfecto contractu arræ datæ sunt, cum jam efficaciter ad implendum actio nata est, non videtur ullus effectus aut finis esse arrarum, quam ut initio altero liceat à contractu cum earum damno abire. Attamen & hic communius Interpp. arbitrantur, hunc esse effectum, ut alter habeat electionem, si alter implere nolit contractum, vel ex contractu ad implendum agere vel persequi arrarum commodum quod forte malit, quam ut contractus effectum sortiatur: cum etiam possint ea gratia videri arræ datæ, ut ne alter gravetur onere probandi ejus quod interest, in cujus locum emptor arras subrogatas esse voluerit. Qui autem utique hoc casu negant alterum adstringi invitum posse ad implendum contractum, hoc vere argumento præcipue uti solent, quod Justin. *in fin. hujus text.* ait, altero invito posse bairi, sive in scriptis sive sine scriptis, emptio celebrata sit, nam & celebratam esse emptionem perfectum videatur arguere contractum: & cum sine scriptis contractus, non nisi nudum consensum requirat, non videtur hic nisi perfecto contractu novationi locus esse. Accedit quod *in d. fin. pr.* Justinian. ait eum amittere arras, qui recusat adimplere contractum, ex quo contractum perfectum esse arguitur, sed enim responderi recte puto, & 1. Justinianum paulo pinguius loqui, & emptionem celebratam intelligere emptionem quæ adhuc est in fieri & super qua tractatur: idque inde confirmatur, quod principaliter tractat de emptione in scriptis tractanda & perficienda, circa quam etiam nominatim ponit aliquid deesse, & igitur revera contractus perfectus dici non potest: cum diserte scribat *in l. 17. C. de fid. instrum.* nec dum perfecto instrumento ad implendum contractum & ad tradendam rem aut interesse agi non posse. Et ex *d. l.* 17. hic quoque locus recipit declarationem & nimirum ex verbis *d. l.* 17 *super faciendo emptione*. item *non prosequente contractu*, item *qui vendere pollicitus est*, quæ omnia imperfectum contractum designat. Ita quoque ad eundem modum abuitur verbo *adimplere*, quod & per se est ambiguum. & nimirum ubi cum perfecto contractu confertur significat traditionem & numerationem precii: ubi autem cum imperfecto, contractus simplicem perfectionem designat. Secundum hæc cum omnino ô. tractum imperfectum intelligat Justin. qui in scriptis perficiendus est, ob id quod de contractu sine scriptis traditur hoc loco in f. de imperfecto contractu accipiendum est. Neque verum est, quod ubi sine scriptis contrahitur, contractus non possit esse imperfectus, neque n. super pretio statim convenitur, sed aliquantisper & de pretio & forte quoque de rei accessionibus & finibus tractatur, ita ut interim antequam absolvatur contractus, arræ intervenire possint. Et vero inconcinna fit comparatio contractus sine scriptis perfecti cum contractu in scriptis adhuc imperfecto & perficiendo: & qui alias contractus, in simplici natura sua esset perfectus, is ubi placuit in scriptis contrahi, etiamnum imperfectus est. Denique & istud movere possit fortassis, quod Just. h. rextu *in prin.* ait, arras datas, esse argumentum venditionis contractæ: ex quo, perfecto contractu arram tantum dari inferre quis possit, sed enim cum hoc ipso textu & *in d. l.* 17. *C. de fid. instr.* apertissime scribat Justin. arras contractu adhuc imperfecto dari, & ubi aliquid adhuc deest, non potest interpretatio ista admitti, sed dicendum est, aut quod & ibi venditio contracta improprie dicatur: aut potius quod Justinianus ibi respiciat veterem arræ dandi rationem quæ sane post contractum perfectum dari solebat, ita *in d. l.* 11. §. 6. *de act. & empt.* qui vina emit, arræ nomine quid dedit, & aperte Cajus *in l. quod sæpe* 35. *in pr. de contrab. empt.* arram dari solitam, ut evidentius probari possit, convenisse de precio. Et locus ille optime explicat hunc textum, scilicet ait Justin. perfectam esse emptionem, licet necdum arra data sit; ubi ratio dubitandi nulla videri possit, cum utique arra ad essentiam contractus non pertineat, sed nimirum eadem ratione IC. quod, inquit, arræ nomine datur, non eo pertinet, quasi sine arra non proficiat conventio, sed ut evidentius probetur convenisse de precio. Qui locus arguit imo probat evidenter, arras non habere hunc effectum, ut liceat altero invito abire à contractu, cum plane alium earum scopum proponat IC. & cum sæpe arras datas scribat, minime hoc solitos agere contrahentes, vero simile est, ut in validum facerent contractum. Neque vero hic quidquam Justinianus immutasse deprehenditur, & verissime Faber hic, ait, per constitutionem Justinian. imponi hanc pœnam, quando contractus est imperfectus, & ex ipsa lege est pœnitentiæ locus: voluit Justin. hoc quasi remedio efficere ut contrahentium

Digitized by Google

hentium alteruter metu amittendi arræ non facile recederet à contractu, qui ex ratione juris gentium perfectus, sed ex constitutione adhuc imperfectus est.

TEXTUS.

1. Pretium autem constitui oportet: nam nulla emtio sine pretio esse potest. Sed & certum precium esse debet, alioquin si inter aliquos ita convenirct, ut quanti rem Titius æstimaverit, tanti sit empta: inter veteres satis abundeque hoc dubitabatur, constaretne venditio an non. Sed nostra decisio ita hic constituit, ut quoties sic composita sit venditio quanti ille æstimaverit, sub hac conditione staret, contractus, ut siquidem illi qui est nominatus, precium definierit tunc omnino secundum ejus æstimationem, & pretium persolvatur, & res tradatur, & ad effectum venditio perducatur, emptore quidem actione ex empto, venditore ex vendito agente. Sin autem ille qui nominatus est, vel voluerit, vel non potuerit pretium definire, tunc pro nihilo esse venditionem, quasi nullo precio statuto. Quod jus cum in vēditionibus nobis placuerit, non est absurdum, & in locationibus & in condictionibus trahere.

COMMENTARIUS.

DIximus, emptionem esse cōtractum de re pro certo pretio alteri tradenda. Et igitur de essētia contract9 hujus est pretium ut *in prin. hujus tex.* docet Justin. *& l. empti 9. C. hoc t. l. 2. §. 1. & l. pacta 72. in fin. pr. C. eod.* ubi dicitur emptionis substantia ex precio consistere, quo nimirum æstimata est res, de qua in perpetuum in alium transferenda agitur: quoniam cum donare utique nolit venditor, oportet ut quid aliud pro re accipiat, quod accidit permutando aut vendendo. Hic pretium requiritur quod quale esse debeat, tum porro *hic §. eū seq.* ostendit. Ait enim Justinianus, pretium debere esse certum, ceteroquin imperfectum est negotium *l. quod sæpe 35. h. t.* Certum autem dicitur aliquid vel simpliciter verbis expressa quantitate, vel per relationem, veluti quanti emisti, quantum pretii in arca habeo, *l. 7. §. 1. junct. l. si quis 37. h. t.* Hinc quæsitum fuit an valeat venditio, ut sit empta res quanti Titius æstimaverit: quomodo per relationem pretium, videatur definitum (quod si enim ita conventum sit quanti res æstimabitur inter omnes constat nihil penitus actum) Sed cum requiratur sequens factum & declaratio Titii, non potest contractus purus & perfectus esse. Itaque cōstituit Justinian. *in l. ult. C. h. t.* ad quā hic se refert, ut emptio quasi videatur sub conditione contracta, si Titius æstimaverit. Quid igitur, si non æstimaverit? Et Justin. ait, pro nihilo esse venditionem, & non recurri ad arbitrium boni viri *d. l. ult. h. t.* quoniam partes nominatim elegerunt arbitrium certæ personæ: quod & ita in societate juris est *l. si cotia 75. pro socio* & generaliter responsum est, non recedendum esse à persona ejus cujus arbitrium est insertum *l. si quis 43. de V. O.* Neque obstat *l. hac 7. in pr. h. t.* quoniam ut recte Faber hic, si arbitrium super aliquo accidentali, (nam super essentiali non potest,) in alterutrius contrahentium personam sit collatum, subintelligimus arbitrium viri boni, sustineaturactus qui alias tamquam collatus in arbitrium contrahentis unius, esset futurus nullus, & cum per partem stet, quo minus arbitretur, actus non debet deficere, sed magis haberi pro impleto, & ratio suadet idem admitti, ubi contractu perfecto, accidentale aliquid in personam & arbitrium tertii collatum est, ut post Bart. notat *Ang. hic num. 3.* & probatur *l. si in lege 24. in pr. locati* aliter enim cū res non amplius integra sit, injuria alteri inferretur, sed ita in contractibus procedit, quod hic dicitur ubi imputari potest contrahentium. Quod si quis legaverit Titio servum, quem v. c. Sejus elegerit, licet hoc non eligente, non petit legatum *l. 5. §. 1. Cod. comm. de leg.* sed dons promissio speciale quid habet, quia versatur interesse mulieris juxta *l. cum post. 69. §. 4. de jur. dot.* Quid porro si ille tertius & v. c. Titius, cujus arbitrium partes elegerunt, arbitratus sit, sed iniquè & nimis magno parvo precio rem æstimaverit? Et est consentiens opinio omnium, hic esse locum arbitrio boni viri, pro reductione inæqualitatis & iniquitatis: & quidem ut ego accipio, non per speciale aliquod remedium restitutorium, sed per officium judicis quod subservit actioni bonæ fidei exemplo societatis, cujus si partes iniquas statuerit tertius, ea iniquitas corrigitur,

gitur, per judicem instituta actione pro socio *l. in proposito 78. cum l. seq. pro soc.* Ita ad eundem modum si nimis magno definito pretio, venditor ad illud agat, objecta per emptorem iniquitate ex officio judex propter clausilam, *ex bona fide* moderationē adhibebit. Ita Dd. communissime hic & *in l. ult. C. h. t.* quæ sententia cum omnino æquitati & justitiæ sit consentanea, consequenter cum mica salis erit & civiliter accipiendum, quod hic ait Justin. omnimodo secundum æstimationem dictam à Titio pretium persolvendum esse: ut scil. non excludatur judicis officium pro corrigenda inæqualitate: & etiam ea quæ non excedit dimidium iusti pretii, pro hac enim corrigenda speciale remedium est *in l. 2. C. de resc. vend.* hic autem officio iudicis locus est, re adhuc integra, ubi exemptio aut venditio ad implendum contractum agitur. Quod si enim iuxta æstimationē, res tradita & preciū solutum fuerit, huic emendationi iniquitatis per officiū iudicis non erit locus: sed tunc necessario recurrendum erit ad remedium *d. l. 2. C. de resc. vend.* cui cōstat non esse locum, nisi ubi ultra dimidium alteruter læsus est.

Quod jus cum.] Ait Justin. hoc idem obtinere in locationibus debere. Atqui iam diu ante Justinianum id obtinuisse & à Caio scriptū movet Hot. hic, *in l. si merces 15. in pr. locati.* sed obtusæ natis hic videtur fuisse Hottom. dum nō animadvertit *d. l. 15. loc.* interpolatam à Triboniano, quod & stilus & eadem pene verba, quibus hic utitur & *ind. l. ult. C. h. t.* latis ostendunt.

TEXTUS.

2. Item precium in numerata pecunia consistere debet. Nam in cæteris rebus an pretium esse posset valde quærebatur: veluti an homo, aut fundus aut toga alterius rei pretium esse posset. Et Sabinus & Cassius etiam in alia re putabant pretium posse consistere, unde est illud, quod vulgo dicebatur, permutatione rerum emptionem & venditionem contrahi: eamque speciem emptionis & venditionis vetustissimam esse, utebanturque argumento Græco poeta Homero, qui aliquam partem exercitus Achivorum sibi vinum cō-

parasse ait, quibusdam rebus permutatis, his verbis.

Νῆες δ' ἐκ λήμνοιο παρέξασαν οἶνον ἄγυιαι.
Ἔνθεν ἄρ' οἱ νίζον θ καρηκομόωντες Ἀχαιοί,
Ἄλλοι μὲν χάλκεα ἄλλοι δὲ αἰθωνι σιδήρῳ,
Ἄλλοι δὲ ῥινοῖς ἄλλοι δ' αὐτῇσι βόεσσιν,
Ἄλλοι δ' ἀνδραπόδεσσι.

Diversæ scholæ autores contra sentiebant, aliudque esse existimabant permutationem rerum aliud emptionem & venditionem: alioquin non posse rem expediri, reb. permutatis quæ videatur res venisse, & quæ precii nomine data esse: nam utrāque videri & venisse, & precii nomine datam esse, rationem non pati, sed Proculi sententia, dicentis, permutationem propriam esse speciem contractus, à vēditione separatam, merito prævaluit, cum & ipse aliis Homericis versibus adjuvabatur, & validioribus rationibus argumentabatur: quod & anteriores Divi principes admiserunt, & in nostris Digestis latis significatur.

COMMENTARIUS.

DIximus *in §. præced.* de una qualitate precii, ut sit certum. Altera est, ut cōsistat in pecunia numerata, iuxta veriorem & receptam Proculi sēntiam, quæ permutationem à venditione distinguit, permutatio nimirum antiquissima fuit ratio commutandi necessaria, dum res rebus quibus singuli hinc inde indigebant, mutabantur, sed habuit & hoc incommodi, quod ut eleganter disserit ICtus *in l. 1. h. t.* non semper veniebat, ut utrimque in rebus, quæ penes in alterutrum erat indigentia proportionata occurreret: ut proinde necessum fuerit per aliam materiam, & alia ratione difficultatibus permutationum occurrere: & hoc nimirum per nummum, quo omnes res æstimarentur, & pro quo quisque res necessarias sibi comparare posset, cum non possit inutilis esse accipienti, sed hic quandocunq; aliam rē sibi necessariā, eo sibi cōparare possit: quod elegāter expressit *Arist. 5. Ethic. 8.* ubi ita scribit: ὑπὲρ ἧς μελλήσους ἀλλαγῆς, εἰ νῦν μηδὲν δεῖται, ὅτι ἔσται ἐὰν δεηθῇ, τὸ

τόμισμα δόσιν ἐγλυπτὴς ἐστὶν ἀμοιβή. significās nimirum quod nūmus quasi sit quidā sponsor, per quē si forte quare olim indiguerimus, eā consequi possimus: licet jam non egeamus. Ubi etiam docet duplicem esse nummi usum 1. cum non est utrimque quod alteruter æque egeat: 2. cum est quidem, sed non æqualis valoris, quam inæqualitatem numus exæquat. Et hoc quidem casu, ubi res & pecunia intervenit qualis sit contractus, alterius tractationis est, ut tamen fere placuerit, ab eo quod excedit, æstimarian sit venditio an permutatio. Frequentius autem sola pecunia numerata intervenit, & datur pro re, quam conventionem post incommoditatis permutationem, in quibus utrimque res dabantur, inventum rectissime à permutationis contractu Proculus disjunxit, quem ceteri ICti communius sunt secuti, pro qua sententia *h. §. vers. diversa.* tale argumentum proponitur. In quo contractu distincta invicem debent esse precium & res, in eo non potest res pro re intervenire, sed alio quodam, & nimirum pecunia numerata opus est. Atquin in emptione venditione ista debent esse distincta. Ergo, &c. Majoris ratio proponitur *in vers. alioquin.* quoniam ubi res pro re datur, veluti equus pro servo, nihil potest dici, cur equus vel servus potius pretium quam merx aut vice versa dici debeant. Et jejuna plane est conjectura Hottomanni, qui hanc à Sabino inter permutationem & venditionem, ubi res pro re data fuisset, differentiam statutam fuisse putat, ut tunc esset permutatio cum utriusque similis est animus volentis rem suam in aliam transferre, emptio autem, cum alter quidem cupit rem alienare suam, sed alter rem quam retinere mallet, coactus eam dat pro re qua eget, ut Græci dum vinum ex Lemno adjectum sibi caparant pro rebus, quas alias retinere maluissent. Jejuna penitus est ista conjectura, & purum hoc accidens non potest variare contractum. Assumptionis in superiori argumento ratio est, quod emptio & permutatio cum habeant diversa nomina, debent etiam reipsa inter se distincti esse contractus, ut in illa distincta sint res & precium, in hac non sint distincta, juxta *l. 1. de verr. permut.* ub ICtus ait, in permutatione discerni non posse quid sit pretium, quid res, quis dicatur emptor vel venditor, cum utriusque contrahentium una eademque sit ratio: & adeo hic est permutatio: in eo vero contractu ubi diversa debent esse res & pretium, non potest admitti ut utrumque & precii & rei loco sit, ut disputabat Proculus. Quæ nimirum sunt rationes validiores, quarum meminit in f. hujus textus Justin. quibus ceteri ICti assensi fuerunt, cum & aliis vicissim versibus Homericis pro adstruenda sua opinione Proculus uteretur: quos *Alciat. putat. 2. praetermiss.* esse illos quibus 6. Iliad. refert Homerus permutationem armorum inter Glaucum & Diomedem, ubi utitur verbo ἀμείβειν, quod permutationem significat: quos & citat in hanc sententiam Paulus in *l. . h. t. & Theoph. hic.* Sed in neutram partem magni momenti videtur esse autoritas Poetæ, qui sæpe metro inservire necesse habet: ut proinde nec curandum sit quod Homerus idem lib. 1. Odyss. scribit

——πρὶν τετάτεσιν ἰδῶσιν.

quem locum idem Paulus citat in *d. l. 1. h. t.*

TEXTUS.

3. Cum autem emptio & venditio sit contracta (quod effici diximus, simul atque convenerit de precio cum sine scriptura res agitur) periculum rei venditæ ad emptorem statim pertinet, tametsi adhuc emptori ea res tradita non sit. Itaque si homo sit mortuus, vel aliqua parte corporis læsus fuerit, aut ædes totæ vel aliqua ex parte consumptæ incendio fuerint, aut fundus vi fluminis totus, vel aliqua ex parte ablatus sit, sive etiam inundatione aquæ, aut arboribus turbine dejectis longe minor aut deterior esse ceperit, emptoris damnum est: cui necesse est, licet rem non fuerit nactus, precium soluere. Quidquid enim sine dolo & culpa venditoris accidit, in eo venditor securus est. Sed &, si post emptionem fundo aliquid accesserit per alluvionem, ad emptoris commodum pertinet. Nam & commodum ejus esse debet, cujus periculum est. Quod si fugerit homo qui veniit, aut subreptus fuerit, ita ut neque culpa neque dolus venditoris intervenerit, animadvertendum erit, an ejus custodiam usq; ad traditionem susceperit venditor. Sane enim si susceperit, ad ipsius peri-

us periculum pertinet is casus : si non susceperit, securus est. Idem & in ceteris aniamilibus ceterisqus rebus intelligimus. Utique tamen vindicationem rei & condictionem exhibere debebit emptori : quia sane qui nondum rem emptori tradidit, âdhuc ipse est dominus. Idem etiam est de furti & de damni injuriæ actione.

COMMENTARIUS.

1 *Res vendita licet, nec tradita perit emptori.*
2 *Quid si extet, sed ex potestate venditoris exierit.*

EMptione perfecta, nudo etiam consensu, sive in scriptis sive sine scriptis celebrata sit juxta *pr. hujus tit.* licet necdum secuta traditione, & commodum quod accedit *h. §. vers. sed etsi* & incommodum si quid decedat, ad emptorem pertinet, imo etiam periculum si res plane perierit: quod utrumque perspicue satis, propositis exemplis hoc §. declaratur, & amplius aliis pluribus textibus confirmatur *l. quod sæpe 35. si res 4. h. t. l. cum emptor 5. §. ult. derisc. l. vend. id quod 7. & l. necessario 8. in princ. de peric. & comm. rei vend. leg. 1. 4. 5. 6. Cod. eod. l. si solutum 39. inf. de solution. l. is qui 21. §. plane 9. Quod vi aut clam. l. quod si is de jur. dot.* Et confirmatur hac invicta ratione.

Qui tantum dolum & culpam præstat in re, is de periculo non tenetur & casu fortuito. Atquin venditor post perfectam venditionem tantum dolum & culpam præstat *leg. quod sæpe 35. §. si res 4. h. tit. leg. 5. §. 2. commod. l. contractus 23. de reg. jur. & l. 3. & pass. de peric. & comm. rei vend. ultim. Cod. eod.* ut mirandum sit contrariam sententiam, quæ tot textibus juris & manifestæ rationi juris repugnat, placere potuisse *Cujacio in leg. si fundus 33. Locat. tract. 8. ad Afric.* sed objicitur pro Cujacio primo *d. l. 33. locat.* secundo quod venditor etiam post perfectam venditionem rem alteri tradere eumque dominũ efficere potest *leg. quoties 15. Cod. de rei vindicat.* tertio quod juxta vulgatam regulam res perit domino, venditor autem adhuc dominus est *h. §. inf.* quarto textus in *leg. Lectos 12. & leg. quod si 54. §. 1. de peric. & comm.* quibus locis videtur requiri ut res tradita sit, ut periculo emptoris pereat. Respondeo ad primum, ibi rem non periisse sed adhuc extare : quod casu ita jus est, ut juxta hunc *§. in fin.* vẽditor suas actiones cedere teneatur: quas si non habet aut inefficaces sua culpa habet, hoc ipso nomine damnandus est *leg. quod 35. §. si ver. 4. in f. h. titul.* utique ut precium saltem restituat *d. leg. 33.* Recte autem statuunt Dd. culpa ibi venditoris fundum publicatum fuisse : & ut maxime injuria judicis id accidisse dicas, tamen pro judicis sententia in dubio præsumitur : & injuria illa potius penes venditorem contra quem sententia dicta est, residere debet : Quoniam autem culpa ea de qua in *d. leg. 23.* venditoris nempe delictum, non directo tendit ad impediendam traditionem, non ad omne interesse agitur, sed precium restitui sufficit, quamvis post gl. *Angel. hic* statuat si culpa vẽditoris causam dederit, ad omne interesse eum teneri. Ad 2. id fieri propter potestatem & vim traditionis, quæ ab. adhuc domino facta simplici obligatione potentiór est : & habet emptor remedia, quibus fidem ruptam ulciscatur. Ad tertium quod emptor perfecta emptione statim auferre & avocare rem possit : & si perierit adeo interim res, eam quasi moram emptori nocere debere : & quod regula illa quod domino res pereat, ad eos pertineat, à quibus res per remedia juris avocari non possit: tum etiam quod ibi dominus opponatur his qui nudam custodiam aut usum rei habent: quod secus est in emptore, cui res perit ut creditori, & venditor non tamquam dominus, sed tamquam debitor interitu rei liberatur: quomodo ita si res promissa pereat, debitor liberatur *leg. si ex legati 23. & passim de verb. oblig.* Porro in *leg. 12. de peric. & com. rei vend.* lecti venditi culpa venditoris loco publico positi, & ab ædile concisi fuerunt. In *leg. 14. eod. tit.* materia in genere vendita est, quo casu, sicut & cum res fungibiles venditæ sunt, non statim periculum est emptoris, sed postquam admensio facta est, ante quam perfecta nec emptio censetur *leg. 1. §. 1. & pass. de pericul. & comm.*

Et igitur, ut concludamus, periculum & damnum est emptoris, sive res deterior sit facta, sive perierit: & rursus sive perierit tota sive pro parte: & amplius sive perierit, sive ex potestate venditoris exierit, ut tradi non possit, veluti si servus venditus vel aliud animal, vel quæcunque res, fugerit, subrepta aut amissa sit. De qua re † tractatur *h. 2 §. in vers. Quod si fugerit.* Distinctio summa est, quæ etiam in casu præced. rei corruptæ aut consumptæ locum habet, an culpa venditoris tale quid acciderit, an sine ejus culpa. Illo casu est damnum venditoris ‡ nec interest an sit culpa quam ex

Digitized by Google

naturacontractus præstat, an ex speciali pacto (potest enim per pactum obligatio & præstatio alterius contrahentium gravior & strictior fieri, ut notavim9 ad §. *Item is* 2. *sup. quibus mod. re contr. obligat.*) quod intelligit Justinian. hic, dum ait, si neque dolus neque culpa venditoris intervenerit, animadvertendum esse, an custodiam rei usque ad traditionem venditor susceperit necne: custodiam nempe specialem & in specie sumptam, quæ ut sup. ad *d.* §. 2. notavim9, significat exactissimam diligentiam: ceteroquin ad custodiam in genere sumptam etiam citra pactum speciale vēditor tenetur *lege quod sæpe* 35. §. *si res* 4. *h. t.* & talem nimirū qualem bonus paterfam. rebus suis adhibet *d.* §. 4. Cui non obstat *l.* 2. *in f. & l.* 3. *de peric. & comm.* quoniam ibi tractatur de rebus fungibilibus venditis, in quibus nudus consensus non omnino perficit venditionem *l.* 1. §. *eod. tit.* Quod si citra culpam sive juxta naturā contractus sive ex pacto præstandam, tale quid acciderit, servus fugerit, res furto ablata, aut corrupta amissave sit, securus est venditor *h.* §. *vers. sane enim*, id est, actione ex empto ad tradendum, aut ad interesse conveniri non potest: sed tenetur actione ex empto ad illud, quod sine damno suo præstare potest, nimirum ut emptori cedat & in eum transferat, quas habet actiones; quarum quatuor referuntur à Justiniano, vindicatio, condictio, actio furti, & damni injuriæ. Rationem reddit, quoniam venditor adhuc dominus sit, siquidem non per contractum, sed per traditionem sequentem transfertur dominium. Et an igitur hæ actiones omnes soli dantur domino? Id ita sane est in vindicatione: quod si dominus non fuerit, sed alias bona fide possederit, habet actionem Publicianam: sed quia hæc contra verum dominum inefficax est, emptor repulsus exceptione dominii ex empto aget contra venditorem, perinde ac si ipsi possidenti res evicta fuisset, per *l.* 35. §. 4. *in f. h. t.* Condictio intelligitur furtiva, quæ datur soli domino *l.* 2. *de cond. furt. l. eū l. qui* 14. §. *qualis* 16. *de furt.* & datur contra furem vel ejus heredem, de quo in §. *ult. in f. lib.* 4. *tit.* 1. quam cedere debet venditor ubi res furto subrepta fuit: sicut & tum (quæ tertia est) actionem furti pœnalem quæ in solum furem datur. Ea quidem non tantum domino datur, sed etiā ei cujus interest §. *furti* 13. *cū seqq. infr. de furtis.* sed hoc nimirum ubi his ipsis res ablata est: hic autem ante traditionem non emptori, sed venditori sublatam proponimus, qui solus adeo habet actionē furti non emptor *d. l. eum qui* 14. *in pr. de furtis.* Quarta demum actio est damni injuriæ ex l. Aquilia, si quis servum aut aliud animal occiderit, aut rem quamcunque corruperit, quę itidem regulariter soli domino datur, de quo *infra lib.* 4. *ad L. Aquil.*

TEXTUS.

4. Emptio tam sub conditione, quam pure contrahi potest: sub conditione, veluti: Si Stichus intra certam diem tibi placuerit, erit tibi emptus aureis tot.

COMMENTARIUS.

Hæc generalia, & communia, sine vitio sub speciebus contractuum nō traduntur. Et species tamen ista conditionis quæ hic proponitur, nō videtur temere in aliis contractibus occurrere & invenire locū: *Si tibi res placuerit, erit tibi empta centū aureis*: ubi nimirum & de re precio conventum est, & tantum sub conditione probationis contractus suspensus, quod non injuria adiectum præcipue intelligitur emptoris causa, cujus interest explorare prius conditionem rei, antequam omnino consentias in contractum. Itaque non confertur hic totus contractus in voluntatem & arbitrium emptoris, quod inutiliter fieri docet. *l. in vendentis* 13. *C. h. t. l. hac venditio* 7. *C. eod.* Et proinde additur hoc §. *si intra certum tempus*, neque enim perpetuo ita emptio suspendenda, & tam vagum arbitrium explorandi rem emptori permittendum est; & ita omnes Interpp. hic sentiunt.

TEXTUS.

5. Loca sacra vel religiosa, item publica (veluti, forum, basilicam) frustra quis sciens emit. Quę tamē si pro profanis vel privatis, deceptus à venditore quis emerit, habere eī licebat: ut consequatur, quod sua interest eum deceptum non esse. Idem juris est si hominem liberum quis pro servo emerit.

COMMENTARIUS.

1 *An & quatenus verbi causa res sacra emtio valeat.*

Hoc quoque fere ad locum communem pertinet: quæ enim res extra commercium sunt, nullius

nullius contractus aut obligationis objectum fieri possunt, ut notatum ad §. 2. *sup. de inutil. stipulat.* Neq; enim probo quod Hottom. alia ratione res istas vendi posse negat, quod scilicet sit contra bonam fidē: alia vero non posse in stipulatum deduci, quoniam promissor, nō etiam venditor obligetur ad dandum: etenim utique ut liceat habere, emptori venditor præstare obstrictus est, & ut utique jus usucapiendi transferat, quod in his rebus, non cadit: cū & hoc utique inter emptorem & venditorem agatur, ut dominium transferatur *l. cum manu* 80. *§. ult. h. t.* Porro res sacræ, religiosę, homo liber, considerantur ut in se & qua tales, & nullo modo possunt esse objectum venditionis. Itaque si uterque contrahentium sciat qualitatem rei, (error enim & crassa ignorantia juris, non potest sustinere contractum) contractus omnimodo est nullus, sicut & tum cum emptor scit in quem res est transferenda *l. 4. & 6. l si in* 34 *§. 2. l. liberi* 70. *h. t.* sed si uterque ignoret vel emptor solus ignoret, videtur non omnino inutilis esse emptio, imo valere & ex eo actio dari *h. §. & dd. textibus.* Et quidem interim dum res pro profana vel homo liber pro servo habetur & tenetur, etiam traditioni locus esse potest & interim species quædam emptionis datur: sed ubi de qualitate rei constat, sane si ignoraverit quoque venditor saltem tenebitur, ut pretium restituat *arg. l. si fundus* 33. *Locati. l. ex empto* 11. *§. ult. de act. empt.* sin solus vēditor sciverit, propter dolum amplius ad interesse tenetur *h. §. & d. l. 4. h. t.* Sed enim cum res per se sit ex empta commercio, difficile dictu est, quomodo dicatur valere contractus & emptio, ubi modo emptor ignoravit qualitatem rei Ita enim JCtus in *l. 4. h. t.* libet hominis & sacræ rei emptionem intelligit si emanatur ab ignorante, & in *d. l. liberi* 70. *cod.* liberi hominis emptionem contrahi posse inter ignorantes cum utique scientia vel ignorantia contrahentium non possit mutare qualitatem rerum. An hoc to pertinet, ut dum qualitas ignoratur, rem petere & tenere possit emtor: an potius eiut saltem propter dolum suum, venditor ad interesse teneatur ut hic tradit Justin. Quod si enim dolus pro possessione est, id est, facit, ut qui possidere dolo desiit, perinde actione in rem possit conveniri utiliter, ac si adhuc possideret: quid ni etiam dolus facere possit, ut v. c. venditor sit obligatus, (qui alias propter qualitatem rei obligatus non esset) perinde ac si aliam rem quæ in commercio est, vendidisset, quam propter dolum suum tradere non possit. Et proinde ratio decidendi non recte in se petitur, quod venditor non dare sed tantum tradere teneatur, ut ad *pr.* notavi: & probavimus *sup. ad §. 2. de inutil. stipulat.* etiam si quis sciens hominem liberum aut rem sacram ignoranti promiserit, teneri eum de dolo & ea saltem differentia est, quod in nostris terminis citra actionem doli ipsa contractus actio sufficit, quæ sæpissime ad interesse competit, quæ sane differentia ex eo pendet, quod ex stipulatu agitur ad dandum. Et huc referri potest, quod Baldus tractat in *l. non dubium 5. C. de LL. col. 7. opposit l. 8.* ex quibusdam contractibus unam tantum oriri obligationem ad rem ipsam dandam, & in his contractibus omnino nulliter deduci has res: (præterquam quod aliquando actio doli locum habet) ex aliquibus, oriri obligationem duplicem, primitivam ad rem, & secundariam ad interesse, quod accidit in venditione: cujus contemplatione teneat contractus, modo emptor rem in commercio esse existimaverit.

Ad Titulum XXV.

LIBRI TERTII INSTITUTIONUM,

DE LOCATIONE ET CONductione.

TEXTUS.

Locatio & conductio proxima est emptioni & venditioni, iisdemq; juris regulis constitit. Nam ut emptio & venditio ita contrahitur, si de precio convenerit: sic & locatio & conductio ita contrahi intelligitur, si merces constituta sit: & competit locatori quidem, Locati actio: conductori vero conducti.

Commentarius.

Locatio-conductio est contractus de usu rei vel personæ pro certa mercede mutando vel concedendo. Hæc enim princeps est differētia inter emptionem & cōductionem, quod ibi dare tota & omni jure, hic tantum de usu agitur: unde & consequenter altera nascitur: quod emptio titulus perpetuus esse solet, locatio tantum temporalis.

Digitized by Google

Et porro quia locatio tantum usum respicit, ad tēpus, fit ut in eam etiam libera persona & ejus nempe opera & usus recte deducatur. Etenim locatio continet vel usum rei vel personæ, cum nimirum quis personæ operas ad aliquid faciendum conducit. In qua specie locationis illud notandum, quod nomina locatoris & cōductoris mutua sunt, & uterq; contrahentium diverso respectu & locator & conductor videtur. Idem enim qui dicitur opus faciendum locare & eo respectu locator est, alio respectu dicitur & est cōductor, quatenus alterius operas conducit, & pro iis dat mercedem. Ad eundem modum qui locat operas, dicitur opus faciendum conduxisse. Et hujus exempla, ut dicatur opus faciendum locari & conduci plura extant suo hoc *tit. Digest.* &, ut ex his quædam adducam, *in l. videamus* 11. §. *pen. l. item* 13. §. 1. & 3. *l. sed addes* 19 §. *si quis* 7. *l. si merces* 25. §. *pen. l. qui insulam* 30. §. 3. *l. si cui* 48. *l. ea lege* 1. §. 1. *l. cum in* 60. §. 3. & *l. ult. h. t.* Nec tamen desunt textus, quibus qui opus faciendū conduxisse dicitur operas locasse perhibetur, ut in *d. l.* 19. §. *cū quidam* 9 *h. t.* & operas conduxisse *l. 1. in pr. de æstim. act.* & simpliciter operarum locatarum fit mentio in *l. 3. de his qui not. inf. l. 1. §. 6. de postul. l. qui operas* 38. *h. c.* & *in l. item* 22. §. 2. *h. t.* Idem dicitur conductor operis faciendi, & locator operarum. Qua consideratione defendi potest Cujac. & alias definitio Dd. qua Locatorem dicunt esse qui accipit, conductorem qui dat mercedem. Sed jam textum nostrum aggrediamur. Et toto hoc tit. præcipue id agit Justin. ut ostendat in quibus Locatio & venditio conveniant, quas & iisdem juris regulis consistere ait post JCtum in *l. 2 in pr. h. t.* Et primo conveniunt, quod uterque contractus consensu constat, in *pr. sup. de oblig. ex cons.* & sicut emptio juxta *pr. tit. præc.* ita locatio statim perfecta est, ut primum de re ejusq; usu & mercede convenit *h. textu* & *d. l. 2. eod.*

TEXTUS.

1. Et quæ supra diximus, si alieno arbitrio pretium permissum fuerit, eadem & de locatione & conductione dicta esse intelligimus, si merces alieno arbitrio permissa fuerit. Qua de causa, si fulloni polienda urandave, aut sarcienda vestimenta sarcinatori quis dederit, nulla statim mercede constituta, sed postea tantum daturus, quantum inter eos convenerit, non proprie locatio & conductio contrahi intelligitur, sed eo nomine actio præscriptis verbis datur.

COMMENTARIUS.

ET *quæ supra diximus.*] Aliud hoc est in quo conveniunt emptio & conductio: quod nimirum idem jus obtinet in hac, si merces in arbitriū tertii definiēda collata sit, quod in illa obtinere diximus in §. 1. *tit. præced.* juxta *l. si merces* 25. *h. t.* & *l. ult. C. de contr. empt.* & ea itaque huc repetenda sunt.

Qua de causa.] Aliud in quo hi contractus conveniunt: Et deducitur istud ex eo quod in *princ. d. tit.* dictum est, oportere ut initio statim certa merces definiatur, sicut in emptione necesse est, ut initio super certo pretio conveniatur. Itaque si quis alicui vestimenta det polienda, & hic nec gratis eam operam susceperit, quo casu mādati esset actio, de quo in §. *ultim. infr. mand.*) & nec merces initio statim constitueretur, deficiente essentiali requisito locationis res incidit contractum innominatū, & præscriptis verbis agendum est *h. §. in fin.* & *l. si tibi* 22. *de præscript. verb.* Unde autem dicta sit actio præscr. verbis, an, quod nulla certa formula ejus erat, sed quod eam ipse actor ex facto concipiebat, & quasi prætori præscribebat, qui secundum eam actionem dabat, ut Hottoman. hic putat, alterius nec hujus loci quæstio est. Illud autem constat, quod deficiente actionis certo & proprio nomine ad actionem generalem & indeterminatam *præscr. verb.* fuerit recurrendum *l. 1. de æstim. act. l. 1. in* & 3. *de præscr. verb.*

TEXTUS.

2. Præterea sicut vulgo quærebatur, an permutatis rebus, emptio & venditio contrahetur: ita quæri solebat de locatione & conductione, si forte rem aliquam utendam sive fruendam tibi aliquis dederit, & invicem à te utendam sive fruendam aliam rem acceperit. Et placuit non esse locationem & conductionem, sed proprium genus contractus: veluti cum unum bovem quis haberet, & vicinus ejus unū, placuerit inter eos, ut per denos dies

Digitized by Google

dies invicem boves commodarent, ut opus facerent, & apud alterum alterius bos perierit, neq; locati, neq; conducti, neq; cõmodati competit actio, quia non fuit commodatum gratuitum: verum præscriptis verbis agendum est.

COMMENTARIUS.

1 *Merces locationis an solum in pecunia numerata.*

ET hoc quoque pertinet ad ostendendam affinitatem emptionis & conductionis. Circa illam quærebatur an rebus utrinq; datis esset nihilominus venditio: quod negatũ fuit §. 2. *tit. præc.* quoniam deficit pretium. Ad eundem modum negatur esse conductio *l. si convenerit* 23. *inf. comm. divid.* 10. quia merces deficit, ubi invicẽ reum usus hinc inde ad tempus fuit permutatus; sed nec commodatum ideo est, quia usus non gratuitus, verum mutuus est: licet cum omnibus illis contractibus hoc negotium habeat affinitatem: cum permutatione, quia mutatur invicem usus, (sed in permutatione inspecie dicta transfertur dominium) cum locatione & commodato, quoniam utendæ res dantur. Sed quoniam nec gratuito id fit, & non fit pro mercede, in aliud innominati contractus genus incidit negotium, & præscriptis verbis agendum est. Et quo notandum est, quatuor illis speciebus sive articulis qui proponuntur in *l. 5. de præscr. verb.* Do ut des, do ut facias: facio ut des, facio ut facias, non exhauriri totam naturam & materiam contractuum innominatorum & præscript. verbis actionis. Accedit quidem istud negotium ad articulum facio ut facias: verum hic contractus proprie dicitur, (nam & ceteri quoque sunt *μονόπλευροι*,) ubi ego aliquid feci, & cessante altero ad interesse ago: hic autem etiam ubi utrimq; usus præstitus fuit, si forte alterius culpa bos perierit, actio competit, ut h. §. docetur.

1 Faciunt autem istæ tam variæ † comparationes emptionis & conductionis, ut veram existimem Dd. communem sententiam, quod merces locationis non nisi in pecunia numerata consistere possit: quod diserte & probat *Theoph. ad pr. h. tit.* contra quosdam, imo plerosque Neotericos, qui quamvis rem fungibilem loco mercedis dari & constitui posse putant. Et me imprimis istud movet, quod postquam discesseris à pecunia numerata nulla ratio est, cur non etiam in re alia quam fungibili merces possit consistere. Et vero quæ ratio efficit, ut pretium emptionis in quavis re fungibili non posset constitui, eadem effeciisse videtur, ut ita jus statueretur in conductione. Nec merces differt à precio, nisi quod hoc pro æstimanda re ipsa in perpetuum, illa pro usu rei ad tempus æstimando definitur. Et quo factum ut alicubi locationis merces, pretium appellatum fuerit, pretium nimirum usus, ut in *l. quod si.* 28. §. *Idem* 2. *l. ea lege* 31. §. 1 *Insulam* 58. *in pr. h. t. l. si quis* 10. *inf. de adq. possess. Lulc. in f. ad L. Rhod. de iactu.* Facit, quod pecunia omnes res æstimantur, nõ aliis reb. fungibilibus, quin hæ ipsis pecunia æstimantur: & igitur cum in emptione & conductione agitur de æstimanda re & usu rei, æqualiter receptum videtur, ut non nisi pecunia numerata intervenire possit. Et favent huic sententiæ aliquot textus juris. Et primo *l. si convenerit.* 23. *Comm. divid.* ubi cũ ut ulterius fructus (qui sunt res fungibiles) perciperentur, conventum esset, negat JCtus esse conductionem, quia NULLA merces intervenerit, secundo *l. 5. §. 2. de præscr. verb.* ubi in hoc ipso comparatur conductio cum emptione, quod utrobiq; pecunia requiratur, tertio *l. si merces* 15. §. *vis major* 6. *h. t. iunct. si apes* 16. §. 1. *de furt.* ubi colonus partiarius opponitur colono vero, qui nummis colit, quarto faciunt aliquot textus, qui requirunt pecuniam, & ubi pecunia non datur, conductionem esse negant, & passim simpliciter pecuniæ & nummorum mentionem faciunt, *l. 1. §. si quis* 9. *depos. d. l. 3. §. 2. de præscr. verb. l. si quis* 46 *l. si decem* 52. *l. si insulam* 48. §. 2. *& passim h. t.* Et commentum est, quod illis locis pecuniæ appellatione res quasvis fungibiles significari dicunt: quippe pecuniæ verbum in dubio numeratam pecuniam & nummos significat: ceteroquin appellatione generali pecuniæ & quælibet aliæ res continentur. Et quod attineat ad *l. si olei* 21. *C. Locati*, quo unico textu illi nituntur, jam olim respondi, ipsam rationem contrahendi hanc exceptionem admisisse, ut in certa quantitate fructuum quos ipse fert fundus locatus constitueretur merces: itaq; in ea specie olive tum locatum fuisse intelligendum est. Jam in textu nostro pergamus.

TEXTUS.

3. Adeo autem aliquam inter se familiaritatem videntur habere emptio & venditio, item locatio & conductio, ut in quibus

busdam casibus quæri soleat, utrum venditio & emptio contrahatur, an conductio & locatio: ut ecce de prædiis quæ traduntur quibusdam perpetuo fruenda, id est, ut quamdiu pensio sive reditus domino pro his præstetur, neque ipsi conductori, neque heredi ejus, cuive conductor heresve ejus id prædium vendiderit, aliove quocunque modo alienaverit, auferre liceat. Sed talis contractus, quia dubitabatur inter veteres, & à quibusdam locatio existimabatur, à quibusdam venditio, lex Zenoniana lata est, quia emphyteuseos contractus propriam statuit naturam, neque ad venditionem, neq; ad locationem inclinantem, sed suis pactionibus fulciendam, & siquidem aliquid pactum fuerit, ac si naturalis esset contractus: sin autem nihil de periculo rei fuerit pactum, tunc, siquidem totius rei interitus accesserit, ad dominum redundare periculum: sin autem particularis, ad emphyteuticarium, damnum hujusmodi venire: quo jure utimur.

Commentarius.

Hic amplius ostendit, adeo similem esse locationem venditioni, ut inter se vix dinosci possint, & scil. sint quædam negotia, quæ an pro venditione, an pro locatione habenda sint, dubitetur. Cujus rei duo exempla proponuntur, primum est in h. §. de contractu emphyteutico, quo prædium colendum & meliorandum conceditur, ita ut pro eo non semel aliquid, sed annuatim pensio certa, nec pro omni jure, sed pro pleniſſimo jure utendi fruendi, quod Dd. dominium utile appellant, & eo etiam in hæredem transitorio, & nisi fides contractus rumpatur, perpetuo, solvatur & præstetur, in recognitionem dominii directi, ut vocant Dd. quod manet penes concedentem. Hic contractus venditioni affinis est, tum quia regulariter res non ad tempus sed in perpetuum conceditur: Unde perpetuarii conductores *l.1. & 3. Codic. de locat. prad. civ.* & jus perpetuarium *l.1. Cod. de offic. comm. sacr. palat.* eaque videtur intelligi perpetua conductio in *l. viam 30. C. h. tit.* tum quia pleniſſimum jus utendi & utile quasi dominium transfertur, quod in hæredem & in quemcunque alium salvo tamen jure directi dominii licet transferre: ita ut non tantum actio personalis ex contractu, sed ex jure illo adquisito utilis in rem actio contra quemcunque possessorem detur emphyteutæ *l.1. si ager vect. argum. l. in speciali, 73. cū l. seq. de rei vindic.* Ex quo etiam est, quod licet res emphyteutica pro parte perierit, nihilominus tamen canonem integrum emphyteuta solvere necesse habet.

Ad locationem autem accedit, quod utique dominium verum & directum penes concedentem manet: ex quo fit ut si res tota intereat, periculum sit concedentis, & ab necessitate canonis præstandi liberetur emphyteuta. Itemque quod non annum pretium statuitur quod semel solvatur, sed annuatim præstatur merces sive reditus canon aut pensio. Atq; ista est ordinaria natura hujus contractus: quæ pactionibus potest alterari & mutari ut *in fin. huius §.* tractat Just. ex *l.1. C. de iur. emphyt.* jam verba quædam textus explicemus.

De prædiis quæ perpetuo.] Ita regulariter: nam cum ad istum modum colendi darentur agri & inculti & deserti, nemo facile ad tempus istum laborē susceptutus fuisset. Sed potest nihilominus hic contractus ad tempus constitui, modo ne modicum *l. 2. si ager vectig. l.1. §. 3. de superfic.* cæteroquin nō emphyteusis sed locatio conductio fuerit. Sit hodie fere quæ emphyteuses dicuntur, super prædiis etiam cultissimis, & quæad decem aut paulo plures annos constitui solent, sunt revera locationes paulum degenerantes.

Quamdiu pensio præstetur.] Hæc enim pars essentialis est istius contractus, & si emphyteuta fidem non servet, & canonem non solvat, jus ad dominum redit, qui emphyteutam expellere ex prædio potest *l.2. C. de iur. emphyt.* ubi Justin. moræ & cessationi biennii hanc pœnam indixit.

Cui vendiderit.] Prædium vendere dicitur, eo jure quo penes ipsum est: salvo semper jure domini directi. Vendere tamen non ea libertate & facultate potest qua verus dominus: sed denuntiare necesse habet domino directo, & observare quæ constituit Just. *in l.3. C. de iur. emphyt.*

Lex Zenoniana.] Quia forte sub eo, vastatis per bella agris, sæpius hæc quæstio occurrebat. Ait autem Justin. quod Zeno statuerit contractus hujus proprium esse naturam: quomodo & Zeno in *d.l.1.* consti-

constituimus, inquit, conceptionem & definitionem habere propriam, & justum validumq; esse cõtractum. Sed nimirum quod Imper. facere non potuit, id nec voluisse credendus est. Apparet ex h. §. omnia essentialia hujus contractus fuisse ante Zenonem, & dubitatum saltem fuisse, an istud negotium esset referendum ad locationem an potius ad venditionem: quæ dubitatio fuisset nulla, nisi contractus ille essentiam suam jam ante Zenonem habuisset, proinde penitus inepti sunt, qui ex verbis paulo ante verbis efficere volunt, contractum hunc mere esse civilis juris, & omnino quandam Zenonis creaturam: quo nihil absurdius dici potest. Neque aliud fecit Zeno, nisi ut distingueret & separaret contractus, ut jam ejusmodi negotio constituto & contracto non amplius ex conducto aut empto, sed propria ageretur actione. Hinc & parum subtiliter Wesembec. hic definit hunc contractum origine juris gentium, forma autem civilis juris: quasi vero jure gentium absque forma esse potuerit: aut quasi non ex h. §. apertissimum sit totam ejus essentiam, in qua forma consistit ante Zenonem fuisse. Et, si propterea quod ex constitutione Zenonis est aliquid dispositum de periculo rei ad quem spectare debeat, item q; quod sit ea constitutionem pactionibus contrahẽtium natura hujus contractus mutari potest, & altera si, inquam, hæc faciunt, ut forma contractus ad jus civile sit referenda, jam ante omnes contractus pene forma juris civilis erunt.

Neque ad locationem inclinantem.]Scilicet non ita inclinantem, ut ex locatione vel ex venditione æstimetur, & ut vel hujus vel istius jure & natura æstimetur, sed ut pro separato proprioq; contractu habeatur: cæteroquin efficere Zeno non potuit, quo minus in iis quæ supra diximus, similis hic cõtractus maneret & emptioni & conductioni, & ita hactenus ad utramque inclinaret.

Ac si naturalis esset contractus.]Id est, sicut alius quivis proprius & semper distinctæ naturæ contractus, pactionibus non alteratus, sed qui ut vulgo notissimum est, ex conventionibus legem accipit. Ita enim & hic contractus potest, ut Justin. loquitur, suis pactionibus fulciri, tum circa durationem, tum circa caducitatem, (intra quantum tempus non soluto canone emphyteuta cadere debeat jure suo *l.* 2. *C. de iur. emphyt.*) tum circa præstationẽ periculi, de quo si nihil cautum sit, quid obtinere debeat *in fin. §. & in d. l.* 1. *C. de iur. emphyt.* docetur: Hæc pro istius textus explicatione: neq; enim patitur instituti nostri ratio, ut in tractationem hanc excurramus, & varia quæ circa eum quæri solent excutiamus: quod latissime præstitit Jason *in l.* 1. 2. *& 3. C. de iur. emphyt*

TEXTUS.

4. Item quæritur, si cum aurifice Titius convenerit, ut is ex auro suo certi ponderis certæq; formæ annullos ei faceret & acciperet, verbi gratia, decem aureos: utrum emptio & venditio, an locatio & conductio contrahi videatur. Cassius ait materiæ quidem emptionem & venditionem contrahi, operæ autem locationem & cõductionem. Sed placuit, tantum emptionem & venditionem contrahi. Quod si suum aurum Titius dederit, mercede pro opera constituta, dubium non est, quin locatio & conductio sit.

COMMENTARIUS.

EX duobus alterum hoc est exemplum, quo ostenditur vicinitas locationis & venditionis: quod nimirum istud quoque negotium de quo h. §. venditionem & locationem in se continere videtur, veluti, si convenerit inter me & aurifabrum ut pro certo precio & juxta hunc §. pro decem aureis, mihi ex suo proprio auro conficeret annulum. Venditio enim videtur, quoniam aurifaber vendit aurum suum: locatio autem quoniam tanti aurum per se nõ est, sed propter operam quam artifex addit, de tanto precio conventum est: cui & hoc addo, quod annulus est objectum negotii & contractus illius, atquin hic efficitur opera artificis: ut forte non immerito Cassius & venditionem & locationem in hoc negotio concurrere dixerit, propter ipsam materiam & operas in materia præstitas. Sed concinnius habitum fuit, ut unum negotium ne constituerer plures contractus, & ut à principaliori, & à subjecto censeretur emptio & venditio *l.* 2. §. 1. *h. t.* & facit ratio *l. convenit* 65. *de contr. emp.* conductionem esse quoties materia in qua aliquid fit, in eodem statu manet, ac cum alteratur & mutatur, magis esse emptionem: itemq; *in l. Sabinus* 20. *de contr. emp.* non posse esse locationem, ubi alter tantum pecuniam pro corpore simul & pro operis dat, nec corpus ab ipso proficiscitur: adeoq;

apparet, nec Sabinũ quidem ejusdẽ cum Cassio hic fuisse sententiæ. Et hinc non obstat quod in *l. Item* 22. § 2. *h. t.* Paulus scribit, licet quis in ædificandis ædibus omnia à se præstet, & proprietatem ad me transferat, tamen non emptionem sed locationem esse. Etenim hæc ædificator non tam in suo operatur quam in meo, & nimirum in area mea, quæ à me profecta facit ut locatio censeatur, ut expresse distinguit JCtus *in d. l.* 20 *de contr. empt.*

TEXTUS.

5. Conductor autem omnia secundum Legem conductionis facere debet: & si quid in Lege prætermissum fuerit, id ex bono & æquo præstare. Qui pro usu aut vestimentorum, aut argenti, aut jumenti, mercedem aut dedit aut promisit, ab eo custodia talis desideratur, qualẽ diligentissimus paterfamilias rebus suis adhibet: quã si præstiterit, & aliquo fortuito casu eam rem amiserit, de restituenda ea non tenebitur. Mortuo conductore intra tempora conductionis, hæres ejus eodem jure in conductione succedit.

COMMENTARIUS.

DUÆ sunt hujus textus partes. Prima de eo quod conductori præstandum incumbit. Altera plane diversa, de obligatione & jure transeunte in hęredem. Quod ad illud attinet, desumitur id aut ex jure aut ex pactione cõtrahentium, quæ hic dicitur Lex contractus, quo sensu contractus ex conventione Legem accipere dicuntur: quia perinde sunt observandæ pactiones istæ, ac si ex jure cõtractui id in esset, quod inter partes conventum est. Igitur primo spectatur quid conventum sit *h. §. & l. si merces* 21. §. *Conductor.* 3. *h. t. l. si quis* 9. §. *Julianus* 2. *eod. l. circa* 19. *C. eod. & l. videamus* 11. §. *ult. D. eod.* ubi speciales conventiones: idq; omnib. bonę fidei judiciis commune esse docet *l. ex empt* 11. *in princ. de act. empt.* ubi autem deficit conventio, relinquitur residuum dispositioni juris & naturæ hujus contractus, in quo non tantum venit quod verbis expressum est, sed & quod ex æquo & bono præstari debet: quod in genere de contractibus qui consensu constant affirmavit Justin. *sup. de obligat. ex consens.* Et secundum hoc JCtus in *d. l.* 11. *pr. de act. empt.* si nihil convenit, ea præstari quæ naturaliter insunt ex judicii potestate *fac. l. si in lege* 24. *in pr. h. t. l.* 2. *& l. prater* 17. *C. eod.* Illud autem scrupulum habet quod in *vers. qui pro usu* scriptum est, conductorem ad talem diligentiam & custodiam teneri, qualem diligentissimus paterfamil. rebus suis habet, & tum demum securum esse, si casu fortuito res perierit: Est enim, ut patet ex tractatis ad *§. 3. sup. Quib. mod. re contr. oblig.* ista descriptio summæ diligentiæ, quæ opponitur levissimæ culpæ, quæ exigitur à commodatario, qui gratuitum usum cum habeat, plane absurdum sit eandem diligentiam exigere à conductore, qui pro usu mercedem præstat: ut ita simul versetur utilitas locatoris & cujus modi contractibus mediam tantum diligentiam requiri, & non præstari levissimam, sed tantum levem culpam, regula juris habet *in l. §. 2. commod.* quæ cur hic fallere debeat, nulla apparet ratio: imo levem tantum culpam præstandam esse ex hac ipsa ratione, quod utilitas utriusque versetur, ostendunt *d. l. 5. §. 2. l. 3. §. 1. naut. caupon. stab.* Sunt qui distinguunt locationem faciendi & fruendi, vel, locationem rei & operis sive operæ. Rationem habet distinctio, si operam tamquam abartifice præstitam intelligas. Quoniã enim quisquis peritiam alicujus rei profitetur, hoc ipso intelligitur offerre operam, merito arctius & ad diligentiã majorem teneri debet. Et huc pertinet *l. si quis* 9. §. *Celsus pen. l. Item* 13. §. *si gemmas locati*, culpæ imperitiam annumerandam esse: atquin in alio nonartifice imperitia ad levissimam culpam pertinet. Ita in *l. si merces* 25. §. *pen. h. t.* culpa dicitur abesse, si quæ adhibuerit, quæ diligentissimus quisque præstiturus fuisset. Hinc in *l. itaq.* 12. *in pr. de furt.* dicitur, fullonem semper agere furti, quia præstat custodiam, id est, exactam in custodiendo diligentiam, tanquam artifex qui operam suam offert, & cui necessario res committenda est: & in §. *qua de fullone* 16. *in pr. infr. de furt.* hac ipsa in re fullo & cõmodatarius comparantur. Atqui ita post alios distinguit Hottom. sed miror eum non advertisse, ita plane non tolli scrupulum qui ex hoc §. nectitur: qui non de locatione operis seu operarum, sed de locatione rerum & utendi apertissimi tractat. Itaqi illi rationẽ specialitatis à qualitate rerum sumunt, & hunc § ad res de quibus nominatim loquitur, restringunt: quod quanto facilius ista corrumpi & damnum accipere possunt, tanto accuratior custodia requiratur. Sed perpetuo urget, quod supra dixi, absurdum esse, ut à cõductore qui mercedem præ-

Digitiz

præſtat, cura & diligentia eadem exigatur, quam commodatarius præſtat: neque enim dubium eſt, quin jumenta, veſtimenta, commodato quoq; dari poſſint: & ad hunc modum propoſitio & traditio *l. 5. §. 2. commod.* fere ad res immobiles reſtringenda erit: cum non tantum jumenta & veſtimenta, ſed aliæ pleræque res mobiles facile damnum poſſint accipere. Itaque Accurſ. (qui tamen præcedentem quoque explicationem refert) explicandum putat ſuperlativum hoc §. pro poſitivo, juxta naturam contractus: neque quod tantum meminit caſus fortuiti, facit, ut propterea dicendum ſit conductorem teneri de leviſſima culpa, per ea quæ notavimus *add. §. 2. ſup. Quib. mod. obl. re contr.* aut etiam ex dictis ibidem fuerit diſtinguendum inter patremfam. in abſtracto & in concreto conſideratum: qui ſane ſi plus ſolito negligentior ſit in rebus ſuis, majorem tam rebus conductis, quam propriis adhibere diligentiam tenetur: cum alias ſi in abſtracto rem conſideramus, illa ſumma diligentia ſit, cum quis res alienas diligentius quam ſuas curare tenetur.

Mortuo conductore.] Hæc altera pars eſt hujus textus non proprie ad locationem pertinens, ſed ut diximus ad *§. 1. ſup. de fidejuſſ.* ita regulariter obtinet, ut obligatio tranſeat in hæredes, & ipſum quoque jus quod defunctus habuit: exceptis caſibus, quibus induſtria perſonæ electa eſt, ut dicemus ad *duos tit. ſeq.* Idem quod hoc §. reſcriptum eſt in *l. 1. cum 10. Cod. eod.* nimirum de ipſo iure cõductoris in hæredes tranſeunte: nam quin ratione temporis quo inter defunctum conductorem & locatorem duravit contractus, obligatio & actio tranſeat, dubitari minus poteſt: & hactenus ex mandato quoq; & ſocietate, qui contractus tamen morte finiuntur, in hæredes tranſit obligatio, ut *ad duos tit. ſeqq.* tractabimus.

Ad Titulum XXVI.

LIBRI TERTII INSTITUTIONUM, *DE SOCIETATE.*

TEXTUS.

Societatem coire ſolemus aut totorum bonorum, quam Græci ſpecialiter κοινωνίαν appellant: aut unius alicujus negotiationis, veluti mancipiorum vendendorum emendorumq;, aut olei, aut vini, aut frumenti emendi vendendiq;.

Commentarius.

SOcietas eſt contractus de communione ineunda. Et eſt alia particularis, & alia univerſalis omnium bonorum hoc textu: quæ una & ſimplex eſt ratione bonorum, quæ fuerunt tempore contractæ ſocietatis, hæc enim omnia communicantur: ſed quoad poſt adquiſita ſeu adquirenda diſtinguitur: quod alia ita contrahitur, ut in eam omnia omnino, undecunque etiam ex cauſa lucrativa adquiſita, veniant, quæ dicitur ſpecialiter omnium bonorum, *l. 3. §. 1. h. tit.* alia vero ita ut in eam tantum veniant, quæ ex commerciis negotiatione & quæſtu obveniunt. *l. eodem.* Sed & particularis ſocietas non eſt omnino una, ſed ſuos gradus imo ſpecies habet, quoniam & unius rei & negotiationis & plurium, & partis quoque bonorum conſtitui poteſt, *argum. l. 5. in princ. h. titul.* quæ non niſi ambigue particularis dicitur: & proinde non eſt exacta hoc loco & accurrata oppoſitio, ſocietas omnium bonorum & unius negotiationis, quin iſta exempla potius ſunt, non autem veram faciunt diviſionem.

TEXTUS.

1. Et quidem ſi nihil de partibus lucri & damni nominatim convenerit, æquales ſcilicet partes & in lucro & in damno ſpectantur. Quod ſi expreſſæ fuerint partes, hæ ſervari debent. Nec enim dubium unquam fuit, quin conventio valeat, ſi duo inter ſe pacti ſint, ut ad unum quidem duæ partes & lucri & damni pertineant, ad alium tertia. De illa conventione ſane quæſitum eſt, ſi Titius & Seius inter ſe pacti ſint, ut ad Titium duæ lucri partes pertineant, damni tertia: ad Seium duæ partes damni, lucri tertia: an rata debeat haberi conventio. Quintus Mutius contra naturam ſocietatis pactionem talem eſſe exiſtimabat, & ob id non eſſe ratam habendam. Servius Sulpitius

pitius (cujus sententia prævaluit) contra sensit: quia sæpe quorundam ita pretiosa est opera in societate, ut eos justum sit, conditione meliori in societatem admitti. Nam & ita coiri posse societatem non dubitatur, ut alter conferat pecuniam, alter non conferat, ac tamen lucrum inter eos commune sit: quia sæpe opera alicujus pro pecunia valet. Et adeo contra Quinti Mutii sententiam obtinuit, ut illud quoque constiterit, posse convenire, ut quis lucri partem ferat, de damno non teneatur: quod & ipsum Servius convenienter sibi fieri existimavit. Quod tamen oportet intelligi, ut si in alia re lucrum, in alia damnum illatum sit, compensatione facta, solum quod supereſt, lucro esse intelligatur. Illud expeditum est, si in una causa pars fuerit expressa (veluti in solo lucro, vel in solo damno) in altera vero omissa, in eo quoq; quod prætermissum est, eandem partem servari.

COMMENTARIUS.

1 *De partibus lucri & damni.*

2 *Dispositum in uno relatorum an habeat locum in altero.*

SOcietas est in communione, cujus finis est, communicatio post adquisitorum, in quibus quidem spectatur lucrum, cujus gratia omnis societas initur: sed quia non semper lucrum haberi potest, oportet & lucri & damni partes in omni societate constitutas esse. Et sunt constituuntur que ex partes vel æquales, vel inæquales. Cujus inæqualitatis ratio summa est ab inæquali collatione vel rerum pecuniæque, vel operæ, verbi causa, si unus centum alter ducenta conferat, item, si unus centum, alteri itidem centum, sed simul operam & industriam conferat: ratio suadet inæquales quoque & proportionatas lucri & damni partes constitui: cæteroquin in collatione æquali, partes quoq; æquales in dubio esse debent, *h. text. in pr.* qui locus *in verſ. quod si expressa* probat, posse, licet collatio æqualis sit, inæquales tamen partes constitui ex pacto: quippe, cum per pacta quorumcunque contractuum natura possit alterari: ut si non jure simplicis societatis id valeat, tamen valeat jure conventionis, ut post *Angel. & Porcium notat Wesenb. hic.* quamvis cum societatis ipsum verbum communionis æqualitatem significet, & ipsa societas quandam speciem fraternitatis habere dicatur difficilius admittantur partes inæquales, ubi omnimoda est collationis æqualitas, ut perspicue docet *l. si non. 29. in prin. h. tit.* Inæqualitas autem partium, quibus casibus locum repetit, admittitur non difficulter, ubi pariter inæqualitas proportionata est in damno & luero, juxta *§. 1. in f. h. t.* ut utrimum, qui duas habet lucri partes, easdem etiam in damno sentiat, quia cum sit incertus eventus negotiationum, nec semper faveat Mercurius, æque casus damni ac lucri contingere potest, ut propter hunc incertum eventum vix hic inæqualitas appareat. Admittuntur difficilius inæquales lucri partes & damni, difformiter constitutæ: veluti ut alter duas lucri, & damni unam tantum partem ferat; quam conventionem à Mutio, ut æqualitati, quam societas desiderat adversam, improbatam, sed à Servio recte admissam & probatam refert Justinianus *in §. de illa 1. h. t.* & tamen, quod ex ratione subjecta *in verſ. quia sæpe* apparet, in casu non simplicis collationis rerum, quam videtur considerasse Mutius, & qua æquali simpliciter posita, sane hæc pactio fuerit iniqua, sed in casu operæ adjunctæ, quâ præter pecuniam alter simul confert, ut merito aliqua prærogativa debeat gaudere: argum. *l. 5. l. cum duobus. 52. §. 1. h. t. l. si non 29. in prin. eod.* idque Justin. *in verſ. nam & ita* amplius hinc confirmat, & scilicet non recte à Mutio hac in re rerum tantum collationem & æqualitatem consideratam esse, eo argumento comprobat, quod & ita contrahi possit societas, ut pecuniam conferente altero, alter nudam industriam & operam conferat.

Hinc porro conclu lir vel infert potius Justinianus per ampliationem, *in verſ. & adeo*, quod (& scilicet in iisdem terminis) ita societas coiri possit, ut alter non quidem lucrum totum (quod admitti non potest, *d. l. 29. § Arist. h. t.*) sed partem in lucro solo ferat, & de damno non teneatur: quod Justinianus ait existimasse sibi convenienter fieri Servium, id est, assertioni suæ priori: quoniam si valet societas, ut qui nihil pecuniæ, sed solam operam confert & industriam, partem lucri habeat, etiam valebat, ut quis nullum damnum, sed lucrum tantum

cum sentiat: nullum nimirum damnum in pecunia, quam nec contulit: etenim ubi, ut sæpe accidit, nihil factum est lucri, operæ utique sentiet damnum: ut tamen quod pro limitatione in extremo §. 2. *in vers. quod tamen* subjicit Justinianus, in casu ejusmodi societatis & pactionis, ita ex lucro notum partem ferat, ut in lucro deputetur illud, quod supereſt, deducto prius & subducto damno, eidemque impensis, veluti, si qui vendendorum equorum negotiationem contraxerunt, decem equis venditis, ex quinque lucrati fuerint centum, reliquis quinque, quinquaginta damni sensérint, non hoc damnum deputabitur alteri ex sociis tantum, & alter ex centum partem integram feret remoto & non considerato damno: sed prius deducto omni damno, ex quinquaginta quę supersunt, partem lucri & nimirum viginti quinque socius habebit. Ita fiet, ut qui nihil contulit pecuniæ, lucri tamen partem habeat, & si solum damnum acceptum sit, ejus nullam sentiat partem: & hanc quoque explicationem Servii refert Paulus *in l. Mutius* 30. *h. tit.* ubi tamen quasi Mutium aliud sentientem referre videtur: quamvis Servius non tam Mutium reprehendisse, quam sententiam ejus explicasse, & ejus propositioni limitationem addidisse videtur, ubi opera unius socii collatæ ab alio pecuniæ æquivalet. Et alias quoque nec novum est, ut Jurisconsulti aliorum autorũ sententias nõ satis recte, imo sæpe siniſtre, &, si licet dicere verum, calumnioſe referant: ut vel ex Pauli libris epitomarum ad Labeonem videre licet: quorum forte relatione deceptus, aut persuasus Tribonian' Mutium & Servium dissensisse credidit, & hoc loco scripsit. Et hæc mihi vera & simplex hujus §. & loci explicatio & sententia esse videtur.

Supereſt in hoc textu *vers illud*, qui vulgo est §. 3. & quod ipse Justinianus, id certum & perspicuũ est, quod ibi proponitur, quoniam relata sunt lucrum & damnum: ideoque statutum & conventum in uno, in altero quoque conventum & dispositum censetur.

Ex quo Interpp. axioma illud suum probare solent, dispositum in uno correlatorum, censeri quoque dispositum in altero; ubi videli et, sicut hic, in utroque eadem ratio militat; veluti hoc post Doctores limitat Jason *in l. 1. C. de in jus vocãdo*: sed ex hoc ipso parum subtiliter ejusmodi regula meo judicio statui videtur: siquidem hinc apparet, non à qualitate relatorum, hoc pendere, sed à rationis identitate, de qua alias regula est; ubi eadem ratio est, ibi quoque idem jus esse debere. Et non nisi inepte quis pro regula dixerit: Quidquid in domino, patre aut marito statutum est, id etiam in servo filio, aut uxore obtinere: quinimo diversa ut plurimum horum & illorum ratio & cõditio est; quod sicubi eadem est, jam ut dixi hæc rationis identitas, non relatorum qualitas & conditio, eandem juris requirit dispositionem. Verum istud ὡς ἐν παρέργῳ.

TEXTUS.

2. Manet autem societas eousque donec in eodem consensu perseveraverint. At cum aliquis renuntiaverit societati, solvitur societas. Sed plane si quis callide in hoc renuntiaverit societati, ut solus habeat obveniens aliquod lucrum, veluti si totorum bonorum socius cum ab aliquo hæres esset relictus, in hoc renuntiaverit societati, ut solus lucrifaceret hæreditatem, hoc lucrum cogitur communicare. Si quid vero aliud lucri faciat, quod non captaverit, ad eum solum pertinet. Si vero, cui renuntiatum est, quidquid omnino post societatem renuntiatam acquiritur, soli conceditur. Solvitur adhuc societas etiam morte socii: quia, qui societatem contrahit certam personam sibi eligit, sed & si cõsensu plurium societas contracta sit, morte unius socii solvitur, etsi plures supersint, nisi in coëunda societate aliter convenerit. Item: si alicujus rei contracta societas sit, & impositus negotio finis est, finitur societas. Publicatione quoq; distrahi societatẽ manifestum est, si universa bona socii publicentur: nam cum in ejus locum alius succedat, pro mortuo habetur. Item, si quis ex socius mole debiti prægravatus bonis suis cesserit, & ideo propter publica aut privata debita substantia ejus veneat, solvitur societas: sed hoc casu, si adhuc consentiant in societatem, nova videtur incipere societas.

Cum-

COMMENTARIUS.

1 *Varii modi finienda societatis.*
2 *Renuntiare quis potest societati non obstante pacto & hujus rei accurata ratio.*

VArios modos quibus finitur societas, confusim à Justiniano traditos, simul proponere & methodice explicare visum fuit : Dissociamur, renuntiatione, morte, capitis minutione egestate, ait Modestinus *in l.* 4. 1. *h. tit.* & secundum Ulpianum societas dicitur dissolui ex personis, rebus, voluntate & actione *l verum*, 63. *§. ult. h. t.* inter quę tamē singula parum accurata oppositio est, & sub duo priora membra omnes modi referri possunt. Et ita statuam, societatem dissolui ex personis & rebus.

Ex personis dupliciter. 1. Morte, & hac vel civili, veluti deportatione, ad quā recte refertur, quod *in §. publicatione. 7. h. tit.* dicitur, de publicatis, scil. ob delictum bonis: vel naturali *d. l.* 63. *§. ultim. h. ti.* ibi enim mors opposita mediæ & maximæ capitis diminutioni, significat veram & naturalem mortē: sicut & *in §. solvitur. 5. in prin h. textu.* Et adeo hoc procedit, ut societas inter plures contra uno ex sociis mortuo tota solvatur, nisi pacto aliter cautum sit, ut nimirum uno mortuo societas inter cætetos duret, de quo casu est *d. §. 5. vers. sed etsi. l. actione.* 65. *§. morte 9. h. t.*

Nam quia in societate utriusque industria spectatur *arg. §. solvitur. 5. & § ultim. in fin. h. t.* ut socio mortuo, hæres ejus in societate succedere, aut alter cum admittere cogatur, nec pacto quidem initio societati apposito effici potest, sed nova conventione opus est. *l. nemo. 55. & l. adeo. 59. h. t.* Ubi illud addendum, societatem quidē solvi morte *dd. textib. & l.* 4. *§.* 1. *l. cum duobus.* 52. *§ idem. 9. eod.* sed obligationem & actionem dari in hæredes, nimirum nomine eorum, quæ inter viventes adhuc socios gesta sunt, & quorum rationem hæredi reddi oportet, qui petet omne id, quod defunctus quoque modo dissoluta societate petere potuisset: sicut & quæ jam à defuncto cœpta sunt, hæres ad instar socii cujusdam absolvere tenetur *l. hæres.* 40. *h. t.* Idque est, quod dicitur *in l. nemo h. t.* in hæredem quoque socii proponi actionem, ut bonam fidem præstet: & quidem actionem pro socio. *l verum* 63. *§. in hæredem.* 8. *h. t. junct. l. actione.* 65. *§. morte 9. h. tit.* Eademque mandati ratio est, ut mandato licet morte alteruttius soluto, obligatio tamen & actio in hæredes duret *l. inter. 16. in prin Mandati.* Atque hic primus est modus quo ex personis solvitur societas. Mors socii, sive naturalis, sive civilis.

Deinde dicitur solui societas ex personis per dissensum. Et hoc accidit, aut re integra, ubi postquam conventum fuit de communione instituenda, statim pœnituit partes, de quo *in §. uls. inf. quibus modis tollitur*, aut re non integra, post factam re aliter communionem. Et hoc modo interpositus dissensus in specie dicitur renuntiatio : Et hæc vel est mutua utrimque, vel ab alterutra parte tantum. Illa fit vel expresse, per verba sive nuncupata, sive literis consignata, de quo dubitari non possit, & probatur *in prin. h. tex. l. tamdiu. C. eod. l. a*[illegible] *ne. 65. §. 3. ff eod.* vel tacite & ipsis factis, si quis sociorum res suas separatim agere incipiat *l. ita* [illegible] *h. t.* Hæcitidem fit vel tacite & ipso facto, si nus actione pro socio in universum, ita ut hoc tendat ad dissolutionem contractus incipiat experiri *l. actiones. 65. in prin. h. t l. tamdiu. 5. C eod.* ua specialis actio pro socio etiam durāte societate datur, ut notant Dd. *in d. l. 5.* vel expresse & verbis. Utrumque rursus fit, vel tēpestive aut alias ex justa causa, *l. si convenerit. 14. cum ll seq. h. tit.* & omnino solvitur societas, ita ut nec actione pro socio ratione interesse alicujus possit socius convenire, sed omnino res exinde adquisitas sibi soli adquirat, *arg. dd. textuum*, aut intempestive. Et hic quoq; observādum speciale id & proprium esse huic contractui (sicut & fere mandato, de quo *tit seq.*) ut cum ab aliis contractibus invito altero recedi non possit, & quæcunque sunt invito voluntatis postea fiant necessitatis. *l sicut. 5. C. de oblig. & act.* tamē societas ita contrahi non possit, ut ne ab ea discedere liceat, & ut perpetuo quis in communione stare habeat necesse, licet enim ita conveniri possit societas & usque dum vivant *l. 1. h. tit.* tamen ea conventio hoc saltem operatur, ut ne lapsu quasi solius temporis finiatur : sed necessitate non obstringit socios ut ne discedere & divisionem petere possint. *d. l. 14. cum seqq h. tit.* Nimirum habet sua incommoda communio rerum, & solet parere causam contentionibus : & est iste non contractus, qui semel absolvatur, sed qui tractum habet temporis continuum, imo infinitæ & quotidie novæ emergunt obligationes, & dum ex causa communionis negotiandum est, & citra hoc quoque ex causa perceptorum fructuum, impensarum damnorum, propria

proprie ex quasi contractu *(de quo infra de oblig. q. ex con.)* nascuntur obligationes. Itaque si quis accuratius paulo rem expendat, videri possit nihil in hoc contractu esse speciale: quoniam in contractibus, qui uno actu absolvuntur, veluti est emptio, re non amplius integra, sed re tradita & precio soluto, cum & illa, & hoc fiat pleno jure in aliam translata, frustra quæritur de discedendo à contractu: re autem integra, notissima quæstio est, an venditor omnino rem tradere teneatur an præstando eo, quod interest, liberetur: utique potest facile adimere sibi ipsi facultatem rei amplius tradendæ, & ita, ut non nisi ad interesse conveniri possit. At in societate, postquam collatis bonis communio cepit, desiit quidem hactenus res integra, ut non stet amplius in termino nudæ conventionis: at cum quisque pro parte rerum in commune collatum maneat dominus, numquam simpliciter potest dici desisse res esse integra. Atque ita in locatione ad tempus, locator, qui manet dominus, ex causa justa etiam ante tempus inquilinũ excedere jubere potest: quin & si intempestive turbet eum, non nisi ad interesse convenire potest *l. si de fundo. 15. C. locati.* Accedit tamen in societate aliquid speciale à personalitate hujus contractus, & quotidianis novis emergentibus obligationibus, quibus ut invitus quis semper teneretur, admittendum non fuit: Quæ eadem ratio fecit, ut nec ex pacto defuncti de continuatione societas obligari possit hæres: nam hæres repræsentat defunctum, & omnium eorum nomine tenetur ex contractu, ob quæ defunctus ipse conveniri potuisset. At istud excedere visum fuit potestatem defuncti, ut hæredem (qui præsertim tempore contractæ societatis & pacti interpositi incerta persona est) posset obstringere ad novos contractus, & ut de novo contrahere cogeretur: neque enim ut dixi, societas contracta, continet unam speciem contractus, sed ex cujus causa infinitæ alii quotidie oriantur. Quæ sane perspicua hujus juris ratio est: ut nihil esset, cur tantopere hoc mirare. ur Faber, qui nec ullam aliam potest afferre rationem, quam quod hic à Legibus fuerit constitutus contractus, quod discordias pariat cõmunio ex *l. cum pater. 77. §. dulcissimis. 10. de legat. 2.* Sed jam ad textum nostrum redeamus; Diximus etiam intempestive à societate recedi & societati ex arbitrio renuntiari posse, ita ut alter socius hanc renuntiationem admittere teneatur, nec cogere socium possit, ut maneat in communione, sed ut maneat solum socio actio ad interesse, si quid ex renuntiatione tali damnum sentit (quod addẽdum est huic loco) aut si quid ea renuntiatione per dolum lucri socius captavit, ut hoc textu *vers. sed plane* perspicue explicatur: idque est, quod Jurisconsultus ait *in l. sed & 17. §. ult. h. tit.* societatis intempestivam renuntiationem in æstimationem venire: *& in l. actione. 65 §. diximus 3.* eum qui renũciaverit societati, à se liberare socios suos, se autem ab illis non liberare: quod nimirum eo pertinet, ut si quid lucri captaverit solus, id communicare, & si quid damni evitare voluerit, id tamen agnoscere cogatur.

In iis scilicet, quæ causam habuerunt ante renuntiationem: quæ enim post acciderunt, & quæ non captavit tamquam jure dissoluta societate obtinent *d. l. 65 §. 3. in fin.* & adeo ipsius solius sunt, *§. manet vers. si quid vero hic.* Et est ista pœna doli, ut quo ad præjudicium ipsius adhuc pro socio habeatur: non autem quo ad commodum: nam si quid post renuntiationem ex quacunque causa socio alteri obveniat, id ei, qui renuntiavit intempestive, non communicatur, quoniam itidem quo ad præjudicium ejus societas hactenus pro dissoluta habetur, *§. manet v. ei vero h. textu.* Atqui ita solvitur societas ex personis.

Ex rebus dicitur finiri dupliciter: tum finita negotiatione seu negotio, cujus gratia societas inita fuit, *§. Item si 6. h. t. l. actione. 65. §. item si. 10. ff. eod.* tum amissis iis quorum est communio, nimirum omnibus bonis: quod rursus contingit dupliciter. 1. Si ob delictũ bona damnati socii publicata fuerint. *§. publicatione. 7. h. t. l. verum 63. §. ult. eod.* cõsequenter adeo hic modus ad utrumque caput & membrum refertur, societatis dissolutæ, & ex personis & ex rebus. Et hanc publicationem, quæ accidit his, qui maximam aut mediam diminutionem capitis passi sunt, intelligi à Justin. inde apparet, quod ait sociũ, cui alius, & fiscus scilicet, succedat pro mortuo haberi. Et quid igitur, si socius relegatus fuerit? Cum hoc quoniam civis manet, societas constabit: neque horum bona solent publicari. *Li. & 4. de Interd. & relegat.* cæteroquin si id factum sit, solvetur societas: nihil autem prohibebit de novo cum tali inire societatem: sicut respondetur *hic in §. item si quis. 8.* in casu secundo quo ex rebus finitur societas, nimirum per cessionem bonorum alia post adquirere potest: *l. 5. de cess. bon.* sicut potest & relegatus, qui civis Romanus manet,

Quid

Quid si relegato pars bonorum adempta fuerit, siquidem societas fuerit omnium bonorum, itidem solvetur societas, & novo consensu opus erit, ut societas rursus efficiantur. Notum autem hoc, quod dicitur de societate dissoluenda ex rebus, procedit in socio, qui res & bona in societatem contulit: si enim tantum operam contulerit, & nihil hic mutatum sit, amissio bonorum non tollit societatem: nisi forte ob amissa bona ejus opera ignavior sit reddita exceptio utique casu deportationis: societas enim, nisi inter cives Romanos esse non potest.

TEXTUS.

3. Socius socio utrum eo nomine tantum teneatur pro socio actione, si quid dolo commiserit, sicut is, qui deponi apud se passus est, an etiam culpæ, id est desidiæ atque negligentiæ nomine, quæsitum est: prævaluit tamen, etiam culpæ nomine teneri eum. Culpa autem non ad diligentiã exactissimam dirigenda est: sufficit enim talem diligentiam communibus reb. adhibere socium, qualem solet suis reb. adhibere. Nam qui parum diligentem socium sibi adsumit, de se queri, sibique hoc imputare debet.

COMMENTARIUS.

1 *De culpa & diligentia quam socius præstat.*

IN societate utriusq; socii utilitatem, & commodum mutuum spectari certissimum est: & adeo juxta regulam *l. 5. §. 2. commod.* (ubi & nominatim hujus contractus mentio est) & dolus & culpa, nimirum levis quoque ab alterutro socio erit præstanda. Et quæ igitur fuit ratio dubitandi, (ut hoc §. proponitur) an ob dolum solum socius teneri debeat? An quia res communis quoque mea quodammodo est; ut proinde nihil videatur imputari posse socio, si negligenter tractavit communes res, cum suis quisque rebus vel abuti quoque & eas plane possit negligere. *l. in re. 21. Cod. Mandati.* An potius, quod uti subjungitur *in fin. hujus §.* quisq; de se queri debeat, quod negligentem sibi socium adscivit, cujus mores, si non noverat, cum eo societatem contrahere non debebat: sed potest & quis probabiliter existimare diligentiorem esse aut futurum, qui adsumitur in socium & multa sunt, quæ societatem suadere possunt.

Præterea cum societas desideret negotiationem quandam, quisquis socium se alteri facit, hoc ipso diligentiam quandam suæ pene videtur & quasi promittere. Et quod distinguit præcipue societatem à depositio, nullum ex hoc commodum depositarius sentit, sed sentit socius. Atque ita ratio *in fin §.* subjecta, quæ videbatur alias facere, ut socius de dolo tantum teneri debeat (nam eadem in depositio est usus post Jurisconsultum *in l. socius. 72. h. tit Inst. n. sub. tit. quib. modis re contr. obl. §. penult.*) subjicienda & explicanda est, quæ alias claudicaret. Neque tamen sic omnis scrupulus tollitur: nam cum hic expresse distinguatur depositarius à socio, & major diligentia ab hoc exigatur quam ab illo, depositarium tamen ita teneri de posita custodire ut rem suam, traditum est *in l. quod Nerva 32. ff. depos.* ubi Jurisconsultus ait eum non videri carere fraude, qui minus res depositas curat, quam res proprias. Et in quo igitur socius differet a depositario? Nemo hunc modum attingit, qui mihi tamen videtur difficilis. Dixi supra *ad § 2. quibus modis re contr. oblig.* dum leges requirunt mediam diligentiam v. c. à venditore, creditore & in contractibus, in quibus utriusq; spectatur commoditas, & talem omnino, qualis adhiberi rebus propriis, de ejusmodi esse diligentia exaudiẽda qualem paterfamil. in abstracto consideratus, & diligẽt ad vulgarem hominum modum *d. l. 32. depos.* adhibet rebus suis, non qualem aliquis paterfam. in individuo, valde nimirum ignavus & negligens rebus suis adhibet: hunc enim non excusari præterquam in depositio. Ergo siquidem recta societas contetur cum aliis contractibus, qui utriusq; utilitatem respiciũt, & siquid in socius à depositario separari debet, etiam à socio exigenda erit diligentia talis, qualem non ipse forte ignavus & socors præstat rebus suis, sed qualem diligẽs paterfamilias solet adhibere suis rebus.

Quod licet ratio ipsa suadeat, haud scio tamen an conveniat tum *huic §.* tum *d. l. 72. eod.* quippe in quibus non obscure persona socii hujus in concreto videatur considerari: quorsum enim alias illa ratio, quod de se queri debeat, qui negligentem adsumsit socium? Atque ita necdum apparet in quo differat socius à depositario. An forte, quod dicitur, de se queri debere socium, eo referimus, ut propter-

propterea non possit exigere à socio exactissimam diligentiam : ut paulo ante dixit Justinian. Et nimirum diligentia significat quid positivum , ut cum cura tractet res communes ; quod non facit, qui desesa & ignavus est : itaque cum consideramus socium ut curantem res suas , uti decet quosvis homines curare, æquiparatur ea diligentia & cura cum diligentia , quæ præstanda est rebus communibus. Atquin si per desidiam & ignaviam negligat res communes, licet etiam eadem desidia negligat res suas, non erit excusatus : erit autem depositarius , si juxta in rebus suis & depositis ignavus sit, & non tenebitur, si per ejusmodi ignaviam & desidiam res deposita perierit. Tum etiam nemo usque adeo ignavus est, ut non aliquando vulgari saltem diligentia res suas curet ad quam diligentiam æstimabimus eam , quæ requiritur in rebus communibus & in negotiis societatis. Atquin depositarium excusari dicimus, si ignaviter custodiat depositas, si modo aliquando in rebus suis eadem ignavia utatur modo non uno eodemq; tempore dum suas res curat, depositas negligat : quod sine dolo non caret.

uti si mandet tibi ut pecuniam sub usuris crederes ei, qui in rem ipsius mutuaretur: aut si volente te agere , cum eo ex fidejussoria causa, mandet tibi ut cum reo agas periculo mandantis, vel ut ipsius periculo stipuleris ab eo , quem tibi deleget, in id quod tibi debuerat. Aliena autem tantum causa intervenit mandatum, veluti si tibi aliquis mandet, ut Titii negotia gereres, velut Titio fundum emeres, vel ut pro Titio sponderes. Sua & aliena , veluti si de suis & Titii negotiis communibus gerendis tibi mandet: vel ut sibi & Titio fundum emeres, vel ut pro eo & Titio sponderes. Tua & aliena, veluti si tibi mandet, ut Titio sub usuris cederes: quia si sine usuris pecuniam crederes , gratia tantum aliena intercedit mandatum.

Ad Titulum XXVII.

LIBRI TERTII INSTITUTIONUM,

DE MANDATO.

TEXTUS.

Mandatum contrahitur quinque modis: sive sua tantum gratia aliquis tibi mandet, sive sua & tua, sive aliena tantum, sive sua & aliena, sive tua & aliena. At si mandatum tibi sit tua gratia tantum supervacuum est mandatum , & ob id nulla ex eo obligatio, nec mandati inter vos actio nascitur. Mandantis tantum gratia intervenit mandatum , veluti si quis tibi mandet, ut negotia ejus gereres, vel ut ei emeres fundum , vel ut pro eo sponderes. Tua & mandantis gratia: vel-

Commentarius.

1 *Mandati divisiones.*
2 *De specie mandati, aliena gratia tantum.*

SEquitur quarta species contractuum , qui consensu constant , Mandatum : quod est contractus , quo negotium alterius gratuito expediendum suscipitur : vel, quod redit eodem quo negotium alteri gratuito expediendum committitur : vel contractus, de negotio alterius gratuito expediendo: quandoquidem ut supra monuimus , perfectio horum contractuum in nudo consensu consistit, & ab implemento, in quo finis extremus consistit, differt.

Mandati divisiones† & fere ab objecto sunt variæ. 1. Mandatum vel est ad negotia judicialia, vel extrajudicialia. 2. Aliud est ad negotia universa aliud ad partem eorum vel etiam ad singulare aliquod negotium : & istud rursum in generale simplex , & cum libera potestate administrandi solet subdistingui: de quo aliquid diximus ad §. *nihil autem* 43. *sup. de rer. divis.* a

Hoc loco alia distinctio itidem ab objecto desumpta proponitur : quæ siquidem forma externa tantum mandandi consideretur, sextuplex , ex-

Digitized by Google

teroquin si effectum, & actionem mandati nascentem attendas, tantum est quintuplex: quoniam posterior species, ubi tua tantū gratia mandatum interponitur, incidit in speciem consilii: qua gratia etiam à reliquis speciebus separatur, *in §. seq. & in l. 1. h. tit.* quia, ut iis locis traditur non est obligatorium hoc genus mandati: ut ad *text. seq.* dicemus.

Porro & amplius cum omnes obligationes ei fini introductæ sint, ut unusquisque agat, quod sua interest, eoque alteri per alterum non quæratur actio *l. stipulatio §. alteri 17. de verborum obligationibus §. alteri 18. & §. seq supra de inutil. stipulat.* ideoqs ex speciebus quinque hoc textu propositis & per exempla declaratis, tertia & quinta species recipiunt dubitationem, cum nimirum, *aut aliena gratia tantum* aut *tua & aliena gratia simul* aliquid fieri mando: quoniam nihil mea interesse videtur, ut negotia aliena, sive alium tantum, sive simul alium & Te concernant: Nec vero mea quidquam interesse videtur, ut Titio negotia gerantur, vel ut ipsi fundus ematur, aut ut quis pro eo spondeat: quę sunt exempla *§. aliena tantum h. t.* nec adeo si id factum non sit, mihi mandati actio competet: qua actione negata, nec mandatum consistere potest. Hæc enim est quæ primo & principaliter nascitur ab initio statim ex mandato ut fiat, quod alter in se suscepit, aut interesse præstet: Quod si sua non interesse possit probare, qui mandavit, frustra aget per *l. si procurat. §. Mandati 6. h. t.* ubi ICtus ait, tum demum si interfit, & quatenus interfit, dari, si nihil interfit, cessare mandati actionem. Atquin, ut Titii negotia curentur, si Titium qua Titiū considero, & negotium tantum qua alienum, nihil mea interest: quomodo hoc sensu in *d. §. alteri. 18. sup. de inutil stipul.* nihil mea interesse ait Imp. ut Titio detur: Hoc fundamentum solidum est omnino, & ita ut fateri necessum sit ambigue dici, mandati aliena gratia, vel aliena & tua gratia: & quidem particula *tantum* videri possit excludere omnem sanam interpretationem: sed utique non potest sententia admitti, ex qua sequitur falsum & absurdum, & quę offendit principia juris. Itaq; dicendū est, dici mandatum tua gratia vel aliena tantum proximi, & immediati: qua mandatarius quod agit, alium respicit, non me ipsum mandantem: sed quod nihilominus necesse sit, ut primo mea quoq; interfit. Atque ad hanc rem sumenda sunt exempla ex *§. sed & si 19. de inutil stip. l stipulatio 38 §. si stipul. 20. & §. si quis 21, de verbor. obligat.* quibus ostenditur valere stipulationes ut alteri detur, si stipulantis interfit: ut maxime immediate in personam alterius stipulatio collata fuerit. Et ita si quis mandet ut ejus negotia curētur cui ipse mandati judicio tenebatur, dicemus juxta text. hunc mandatum fieri aliena gratia, sed ut nihilominus primo mea gratia mandatum intelligatur. Secundum quod membra ista recte explicanda sunt: ut tum mea tantum gratia mandatum dicatur, cum persona mea sola intervenit, ejusque tantum in mandato fit mentio: aliena autem gratia, ubi intervenit persona cujus negotium directo mandatum concernit, sed ut unquam mea persona penitus fit exclusa: quod postea in judicio ostendisse sufficiet, mea nimirum interesse: & ut actio teneat, sufficiet alterum mandatū in se suscepisse, utcunque illa an & quatenus mea interesset, ignoraverit. Et ita verbi causa, si Titio mandante mihi ut ejus negotia geram, & ego hoc susceperim, quoniam exinde ei teneor, recte tibi mando, ut negotia Titii geras: quod ut maxime videatur cōcernere Titium tantum, tamen mea id fieri quoq; interest. Nec male Accus. ad *l si remun. 6. §. si tibi 4. & in l. 2. §. aliena h. t.* notat, quod mandatum aliquod statim ab initio efficaciter constitit, & omnimodo actionem mandati produxit, quæ tamen ex accidenti forte elidi possit, *argum. l. 8. §. 6. h. t.* aliquod est in suspenso, an sic competitura mandati actio: veluti sic cum mea etiam non interesset, mandavero, ut Titio pecuniam credas: ubi quidem si nihil initio mea pecuniarie interfit, & tu Titio pecuniam non credideris, nulla mihi erit contra te efficax mandati actio. Quod si tu secutus mandatum meum, (neque enim necessum erat te explorare, an mea interesset) credidisti pecuniam, cum iniquum sit te decipi, ego ubi actione contraria mandati sum obligatus: & ob hoc ipsum, si tu non recte nec ex bona fide omnia egisti, mihi quoque contra te directa actio dari debet. Ex his commodissime explicatur *d. l. si remunerandi 6 §. 4. h. t.* ubi proponit ICtus mandasse me tibi quod mea non intererat. Nimirum, quod mea nō interesset ab initio & statim: vel quod mea nō interesse videbatur directo, cum mea persona non esset inserta mandato, licet alias primo mea interesset. Itaq; male *Balduin. in § 1. h. t. Hottomann. §. obs 10.* ibi expunxerunt negationem: quamvis eam in quibusdam codicibus desse Acc. ibidem notet. Ex quibus perspicuum est, non omnia membra quæ hic referuntur æqualiter esse species mandati:

mandati: & maxime poſtremum, ubi mandatur tua & aliena gratia: ſiquidem tua gratia quod ſit mandatum obligatorium non facit, ut docet §. *ſeq.* ideoque illam ſpeciem mandati ſuſtinet, quod aliena gratia mandatum eſt: & illud per accidens eſt, quod adjectum fuit mandato, ut pecunia crederetur ſub uſuris: quod etiam accidit in ſpecie ſecunda, ubi mea & tua gratia dicitur mandatum eſſe: ubi ejus mandati tria ponuntur exempla 1. ut cum aliquis in rem & in commodum meum eſſet acceptarus pecuniam, tu ei illam ſub uſuris crederes. Alterum eſt, ut cum reo principali potius agas, quam cum me, qui fidejuſſeram pro reo (nam olim omnino fideiuſſor poterat conveniri ante reum principalem.) & ut agat (in quo commodum tuum) periculo meo, ut ſcil. ſi quid ab eo conſequi non poſſis, me habea obligatum: & neceſſitas mandati hujus iſta fuit: quod alias ex ratione juris veteris (quod Interpp. hic non animadvertunt) convento rem liberabatur fideiuſſor *l. ult. Cod. de fidejuſſor.* (ubi hoc jus mutatur) & ergo mãdatum facit, ut liberatus fidejuſſor teneatur nova actione mandati. Tertium exẽplum eſt, Debeo tibi centum: ea obligatione cum liberari cupetem, rogavit ne ut ea ceptũ ſtipulareris à Titio, quẽ tibi in hoc delegavi. Et cum per delegationem ita fiat novatio, hacten9 meum commodum verſatur, quod ego à te liberor: ſed & tuum quod novũ conſequeris debitorem, & me quoque nihilominus ex mandato obligatum habes: cujus periculo ſtipulatus es, & utrumq; hoc exemplum extat in *l. ſi mãdavero 22. §. Interdum 2. & l. mandatu 45. §. pen. & ult. h. t.*

TEXTUS.

2. Tua tantum gratia intervenit mandatum: veluti ſi tibi mandem, ut pecunias tuas in emptiones potius prædiorum colloces, quam fœneres: vel ex diverſo, ut pecunias tuas fœneres potius, quam in emptiones prædiorum colloces. Cujus generis mandatum, magis conſilium eſt, quam mandatum, & ob id non eſt obligatorium: quia nemo mandati ex conſilio obligatur, etiamſi non expediat ei cui mandabatur: cum cuique liberum ſit apud ſe explorare, an conſilium ſibi expediat. Itaq; ſi otioſam pecuniã, domi te habentẽ hortatus fuerit aliquis, ut aliquam rem emeres, vel eam crederes, quãvis non expediat tibi eã emiſſe, vel credidiſſe, non tamen tibi mandati tenetur. Et adeo hæc ita ſunt, ut queſitum ſit, an mandati teneatur, qui mandavit tibi, ut pecuniam Titio fœnerares: ſed obtinuit Sabini ſententia, obligatorium eſſe mandatum in hoc caſu: quia non aliter Titio credidiſſes, quam ſi tibi mandatum eſſet.

COMMENTARIUS.

1 *Conſilium an obligat.*

2 *Caſus quo mandatum contrahitur, ubi mea non intereſt & actio contraria datur, ubi non eſt locus directæ, nec eſſe poteſt.*

HAnc ſpeciẽ ipſe in *prin. hujus tit.* removit à reliquis, imo mandati ſpeciem eſſe negavit, ſicut & ICtus in *l. 1. in princ. h. t.* qui tamen itidem *in §. ultim.* ubi hic Juſtin. refert hoc, quod tantum externa forma, & nomine tenus mandatum dici poteſt, cum nulla inde naſcatur obligatio: quoniam ut Juſtin. ait, eſt magis conſilium quam mandatum, neq; ex conſilio quis † obligatur quoniam qui 1 conſilium dat, fidem præſtare non eventum debet. Et ceſſant hic rationes quæ mandatum faciunt, ubi aliena gratia mandatum quid eſt, ut ad *§. prec.* explicavimus: neque enim intereſſe poteſt mea revera, ut tu conſilium meum ſequaris. Hoc ita conſilio ſimplici, & quod in terminis conſilii conſiſtit. Itaque ſecus ſi mandando impuli & feci, ut quis quid faceret, quod alias facturus nõ fuiſſet, ſed ille fidem meam ſecutus eſt, idque omnimodo ubi mea ſimul intererat id fieri, & ex facto illo recta aliis oneribus qui fecit implicaretur: veluti ſi ego creditor defuncti, mandavero hæredi ut adiret hæreditatẽ, quoniam mea inter erat eſſe hæredem quem convenire poſſem *l. ſi hæreditatem 32. in f. h. t.* Sed & amplius licet mea ita non interſit, ſi tamen ſuaſu nõ ſimplici ſed impulſu meo feciſſes, quod alias facturus non fuiſſes, cõtrahi mandati obligationẽ reſponſum eſt in *l. ſi remun. 6. §. plane, 5. h. t.* qui ita cum hoc §. componi ſolet: quamvis Faber diſtinguat, an quis verbo conſulendi an mandandi mus fuerit. Et ſane ſi appareat quem citra dolum conſuluiſſe tantum, ſumma ratio ſuadet eum nõ teneri,

uteunque alter illius consilium secutus fuerit, quod alias facturus non fuisset : Sed Justinian.hic non tam videtur verborum differentiam spectasse, quam hoc quod tua tantum gratia aliquid mandatum fuit,nam ipsum hoc mandatum revera tantum consilium esse constituit & affirmat:sed ubi quis hærentem & dubitantem imo quasi reluctantem perpellit,ut aliquid faciat, licet consulendi tãtum verbo usus fuerit, bona fides suadet, ut eo nomine teneri debeat. Ex quo observandum est ad ea quæ dixi ad text.præced.aliquando obligationem contrahi mandati, etiam si mea plane non interfit, nec ego umquam mandati actione directa uti possim : quod accidit, ubi ita excedendo terminos consilii, suasu meo ad aliquid faciendum impuli alium quod alias facturus non fuisset , & ex quo damnum sensit : quoniam scil.hoc totum æstimatur ex bona fide,&nequisita† decipiatur. Quod summopere notandum est pro exceptione , & quod aliquando mandatum contrahatur,ubi nihil interest mandantis : itemque, quod magis singulare est,ut mandati actio contraria sola sit, ubi nulla est directa. Et huc facit , quod ICtus scribit in *dict. leg.* 32. *h. t.* fere quibus causis fideiussioni locus est,etiam obligationem mandati contrahi:certum autem est,eum cujus nihil interest,posse fidejubere. Idque omnimodo procedit, si consilium non sit indefinitum, verbi causa , ut pecuniam fœneres, sed directum ad personam certam, veluti ut Titio fœneres pecuniam quo casu mandati me teneri ex sententia Sabini in *fin. hujus* §.scribit Justinianus. At enim videtur ibi nec ratio dubitandi fuisse: Nam cum ipse Justin.in *fin.*§. hujus ponat, mandasse me ut Titio pecuniam fœnerares , non jam tua tantum gratia mandatum videtur , sed aliena & Titii gratia atque incidit in speciem mandati in §.*aliena sup. h.t.* ubi hãc ipsam speciem ponit Justinian.si mandavi,ut Titii negotia gereres, & c. Idem enim est, ut Titio pecuniam fœneres : sicut in §. *tua & aliena* ponitur ea species , ut Titio sub usuris pecuniam credas, id est, fœneres:atque ita hæc species quæ proponitur in §.*in fin.* incidet in speciem mandati, quod vel aliena tantum, vel tua & aliena gratia interpositum est : & proinde non recte refertur *h.* §. sub mandatum tua gratia tantum. Nemo hoc movet, quod tamen scrupulo non caret : siquidem enim non dubitatum fuit , quin mandatum contraheretur tua & aliena, vel aliena gratia tantum,cur dubitatum fuit, an contraheretur mandatum , si ut Titio pecuniam fœnerares, mandavi? Nihil habeo quod dicam , quam videri Justin. *h.* §.abusum verbo mandandi pro consulendi : *ut h.*§ *in fin.* procedat , ubi adparet me tantum suasisse, citra animum me obligandi, ut Titio fœnerares pecuniam,quod illud in rem tuam esse & Titium locupletem esse putarem cum alias ut Titio pecunia crederetur nihil penitus mea interesset. Hic enim licet ratio juris videatur denegasse actionem mandati , per notata ad §.*præced.* tamen quia ego expressi personam, quam tu affirmationem meam secutus idoneam & solvendo esse putasti,non si æquum te quodammodo decipi ex mea affirmatione. Extra hos casus,non obligatur consulens ex consilio quod dedit , si modo abfuerit dolus, per *l.quod si* 8.*de dolo malo.*&*l.*2. *de proxeneticis l.consilii* 47 *de R.I.* & ita non ex consilio sed ex delicto tenetur *fac.l.cum leg.*13.*l.cum quis* 31.*de dolo malo* alius nec qui affirmat simpliciter qué idoneum esse citra mandatum decredendo,tenetur *d.l.*2.*& l.*7.§.*ult.de dolo malo.*

Tractant hic quoque Interpp. & in §. *omnis infr.de action.ubi Inst.num.* 3. an in delictis quis ex consilio obligetur.Et quidem objectum consultationis quę est adjunctũ prudentiæ sunt τὰ πρακτὰ res honestæ &licitæ, ut docet *Aristot.*3.*&* 6. *libb. Ethic.* itaque in veram consultationem non cadunt delicta. Sed propter dolum fit, consulens (sicut & mandans *de quo* §.*seq.* teneatur illi,cui damnum datum est , non autem ei qui improbum consilium,quod ipsum in speciem delicti cadit, secutus est, cum id per LL.facere non liceret,de quo agemus plurib.in f.in§. *Interdũ* 11. *de obl.quæ ex del.*

TEXTUS.

3.Illud quoque mandatum non est obligatorium, quod contra mores bonos est: veluti si Titius de furto aut de damno faciendo,aut de injuria facienda mandet tibi:licet enim pœnam istius facti nomine præstiteris, non tamen ullam habes adversus Titium actionem.

COMMENTARIUS.

HOc commune est omnibus obligationibus, ut in eas turpia& quæ sunt contra bonos mores,inutiliter deducantur§.*quod turpi sup. de inut. stipulat.* Ergo nec hæc veniunt in mandatum. Et inepta obiectio est ex *l.*3.§. *nec non* 6. *de in rem verso.* Credidi servo Titii , mutua decem : ea servus converit

Digitized by Google

verit in turpes uſus domini, hoc ita volente: cenſentur in rem domini verſa, ut teneat actio de in rem verſo, quoniam domini voluntate in hos uſus converſa pecunia eſt: in cuius prætudicium perinde habetur, ac ſi pecunia, utiliter collata fuiſſet. Itaque minime ponendum eſt, quod ego pecuniam nominatim in eos uſus turpes erediderim. Ita autem mandatum de faciendo turpia nullum dicitur, ut inde nulla civilis hinc inde naſcatur actio, id eſt, ut nec qui mandavit ad implendum, aut eo quod factum non ſit, ad intereſſe directa actione experiri poſſit: (cum nec quiſquam niſi improbi hic intereſſe prætendere poſſit) nec ſi implevent mandatarius, contraria valeat agere contra mandantem, ſi quod inde damni ſenſit, & pœnam præſtitit h. §. quippe cum ad implendū aut ad intereſſe conveniri non poſſet, ſibi, quod fecit, imputet, & cum iure nullum eſſet mandatum, ipſe delicti proprii pœnam præſtitiſſe intelligitur, ita ut nihil mandatum alterius eum revelare poſſit *l. non ſolum* 11. §. *ſi mandatu* 3. *de iniuriis l. nō ideo* 5. *C. de accuſat.* cum nec ſervis quidē qui mandatu domini deliquerunt, in atrocioribus & iure naturæ gentiumque prohibitis ignoſcatur: & illi hactenus inſſis dominorum pātere non debeant *Ludea* 157. *de Reg. Iur. l. Lucius qui* 11. §. *an ignoſcit.* 7. *quod vi aut clam l. ſervus* 20. *de oblig. & act. l. ſimul* 21. §. 1. *ubi Accurſ. rer. amot.* Viciſſim, quia exempli peſſimi res eſt, mandare delictum, ipſe qui mandavit quoque perpetrato delicto, perinde ut ipſe delinquens punitur *d. l.* 11. §. 3. *de iniuriis l. nihil* 15. §. 1. *ad L. Cornel. de Sicar l. pen. C. ſi reus vel accuſ.* Perpetrato ſcilicet delicto: alias quia res mali exempli eſt, extra ordinem poſſit coerceri: de qua re & quatenus delicto non perpetrato quis teneatur, ob voluntatem & conatum, latior tractatus eſt, quam ut hic explicari poſſit aut debeat. Ergo mandans tamquam ex delicto punitur, licet mandatarius nullam habeat adverſus ipſum actionem juxta *h. §. in fin.* De inutilitate turpis mandati ſunt textus *in l. ſi rerum* 6. §. 3. *l. ſi vero* 12. §. *ſi adoleſcens* 11. *h. t. l. ſi contra* 10. *C. eod. l. ſi mandavero* 22. §. *qui eodem* 6. *h. t.* & præterquam quod iſta pro impoſſibilibus habentur, dolus utrimq; non patitur bonæ fidei contractum ſubſiſtere *l. domum* 57. §. *ult. de contr. empt.*

TEXTUS.

4. Is qui exequitur mandatum, non debet excedere fines mandati: ut ecce ſi quis uſque ad centum aureos mandaverit tibi ut fundum emeres, vel ut pro Titio ſponderes: neque pluris emere debes, neque in ampliorem ſummam fidejubere: alioqui cum eo non habebis mandati actionem: adeo quidem ut Sabino & Caſſio placuerit, etiamſi uſque ad centum aureos cum eo agere volueris, inutiliter te acturum. Sed diverſæ ſcholæ autores, recte uſque ad aureos centum te exiſtimant acturum: quæ ſententia ſane benignior eſt. Quod ſi minoris emeris, habebis ſcilicet cum eo actionem mandati: quia qui mandat ut ſibi fundus centum aureorum emeretur, is utique mandaſſe intelligitur, ut minoris, ſi poſſet, emeretur.

COMMENTARIUS.

1 *An ultra fines mandati, competat ſaltem actio negotiorum geſti.*

FInis mandati ſunt cuſtodiendi *l. 5. in princip. h. tit.* quoniam mandatum ſuſcipitur ſolus mandantis gratia, cui adeo mandatarium hic officium præſtare & quaſi ſervire oportet, ſiquidem mandantis eſt præſcribere, quid & quomodo fieri velit: quod qui faciendum ſuſcipit hoc ipſo ſe ad id & eodem modo peragēdum obſtringit. Hinc tractata eſt quæſtio, ſi fundum quem mandaveram emi 100. aureis, tum emeris 120. aureis, an aliqua eo nomine tibi competat actio. Et refertur Sabini & Caſſii ſententia *h. §. & l. 3. §. ultim. eod.* non poſſe te agere nec in centum quidem: cujus opinionis in *d. §. ultim.* quæ afferuntur rationes, 1. quod qui aliud facit quam quod mandatum eſt, non habeat mandati actionem: hic autem qui pluris emit, aliud feciſſe videatur. Sed nimirum in hoc argumento aſſumptum falſum eſt; & cum in ſumma majori inſit minor, qui fundum emit 120. aureis, eum quoq; emiſſe 100. aureis, & hactenus non aliud, ſed quod mandatum eſt, fecit, & quidni igitur hactenus poſſit agere mandati? Altera ratio eſt, ſi mihi non competit mandati actio cōtra te qui exceſſiſti fines mandati: ergo nec tibi debebit competere adverſus me: ne alias claudicet contractus mandati: Atqui hoc caſu non competit mihi actio contra te. Ergo &c. Aſſumptum ponitur in *d. l. 3. §. ult.* his verbis: *nam iniquum eſt non eſſe mihi cum illo* actio-

actionem si nolit: illi vero si velit, mecum esse. ubi tamen objicitur *L. potest 41. h.t.* ubi in his ipsis terminis utrumque contrarium respondet. Jurisconsultus, nimirum ei qui egressus est fines mandati, actionem contra me non esse, sed me posse agere contra eum. Respondendum est, vel quod ita quidem Cassius & Sabinus disputaverint, eorum autem disputatio improbata & falsa habita fuerit: vel potius, quod in *l. §. ult. h. tit.* intelligatur, nō posse me agere ut fundus tradatur mihi pro 110. aureis quibus jusserū eum emi: & ideo nec debere agere posse mandatarium, ut ego fundum recipere pro tot aureis cogeret. In quo ita explicatio argumento vitium perspicuum deprehenditur: quoniam ut pro precio quod definivi, fundum recipiā ego, remittente residuum meo procuratore, nihil penitus iniqui sapit aut habet: cum nihil habeam quod objicere agenti possim: cum remissio eo quod excedit, perinde sit, ac si fundus pro centum aureis emptus fuisset: & cum nemo præsumatur jactare suam pecuniam, fundus in dubio pluris præsumetur esse, & tanti quanti emptus fuit, ut gratulari mihi debeam, si fundum emptum 110. aureis consequar pro aureis centum. Et merito igitur placuit Proculi sententia, qui dedit actionem in summam mandato expressam. Et hoc tam perspicue ostendunt hi extus *in l. 3. §. ult & l. seq. h.t. & h. §.* ut miter potuisse probari olim Martino, & post eum Fabro hic tam absurdam opinionem, quod etiam ultra summam illam & in solidum utili actione negot. gestorum experiri mandatarius possit: si quidem ita manifesto injuria fieri mandanti, qui ultra expendi non voluit: & daretur occasio per improbitatem aut malignitatem excedendi fines mandati: Et vero quid mea interesse potest, an actione mandati an negotiorum gest. conventus solidum exsolvere cogar quod tu expendisti: cum & hæc actio sit bonæ fidei: neq; hic & in *d.l. 3. & 4.* in verbis lusisse, & debis tantum respondisse Justin. & JCti credendi sunt. Accedit, quod Accitat. ex *l. ult. Cod. de negot. gest.* nō dari neg. gest. actionem ei qui vetante me alicui quid fecit: vetare autem intelligor ne quid ultra fiat, dum summā mandato exprimo. Prætexit tamen Faber æquitatem, & his utitur rationibus 1. quod tantum tertioris ante citatis agetur actio mandati: ergo dari posse aliam actionem. 2. quod qui aliena negotia gerit sine mandato, habeat negot. gest. actionē: & quatenus excessit fines mandati procurator, videri instar negot. gestorit. 3. iniquum esse ait, ut alter cum damno meo lucrum ferat: & nimirum fundum quem ego emi pro 120. aureis, pro 100. aureis habeat. Sed non difficilis est ad ista responsio. Et ad 1. ineptum fore Jurisconsultum, si negata actione mandati daret eam quæ eiusdē sit potestatis: & ob id non tantum negatam intelligi debere mandati actionem, sed omnem, qua finem eundem procurator consequatur: neque mentionem alterius quam mandati actionis JCtus facere debuit, aut vero potuit, cum de mandato tractaret; neque extra termino mandati locum repenat hæc tractatio. Ad 2. locum esse negot. gest. actioni, ubi nihil actum gestumve est contra vel præter mentem, & vel expressam sive etiam verisimilem voluntatem ejus, ad quem negotium spectat: atquin qui circum scripsit certos limites mandato, fieri ultra sane noluit. Ad 3. Resp. vel quod imputare sibi debeat, qui sua culpa damnum sentit: vel potius actionem hactenus negari mandatario, ne fundum tanti quanti emptus est mandans recipere cogatur: cæterum si mandans ad fundum tradendum actione mandati directa agat, procul dubio defendetur exceptione mandatarius, ut fundum nisi integro sibi pretio soluto, quod ipse expendit, tradere non cogatur. Atq; hæc ad istum §. nam quod in fine habetur, si fundus minora tempus sit, haud eget explicatione.

Et ex hoc textu argumentum sumi possit ad politicam quæstionem, an Legatus, vel qui alias mandatum à Republ. vel magistratu habet, præter & extra mandati terminos aliquid facere possit. Et recte monet *Gellius 1. noct.* 13. varias circumstantias hic considerandas esse, ingenium personæ mandantis &c. sed forte statum Reipubl. sed & personam mandatari: itemque utilitatem & commodum quod speratur, an certum sit necne: Utilitas plane Reip. summa Lex esse debet: & ubi occasio effertur, nec consuli Respubl. potest, quæ si talia quid prævidisset, procul dubio id mandatum fuisset, boni civis est uti occasione. Et mihi probari videtur, quod referēte *Xenoph. 5. hist. Græc.* Agesilaus cēsuit: cū accusaretur Phœbidas, quod injussu Reip. & præter mandatum (justis autem erat inferre bellū Olenthiis) arcem Cadmeam occupasset dixit Agesilaus εἰ μὴ βλαβερὰ τῇ λακεδαίμονι πεπραχὼς εἴη, δίκαιος & εἴη ζημιᾶσθαι· εἰ δὲ ἀγαθὰ, ἀρχαῖον εἶναι νόμιμον, ἐξεῖναι τὰ τοιαῦτα ἀνδρὶ διαξεν. Sed nō licet pluribus hic excurrere. Plane autē improbandum censeo, quod Crassum fecisse refert *Gell. d.c. 13. in fin.* quod flagris castigaverit architectum,

ctum, qui iussus afferre trabem maiorem ad conficiendum arietem quassandis muris, attulit minorem, quem aptiorem & commodiorem ex arte ei fieri sciebat.

TEXTUS.

5. Recte quoque mandatum contractum, si dum adhuc integra res sit, revocatum fuerit, evanescit. Item si integro adhuc mandato mors alterutrius interveniat, id est, vel ejus qui mandaverit, vel illius qui mandatum susceperit, solvitur mandatum. Sed utilitatis causa receptum est, si eo mortuo, qui tibi mandaverat, tu ignorans decessisse eum, executus fueris mandatum, te agere mandati posse: alioqui justa ignorantia & probabilis tibi adferret damnum. Et huic simile est quod placuit, si debitores manumisso dispensatore Titii, per ignorātiam, liberto solverint, liberari eos: cum alioqui stricta juris ratione non possent liberari, quia alii solvissent, quam cui solvere debuerint. Mandatum non suscipere cuilibet liberum est: susceptum autem consummandum est, aut quam primum renuntiandum, ut persemetipsum aut per alium eandem rem mandator exsequatur. Nam nisi ita renunciatur, ut integra causa mandatori reservetur eandem rem explicandi, nihilominus mandati actio locum habet: nisi justa causa intercesserit aut renuntiandi, aut intempestive renuntiandi.

COMMENTARIUS.

1 *Mandatum quomodo finiatur morte mandantis.*

2 *Ad L. 12. §. ult. Mandati.*

1 MOdos finiendi † mandati hoc contextu propositos, simul tractare placet. Et nimirū mandato finiendo causa præbetur, vel ex persona utriusque & mutua voluntate & consensu, quæ res dubium non habet, & pertinet ad *§. ult. infr. tit. ultim. h. libro*: vel ex persona alterutrius, qua mandantis qua mandatarii. Ex persona mandantis finitur 1. morte ejus, & hoc omnimodo sive res sit integra adhuc sive non amplius integra: cæteroquin alias interest inter hæc duo. Et priori nimirum casu ubi res adhuc est integra, cum voluntas morte finiatur, hæres non potest agere ut fiat quod defunctus fieri mandavit, quippe cum mandatum morte solvi dicatur *h. text. vers. Item si & l. mādatum 25. C. h. t. l. inter 26. in pr. h. t. l. ult. de solution.* Ex adverso nec mandatarius & ex eadem ratione amplius mādatum exsequi potest, & si id fecerit, nullam habet actionem contra hæredem defuncti *d. l. 26. & l. seq. §. 3. h. t.* quod ipsum evidentissime probat, mandatarium, ut impleat mandatum, vel ut in re esse præstet, per mandantis hæredem conveniri non posse. Et cum tamen ius iam ex contractu, & mandato quæsitum fuerit defuncto, videatur id transmissum in hæredem, cujus & interesse præsumitur non minus quam defuncti. An hoc ita receptum, quod, ut dixi, pendet mandatum à mandantis voluntate, qui ut mox dicemus id pro lubitu revocare potest, voluntas autem morte finitur *l. 4. Locati cum similib.* An, quia forte illis hæres non æque voluisse illud factum, quod voluit defunctus, ut merito liber debuerit esse hæres ab obligatione illa, qui & factum illud per alium forte explicari mallet. Quod si enim mandatarius iure obstrictus fuisset hæredi, utique etiam eo non consulto factum sibi mandatum exsequi potuisset. An hęc deniq; ratio est, quod ut *Cicero pro Sext. Roscio* d. sputat, amicis fere mandamus, quæ fieri volumus, & qui gratuitum officium sine ullo lucro in gratiam amici suscipit, id amico soli non hæredi, quin amicitiam non succedit, tribuisse intelligitur: quem adeo non æquum sit obligatum esse hæredi. Objicitur † autem *l. si vero 12. §. ult. cum leg. seq. h. t.* quibus probatur mandatum posse porrigi ultra mortem, ita ut hæres mandati agere possit. An durat mandatum post mortem si expresse post tempus mortis collatum sit? At quin in *d. l. ult. de solut.* negatur posse solvi ei cui post mortem meam solvi jussi, ex hac ratione, quod mandatum morte solvatur. An oporteat id genus mandan esse, quod non nisi post mortem impleri possit? velut in *d. l. 12. §. ult. h. t.* ut monumentum mihi fiat: quæ magis est communis explicatio Doctorum: ubi tamen rursus restitit *l. etsi 14. §. si cui de religios.* ubi in simili ne-te mandati, si factum non sit, ad actionem doli recur-

recurritur, quod argumentum est, ordinariam actionem deficere, quæ scilicet ubicunque locum habet, actio doli cessat: Vix habeo quod dicam, quam quod aliquibus placet, actionem mandati, qua & ipsa ubi dolus arguitur, famosa est, cum actione doli concurrere posse: de quo alibi tractatur. Illud autem notandum, exceptionem esse in *dict. leg.* 12. §. *ultim. D. Mandati*, ad notissimam illam propositionem & receptam jure veteri regulam, de qua egimus in §. *post mortem pen. supr. de legation. & in* § *post mortem* 11. *de inutil. stipulat.* actiones non posse incipere ab hæredibus & in hæredes: utique enim actio incipit in persona hæredis in *dict. leg.* 12. §. *ultim. D. h. titul.* & siquidem admittendum fuit ejusmodi mandatum, etiam admittenda fuit necessario hæc exceptio, cum non possit fieri, ut istæ de quibus ibi tractatur obligationes, ut funus curetur, ut monumentum fiat, incipiant in persona defuncti, & ab hoc in hæredes transmittantur. Atque hæc de priori membro quo mandans re integra adhuc defunctus est: quo nimirum ipso jure solvitur mandatum, & nulla actio competit mandatario, si post mandatoris mortem exsequutus fuerit mandatum. Sed æquitas & ut Justinian. in nostro textu ait, utilitas suasit, succurri mandatario, si ignorans quod mandator obierit, aut ceperit, aut etiam impleverit mandatum: itaque exceptio quæ hic competit hæredi summo jure, elidetur explicatione justæ ignorantiæ, ne decipiatur, qui bona fide officium implevit, *h. text. vers. sed utilitatis l. inter* 26. *in princ. l. si prac.* 58. *in princ. h. titul.* idque Justinian. *dict. loco vers. & huic.* Illustrat simili, si creditores mandantis, solverint dispensatori ejus post revocatum mandatum, quod nimirum eos excuset justa ignorantia finiti mandati. Itaque justa ignorantia & æquitas facit, ut quasi adhuc durare videatur mandatum, aut utique actio mandati, ut disputat Jurisconsultus in *l. si prat.* 58. *in princip. h. titul.* quamvis forte non valde subtiliter: cum negato penitus mandato, nec actio ex eo quod post mortem gestum est locum habere possit. Possit tentari idem, si mandatarius sciens obiisse mandatorem, errore aliquo putarit incumbere sibi necessitatem implendi mandati; ut actio huic accommodetur ex æquitate, argum. ejus quod de hæredibus mandatoris responsum est in *l. mandatum* 57. *Mandati*: nam nec error juris nocere solet, ubi de damno vitando agitur. Sequitur alter casus, ubi re non amplius integra obiit mandans. Et hic ratione ejus quod vivente adhuc mandante gestum est, constat utrimque esse actionem: An autem mandatarius sciens quoque decessisse mandantem, potuit implere mandatum, si quid forte ei absolvendo adhuc desit? Et ratio suadet ut distinguamus an quæ supersunt agenda, cum prioribus sint connexa nec ne: ut illa mandatarius implere possit, quin & debeat, argum. eorum quæ statim dicemus de casu mandatoris mortui. Nihil autem huc pertinet, quod affertur ex *l. si quis* 17. §. *si impubes* 2. *de instit. action.* nam & mandatum istud generale, & propter utilitatem promiscui usus, quo quis rebus suis & tabernæ præposuit institorem, placuit, morte præponentis non finiri, sed opus esse revocatione hæredis. Et frustra Dd. objiciunt *l. cum qui* 41. *in pr. de reb. cred.* siquidem ibi propter mutatam conditionem personæ ex verisimili mente præponentis mandatum intelligitur esse revocatum. Sit primus modus est, quo ex persona mandatis mandatum finitur: Mors mandantis.

Alter modus principalis est, Revocatio mandati: quæ distingui potest ut alia dicatur tacita alia expressa. Tacita inducitur ex mutatione personæ: *argum. h. text. vers. & huic iunct. l. cum qui* 41. *in prin. de reb. cred.* veluti si manumissus sit, quē dominus præposuerat recipiendis pecuniis: quo facto amplius ei solvi non potest: cum videatur novus homo & alius, ut ait Justin. *in d. vers.* quo exemplo (nam in personam servi proprie mandatum non cadit) dixerim idem, si cui mandatum dederam de exigendis pecuniis & recipiendis, fuerit in alium statum deductus, ut vero simile sit mandatorem nolle jam amplius ei pecuniam solvi; arg. ejus, quod de adjecto solutionis causa, qui instar procuratoris est *§. si quis alii supr. de inutil. stipul.* respondit Africanus *in l. cum quis* 38. *in princ. de solutionib.* Revocatio expressa vel fit re integra (libet enim huic speciei sujicere istam subdivisionem) vel re non amplius integra: id est, postquam mandatarius negotium exequi cepit. Priori casu, ut Justinianus ait, mandatum evanescit, *h. textu in princip.* nec enim ullum interesse potest prætendere mandatarius, cum mandatum sit gratuitum & mandantis gratia suscipiatur: ut inepte objiciatur, ex *l. sicut.* § *Cod. de obligat. & action.* contractus imo voluntatis post necessitatis esse: siquidem id non aliter potest obtinere, quam ubi utrique vel alterutri jus est ex contractu & obligatione quæsitum: atquin mandatario nullum jus est quæsitum. Re non integra, si revocatio sit secuta, hactenus qui-

quidem ſolvitur mandatum, ut ultra progredi nequeat mandatarius, ſed ex antegeſto competit utique actio: itaque ſignanter Juſtinian. *in pr. h. textus*, per revocationem, quæ ſecuta eſt re integra, mandatum *Evaneſcere* ait: nam ubi res non amplius integra eſt, mandatum evaneſcere dici non poteſt. Quod ſi revocato mandato procurator aliquid egerit, eo nomine actionem non habebit: nimirum, ſi revocatio ſit expreſſa: ſicut & ita obtinet, ubi aliàs mandatum finitum eſt, veluti morte, ſi ſciens hoc mandatarius quid fecerit *l. hoc iure*, 19. *§ ſi quis. in fin. de notat.* veluti ſi pecuniam quis dederit Titio ut eam traderet Seio, cui donatum volebat, quamvis & hoc caſu licet ignorans defunctum Titium, ſolverit, non fiat pecunia Seii, *l.* 2. *§. ſed ſi* 6. *de donat.* quoniam mandatum ſolutum eſt. Cæteroquin ſi quis v. c. emere juſſerit, licet procurator verus mandato revocato, aut morte finito, contrahat, ſciens mortuum eſſe, actionem quidem mandati non habebit, ſed actus omnino ſubſiſtit, quia in ſuam perſonam contrahit verus procurator: licet jam non id fecerit, ut procurator: ſed tamquam nomine ſuo. Neque hic obſtat *l. ſi pœnituit.* 7. *de divort. l. ſi quis.* 25. *§. pœnult. de acq. har.* quoniã ibi agitur de facto mere perſonali, & in quo alter non niſi miniſtri partibus fungitur, & de adquirendo ipſi mandanti, itaque etiam impeditur actus, ob nudam pœnitentiam, licet cui mandatum eſt, mutatam voluntatem ignoret *dd. textib.* Hæc de perſona mandantis.

Ex perſona mandatarii finitur mandatum, itidem 1. morte ejus? quoniam electa eſt induſtria perſonæ, ut proinde obligatio in hæredem non tranſeat; idque ſive re integra mortuus ſit mandatarius, ſive re non integra: nam & hic intercedit mandatum, *l. mandatum.* 57. *h. titul.* ut proinde hæredes mandatarii, nec ceptum negotium perficere poſſint, per *d. l.* 57. ubi ignoſcitur tamen hæredibus & eis actio conceditur, ſi juſto errore negotium à defuncto ſuſceptum perfecerunt: quinimo ſi res connexionem habeat, videantur teneri quoque hæredes, ut eam abſolvant, quemadmodum hæredes tutorum teneri videntur, eo argumento, quod tutor ipſe & poſt pubertatem finita tutela, tamen quæ connexa ſunt, perficere debet, *l. ita. 3. §. ſi tutor, 5. de adminiſtr. tut l. ſi tutor.* 13 *de tutel. & rat. diſtr. l. tutor.* 11. *C. arbitr. tut. tutorem.* 37. *§. 1. de adminiſt. tut. l. 1. § l. pen. de contr. tut. act.* Illud conſtat, de eo, quod geſſit mandatarius defunctus, utrimque eſſe actionem, idque eſt, quod ait Juriſconſultus *in l. ſi præced.* 58. *in princ. ff. h. titul.* mandatum quidem ſolvi morte mandatarii, ſed non actionem mandati & *in Linter* 26. *in princ. eod.* licet mandatum morte ſolvatur, durare tamen aliquando obligationem.

Alter modus quo ex perſona procuratoris finitur mandatum, eſt renuntiatio; Quæ ſit aut tempeſtive cum nihil intereſt mandantis, aut hic rem æque per alium explicare poteſt: aut intempeſtive, cum jam intereſt mandantis & per hunc impleri æque commode non poteſt negotium. Illo caſu omnino ſolvitur mandatum, ut tamen ſi quid geſtum ſit eo nomine utrimque actio detur. Hoc caſu, aut ſit renuntiatio ex juſta cauſa, aut ex non juſta. Illic itidem finitur mandatum, (ſalva actione pro ante geſto) ut probat hic textus *verſ. nam niſi*, ubi ex juſta cauſa, etiam intempeſtivæ renuntiationi locum facit Juſtinianus, & plenius explicatur *in l. ſi mandavero.* 22. *§. ultim. cum legib. ſeqq. h. t.* Intempeſtiva nimirum dicitur renuntiatio reſpectu mandãtis, nam, qui juſtam cauſam habet mãdatarius, ſui reſpectu renuntiat tempeſtive. Hic autem ſi cauſa ſit injuſta, tenetur mandatarius, *ex textu §. mandatum & d. l* 22. *§. ult. & l ſi quis* 27. *§.* 2. *h. t.* nimirum ad intereſſe: nam ut omnino & præciſe faciat, conveniri non poteſt, cum hęc ſi ex numero obligationum faciendi, in quas ſuccedit intereſſe, *l.* 13. *§.* 1. *de re jud.*

TEXTUS.

6. Mandatum & in diem differri; & ſub conditione fieri poteſt.

COMMENTARIUS.

IAm ſæpe monuimus, id eſſe commune omnibus obligationibus, ut aut pure fiant, aut die vel conditione differantur, vel ſuſpendantur. Poſſit ſane ſubineptum videri, ut quis ſub conditione caſuali negotia ſua geri mandet, ſed mandati genera varia ſunt, & facit hoc libertas contrahendi omnibus promiſſa, ut hoc faciant quomodo volunt, *h. t. & l.* 3. *de procurat. l.* 1. *§.* 3. *h. t.*

TEXTUS.

7. In ſumma ſciendum eſt, mandatum, niſi gratuitum ſit, in aliam formam negotii cadere. Nam mercede conſtituta incipit locatio & conductio eſſe. Et ut generaliter dicamus, quibus caſibus ſine mer-

Digitized by Google

cede fuſcepto officio, mandati ſive depoſiti negotium cõtrahitur, iis caſibus mercede interveniente locatio & conductio contrahi intelligitur. Et ideo ſi fulloni polienda curandave quis dederit veſtimenta, aut ſarcinatori ſarcienda, nulla conſtituta mercede, ſive promiſſa, mandati competit actio.

COMMENTARIUS.

1 *Quæ ſint facta locari ſolita.*
2 *An ſemper ſit mandatum ubi non intervenit merces.*

DE natura mandati eſt, ut ſit gratuitum *h. text. l.1.§. ult. l.ita.16.§.u. in fin. h.tit.* Et ut ne ſit gratuitum facis merces, non honorarium, ut docet *l. 6. in princ. h.tit.* ubi honorarium conſtitutum non impedit, quo minus agatur mandati, & adeo quominus maneat mandatum, pro ipſo enim honorario vix videatur agi poſſe mandati, ſed potius extra ordinem, argum. *l.1.§.10. de extraordin. cognit.* niſi quis putet pacto adjecto poſſe hactenus alienari naturam contractus, ſicut & magis alteratur natura depoſiti in ſpecie *l.24. depoſiti*: nam & *tit. de extraord. cognit. & l.1.§.10.* videtur ad eos pertinere, qui ſine ullo promiſſo honorario operam aliis navant, & quidem ita, ut honorarium expectent, cum inde vitam tolerare ſoleant, veluti advocati, & qui alias operas ordinarias in foro litigantibus præſtant: Longe autem latius patet mandati materia: nec videtur extraordinem prætor quibusq; jus dixiſſe, & honorarium decreviſſe, quid quodcunq; tandem negotium ex mandato ſuſcepiſſent. Duæ autem differentiæ notari ſolent inter mercedem & honorarium.

Prima, quod merces conſtituatur pro compenſatione proportionata operæ præſtitæ: non autem honorarium, ſed fit magis quædam remuneratio, *l.6. inpr. h.t.*

Altera, quod merces conſtituitur pro factis locari ſolitis, honorarium pro factis, quæ locari non ſolent. Et quod Juſtinianus hoc loco ait, mercede interveniente eſſe locationem & conductionem, ita limitandum eſt, ſi ſint facta locari ſolita, ut ait Juriſconſultus *in l.5.§.2. de præſcript. verbor.* a Quæ autem facta † talia ſint, duplici indicio & nota deprehenditur, 1. ſi ſint talia, quibus proportionaliter merces reſpondet, eaque æſtimatione jujſmodi ſunt, quæ fere opera manuum à mechanicis præſtantur: facta autem honeſtiora & digniora, veluti poſtulare, advocatum agere, bonas artes docere, ejuſmodi ſunt, ut condigne mercede æſtimari non poſſint nec debeant: itaque hæc non faciunt locationem: & quidquid hic vel promiſſum, vel datum eſt, non merces, ſed honorarium dicitur, & deſuper extra ordinem cognoſcit prætor. 2. Si ex iis aliqua utilitas patrimonialis & pecuniaria ad alterum perveniat, qui eſt locationis finis. Itaque ſi pecuniam dedero, ut ſervum manumittas, non locatio, ſed contractus innominatus eſt, *d.l.5.§.1. de præſcript. verbor.* Majori cautione opus habet, quod *in fin. hujus §. ſcriptum eſt, mãdati eſſe* actionem, ſi fulloni polienda data ſint veſtimẽta nulla mercede conſtituta ſive promiſſa: & nimirum ita accipiendum hoc eſt, ſi expreſſe hoc actum ſit, ut opera gratis præſtetur: vel (quoniam hoc non videtur eſſe de mente Juſtinian.) quod tamen ita præſupponit Theop. ſi perſona talis ſit, quæ amicitiæ gratia operam addixiſſe & ſuſcepiſſe videatur: cæteroquin, ſi perſona ſit talis, quæ ex operibus hujuſmodi lucrum quærat, & vitam tueretur, & quæ intuitu & ſpe intercedit, operas præſtare ſoleat, nõ actio mãdati erit, ſed præſcriptis verbis, per ter. expreſſum *in l. ſi tibi 22. de præſcript. verb.* Et cum vero Juſtin. loquatur de fullone & ſarcinatore, qui ſane non intelliguntur gratuitam præſtare operam, vix eſt, ut ab errore liberari poſſit: & vix quoq; à contradictione: ſiquidem *§.1. in fin. ſup. locati* in his terminis actionem præſcriptis verbis præmonit. Extra hunc caſum ſane ſi factum ſit, quod locari non ſoleat, nec perſona talis, cui ſalarium & honorarium debeatur, nulla eſt petitio ſalarii aut honorarii, niſi aliquid nominatim definitum ſit, quo pertinet *l. ſalarium. 17. C. h.t. l qui mutuũ 56 §. fin. ff. ad* quilocus ad eas perſonas pertinet, quibus extra ordinem ſuperſalario jus dici non ſolet. Ait Juſtinian. *in pr.*

In aliam formam non cadere.] Nimirum, quæ adjiciuntur negotiis & actibus contra eorum naturam aut ſubſtantiam, aut nulla ſunt, aut ſi ſubſiſtunt, actum in vicinum negotium transformant, ut accidit *in l. inſulam. de præſcript. verb. l. cum notiſſimum.* 80. *§ ult. de contr. empt.* quod an ſatis tamen ſubtiliter *in Tr. de pactis* explicavimus.

AD TITULUM XXVIII.

LIBRI TERTII INSTITUTIONUM,

DE OBLIGATIONIBUS QUÆ quasi ex contractu nascuntur.

TEXTUS.

Post genera contractuum enumerata, dispiciamus etiam de iis obligationibus, quæ quidem non proprie ex contractu nasci intelliguntur: sed tamen quia non ex maleficio capiunt substantiam, quasi ex contractu nasci videntur.

COMMENTARIUS.

1 *Quasi contractus, an & qualem conventionem habeant.*

PErsequitur membra, quæ supra *sub tit. de oblig.* proposuit, & post explicatos veros contractus, jam de quasi contractibus agit. Ait enim, *post genera contractuum*, quo verbo in potentiori significatu intelligit veros contractus: & est hic verbum *Quasi*, nota cujusdam improprietatis. Sed sunt tamen & genera πρὸς ἓν, & quæ non ex æquo, si communicant suis speciebus 1 quomodo si sumas contractum, ejus species, non absurde, hi quasi contractus constitui possunt: cum non minimam partem contractus æstimentur ab effectu, & quod pariant actionem: quin imo (nam illud quoque pactis legitimis commune est) habenti in se negotium & συνάλλαγμα, & conventionem, licet tacitam, cujus non minor fere hic vis est, quam expressæ. Et possint adeo nõ absurde referri istæ species contractus sub eos, quos JCtus *in l. 7. de pact.* nomen non habere (neque enim hi quasi contractus recte nominati dici possunt) sed causam tamen habere ait, licet sæpe non omnium specierum una eademque sit ratio & conditio, ut ex singulis apparebit.

1 Illud admonendum, † JCtos vix solere appellare hos quasi contractus, sed quod obligationes quasi ex contractu nascantur: & quidem, quoniam conventio ista non ita apparet, ut in contractibus veris, ita aliquando de his obligationibus loquuntur, at si nulla adesset conventio, veluti cum ex re ipsa & quidem contra pupillum quoque & furiosum & obligationem nasci, & non sponte cõtrahi, aut non contrahi dicunt *l. furiosus. 46. de obligat. & action. l. qui cum 19. de reg. jur. l. heredis. 25. §. non tãtum. 16. famil. erciſc.* sed sane obligatio semper præsupponit aliquam conventionem, quę proinde non omnis hinc exclusa censenda est: & quod *in d.l. 19.* hæres sponte cum legatariis contrahere negatur, eo respicit, quod hic ejus scopus primarius est, ut adquirat hæreditatem: cæteroquin per necessariam consequentiam se obstringere tacite intelligitur, ad præstanda, quæ defunctus jussit. Justinianus porro *h. tit. in princ. & §. 2. 3. & 5.* perpetuo utitur hac ratione, cur obligatio sit ex quasi contractu, quoniam non sit neque ex contractu, neque ex maleficio: quomodo & JCtus *in l. 5. in princ. §. 1. 2. & 3. de obligat. & action.* Sed in illa ratione duplex vitium notari potest, 1. quod per eam, quæ est à remotione aliarum specierum plane non intelligitur, in quo sit posita natura & essentia istorum quasi contractuum. 2. quoniam ex pactis legitimis, quæ neq; contractus, neq; maleficia sunt, nascitur civilis obligatio (nam pacta nuda, quæ non habent vestimentum à lege frustra quis hic attulerit, cum Justin. tota hac tractatione de civili tantum obligatione agat) & insuper ex dominio quoque & aliis juribus in re actio civilis nascitur. Sed enim ratio illa ex mente Justin. restringenda est ad causas actionis personalis & insuper ad eas conventiones & obligationes, quæ in se negotium & συνάλλαγμα habent, & quasi propriis viribus suis actionem producunt. Et tum concludit hæc ratio à sufficienti enumeratione partium & specierum, quas proposuit Justin. *in §. ultim. supra de obligationibus.*

TEXTUS.

1. Igitur cum quis absentis negotia gesserit, ultro citroque inter eos nascuntur actiones, quæ appellantur **negotiorum gestorum**: sed domino quidem rei gestæ, adversus eum, qui gessit, directa competit actio, negotiorum autem gestori contraria: quas ex nullo contractu proprie nasci manifestum est: quippe ita nascuntur istæ actiones, si sine mandato, quisq; alienis negotiis gerendis se obtu-

Digitized by Google

lerit, ex qua causa ii, quorum negotia gesta sunt, etiam ignorantes obligantur: idque utilitatis causa receptum est, ne absentium, qui subita festinatione coacti, nulli demandata negotiorum suorum administratione, peregre profecti essent, desererentur negotia, quæ sane nemo curaturus esset, si de eo, quod quis impendisset, nullam actionem esset habiturus. Sicut autem is, qui utiliter gessit negotia, dominum habet obligatum negotiorum gestorum; ita & contra quoque tenetur, ut rationem reddat administrationis: quo casu ad exactissimam quisque diligentiam compellitur reddere rationem: nec sufficit diligentiam talem adhibere qualem suis rebus adhibere solet; si modo alius diligentior eo commodius administraturus esset negotia.

COMMENTARIUS.

1 *Ad quam diligentiam teneatur neg. gest.*

NOminati contractus, omnium quasi conventionum, quæ producunt actiones, norma quædam & regula sunt, ita ut eas ad illos accedere: & quandam cum iis affinitatem habere oporteat. Id animadvertere licet in contractibus, qui in specie dicuntur innominati, & qui referuntur *in l. 5. §. 1. c. & seqq. de præscript. verb.* ex quibus do ut des, ad venditionem, do ut facias, ao locationem, facio ut facias, ad mandatum accedunt. Idem in quasi contractibus contingit: quorum primam speciem hic proponit Justinianus negotiorum gestionem, ex qua ad exemplum mandati utrimque nascuntur actiones: nec quidquam fere interest, nisi quod mandatarius non primum ex administratione, sed statim ex nudo consensu de administrando obligatur: negotiorum autem gestor, cum absentis & ignorantis *h. §. & l. 2. de negot. gest.* negotia suscipit, & ipsa gestione domino ad reddendas rationes obligatur, & ei tenetur directa actione, cum se ipsum per eam susceptionem ad hoc obstrinxisse intelligatur: in quo consistit tacita conventio & essentia hujus quasi contractus, ex quo principaliter obligatur negotiorum gestorum, sed per consequentiam ob impensas utiliter factas obligatur vicissim dominus gestori, etiam ignorans, ut hic ait Justinianus: quatenus videlicet principium consideratur, siquidem dominus absens ignoravit, ab alio negotia sua suscepta; Cæterequin, qui ab alio administrationis exigit rationes, & in commodum suum, quod gestum est acceptat, reliquum quoque probare, & quod bona fide in utilitatem ipsius expensum est, reddere tenetur: quin & hoc quisque tacite velle videtur, potius quam negotia & res suæ pereant & corrumpantur: quam rationem innuit Justin. *in vers. idque utilitatis*, & quæ facit, ut sicut mandatario mandati, ita & negotiorum gestori contraria neg. gest. actio detur.

Ut autem hac actione uti possit † gestor o- 1
portet eum debitam diligentiam in alienis rebus curandis adhibuisse. Et vero exigi ab eo summam diligentiam, eumque adeo culpam levissimam præstare, evidenter docet hic locus *in vers. quo casu.* & 1. quia verbo superlativo requirit diligentiam exactissimam; Deinde, & magis, quod mox subjicit, non sufficere adhiberi talem a gestore diligentiam, qualem ipse rebus suis adhibet: si videlicet gestor talis sit, qui suis rebus mediam tantum adhibeat diligentiam & vulgarem: ad quam qui tenetur, hic tantum levem culpam præstat: Quod si autem ipse sit diligentissimus paterfamilias, & summa diligentia res suas curet, eo casu cum major in alio diligentia non detur, etiam in alienis rebus sufficit talis diligentia, qua quis curat res suas: quis sensus est hujus §. *in fin. vers. si modo*, quod si res absentis curare potuisset diligentior alius, tum non sufficiat talem adhibuisse diligentiam, qualem quis propriis rebus adhibet: quoniam ubi alius diligentius curare potuit, sequitur necessario, quod diligentia gestoris, qua curat res suas, non sit summa, sed tantum media: quod rursus necessario evincit, quod non sufficiat gestorem rebus alienis diligentiam mediam adhibuisse: quoniam magis curare res alienas quam suas, sub limitatione jam dicta significat summam diligentiam, per notata *ad §. Item is 2. supra quibus modis re contr. oblig.* quod etiam confirmatur a comparatione commodati, in quo constat requiri summam diligentiam *d. §. 2.* ubi de commodato iisdem plane verbis loquitur Justinianus post Jurisconsultum *in d. l. 1. §. 4. de obligat. & actionib.* quibus hic de negotiorum gestione, Accedit, quod qui ad majorem diligentiam tenetur,

netur, quam socius hic tenetur de culpa leviſſima, & ad diligentiam ſummam : quoniam ſocius tenetur ad mediam talem diligentiam, & eam, quam præſtat rebus ſuis. *l. ſocius.* 72. *proſocio. l. haredes.* 25. §. *non tantum.* 16. *famil. erciſc.* Atquin negotiorum tenetur ad majorem t. *d.* §. 16. Objicitur vulgo ita neminem acceſſurũ ad aliena negotia gerenda: quod abſurdum ſit, eum cujus nulla utilitas verſatur, teneri ad ſummam diligentiam & præſtare leviſſimam culpam, contra regulam *l.* 5. §. 2. *commod.* ſed reſpondetur ſicut intereſt, ut ſint, qui abſentium negotia curant, ita etiam intereſſe, ne quis temere ea inter ſe ſuſcipiat, & immiſceat rebus alienis : quod qui facit, in culpa eſſe dicitur: ita enim quis occaſionem graſſandi in bonis alienis atripere poſſit, & negotiorum geſtor, qui negotia aliena in medio poſita, nec dum deſerta adgreditur, videtur ſe quodammodo integerere, & utique offerre, & hinc exactam diligentiam polliceri, qualis à quocunque alio diligentiſſimo præſtari potuiſſet : cujuſmodi diligentiæ homo forte negotia ſuſcepiſſet, niſi ab alio præventus & quaſi excluſus fuiſſet, quippe, qui alterius contemplatione creditur deſtitiſſe: ut proinde non immerito ad ſummam diligẽtiam debeat obſtringi. Et regula *d. l.* 5. §. 2. *commod.* non unam habet exceptionem, & quod imprimis huc facit, in mandario, qui licet ad petitionem alterius gratuiti ſine ullo lucro ſuſcipiat negotium alienum, tamen ex communiſſima ſententia diligentiam ſummam tenetur, per *l. in re.* 21. *C. Mãdati.* Apparet ex his, errare eos, qui *d. verſ. ſi modo in fin. hujus* §. pro limatione accipiunt eumque ita explicant, (quomodo Hottom, hic) quod tum demum de leviſſima culpa teneatur negotiorum geſtor, ſi alius diligentior ſe obtulerit : non enim neceſſum eſt, ut alius ſe expreſſe obtulerit, ſed quod præſumitur & creditur alium ſe fuiſſe oblaturum & negotia ſuſcepturum : & Juſtin. ſimpliciter adfirmat teneri geſtorem ad ſummam diligentiã, quomodo *d.* §. 2. *quib. mod. re contr. obl.* affirmavit teneri commodatarium: aut pariter dicendum erit, & hũc non ſimpliciter teneri : quod manifeſto falſum eſt. Et ita *in l. ſi pupilli.* 6. §. *videamus.* 12. *de negot. geſt.* in ea quæſtione, an negotiorum geſtor omnia adminiſtrare teneatur, reſpõſum eſt, teneri, ſi alius vir diligens id facturum fuiſſet, & qui contemplatione ejus ad negotia non acceſſit, quia jam nimirum alium occupaſſe adminiſtrationem videbat, non vero, quaſi etiam expreſſe ſe obtuliſſet.

TEXTUS.

2. Tutores quoque, qui judicio tutelæ tenentur, non proprie ex cõtractu obligati eſſe intelliguntur: nullum enim negotium inter tutorem & pupillum contrahitur: ſed quia ſane non ex maleficio tenentur, quaſi ex contractu teneri videntur. Hoc autem caſu ſunt actiones mutuæ : non tãtum enim pupillus cum tutore habet tutelæ actionem : ſed & contra tutor cum pupillo habet contrariam tutelę, ſi vel impenderit aliquid in rem pupilli, vel pro eo fuerit obligatus, aut rem ſuam creditoribus ejus obligaverit.

COMMENTARIUS.

TUtor mandatum univerſale adminiſtrandi negotia pupilli, quaſi ab ipſa Lege habere videtur : & dum eam adminiſtrationem ſuſcipit, hoc ipſo pupillo cujus bona ſunt, ad reddendas rationes ſe obſtringere cenſetur: in quo hujus quaſi contractus eſſentia conſiſtit : ſed quæ omnino deſtituta eſt conventione expreſſa : quo reſpectu hic Juſtinianus ait, nullum negotium contrahi inter pupillum & tutorem : ad quod etiam pupillus non eſt perſona idonea. Quod autem quidam afferunt ex *l. pr. de autor. tut.* pupillum obligari tutori eo autore non poſſe, verum quidem eſt, ſed huc non pertinet: ſed intelligit Juſtin. ideo non eſſe pupillo obligatum tutorem, quia dum adminiſtrat tutor nullum cum pupillo negotium gerit: & *in pr. hujus* §. de obligando tutore quæritur, non pupillo, de quo *in d. l.* 5. *de autor. tut.* Pupillus autem juxta hunc §. tutori obligatur contraria actione tutelæ, *tit. de contr. tut. act.* quam induxit ipſa rei æquitas, & quod tutoris pecunia pupilli res v. c. ſint factæ meliores, ut ita quaſi ex re ipſa actio venire videatur : ut loquitur in ſimili ICtus *in l. furioſus* 46. *de oblig. & act.* Notavimus autem *ad* §. *ult. ſup. de Attil. tut.* quod actio tutelæ demum finita tutela competat ita quidem, ut ea durante, nec omnino nata videatur : quod & gloſſ. hic magis putat male ab Angel. & aliis reprehenſa.

TEXTUS.

1. Item, si inter aliquos communis res sit sine societate: veluti, quod pariter eis donata legatave esset & alter eorum alteri ideo teneatur communi divid. judicio, quod solus fructus ex re ea perceperit: aut quod socius ejus solus in eâ rem necessarias impensas fecerit: non intelligitur ex contractu proprie obligatus esse: quippe nihil inter se contraxerunt: sed quia ex maleficio non tenetur, quasi ex cõtractu videtur teneri. Idem juris est de eo, qui cohæredi famil. ercisc. judicio ex his causis obligatus est.

COMMENTARIUS.

QUi rem communem habent, vel ex titulo particulari sive universali, veluti hæreditatis, tacite hoc velle videntur, tum ut res ex re communi provenientes, veluti fructus sint communes; tum etiam ut res communibus impensis colatur & conservetur: in quo est essentia hujus quasi cõtractus, Et proinde si quid unus impendit solus, si solus fructus percepit, sed & (quod addendum est) ex *l. 3. comm. divid.* si quid solus damni dedit, eo nomine tenetur, aut socium sit obligatum sibi habet. Sunt enim & hic mutuæ actiones, vel potius una utrimque & unicum habens nomen, actio comm. divid. & inter hæredes familiæ erciscundæ, & quidem utrimq; directa: quoniam utriusq; socii, vel qui rem habent communem (socii enim magis proprie dicuntur, inter quos ex conventione expressa res communis est) una est ratio, & æqualis utrimque obligatio: quæ res juxta supra tradita facit, ut utrimq; competat directa actio. Atq; hactenus ex quasi contractu & personales sunt istę actiones, quasi pro his, quas diximus, præstationibꝰ personalibus cõpetunt: cęteroquin quatenus sunt pro dividendis rebus, magis ex dominio & in rem sunt, de quo agitur *in §. quadam 20 infr. de action.* ubi hæ actiones dicuntur esse mixtæ, in rem & personam. Illud, ut dixi, qua quisve quasi vindicat rem suam & pro diviso petit: hoc, quatenus super impensis fructibus competunt, & aliquid dandum intendunt, quæ actionum in personam nota est, unde *in l. Item 22. § pen. famil. ercisc.* judicium famil. ercisc. ex duobus constare dicitur, Rebus & præstationibus. Ait Justin.

Si res communis sine societate.] Non quod actioni comm. divid. non sit locus, si res communis sit ex societate, & scil. expressa conventione (quod refutatur per *l. 2 comm. divi.*) sed quod tum inter socios verus contractus est, hic autem de quasi contractibus agitur.

TEXTUS.

4. Hæres quoque legatorum nomine nam proprie ex cõtractu obligatus intelligitur (neque enim cum hærede, neq; cum defuncto ullum negotium legatarius gessisse proprie dici potest) & tamen, quia ex maleficio non est obligatus, quasi ex contractu debere intelligitur.

COMMENTARIUS.

QUarta species quasi contractuum, est aditæ hæreditatis. Et indistincte dicitur *in l. apud. § ult. quibus ex caus. in poss. eatur.* quod hæres adeũdo cõtrahere videatur, ita ut propter hoc etiam creditoribus hæreditariis teneri dicatur *d. §. ult.* Et id suo sensu non inepte nec absurde dicitur, quatenus una aditione ita in se suscipit omnes obligationes, quæ fuerunt in defuncto, quem post aditionem repræsentat, & tamquam defunctus iisdem actionibus, quæ in illum competebant, conveniunt: & vicissim, quæ defuncto competebant, exercere suo jure potest. Atquin alia ratione contrahere dicitur per aditionem hæreditatis cum legatariis, quibus nimirum incipit teneri, non ut repræsentans defunctum ex veteri obligatione, sed ex nova quod nimirum dum adit hæreditatem juxta voluntatem defuncti, simul & tacite obligare se videtur ad ea, quæ defunctus ulima sua voluntate voluit & jussit præstari.

Hinc enim inducta est hæc tacita conventio & quasi contractus, ex quo nascitur actio ex testamento', qua legatarii sibi relicta persequuntur, ut vulgo notissimum est: & hoc ita inducere necessum fuit, ne legata perirent, cum alia nulla actione succurri potuisset legatariis: quippe, qui ut hic Justinianus ait, nullum negotium (nimirum super re legata) nec cum hærede, nec defuncto contraxerint: quæ posteriora verba notanda sunt: quia ex iis intelligimus, ad obligandum hæredem sufficere, quod negotium cum defuncto est gestum, & iste

& iſte obligatus fuit, à quo nimirum obligatio in hæredem tranſit. Ex quo refutantur ii, qui ex hoc quaſi contractu hæreditariis quoque creditoribus hæredem obligari putant: Et his enim, quippe, qui negotium cum defuncto geſſerunt, tenetur eadem obligatione qua defunctus eademque actione: quibus quidem non teneretur, niſi adiiſſet hæreditatem: ſed tamen non tenetur iis, qua aditio facit quaſi contractum, introductum nec eſſitatis gratia, ſed quatenus adeundo in jus omne ſuccedit, quod defunctus habuit: quæ repreſentatio non poterat ſufficere ad dandam actionem legatariis, quibus defunctus nullo modo fuit obligatus. Et hinc etiam, ubi tractatur de hoc quaſi contractu tantum legatariorum fit mentio. *h. §. l. ſi quis. §. 2. de obl. & act. l. 19. de reg. jur.* & inauditum eſt contra creditores hæreditarios dari actionem ex teſtamento, ſed ea datur ſolis legatariis, nec alia ejus mater & cauſa dari poteſt, quam aditio hæreditatis: & ita diſerte Theoph. hunc §. de actione ex teſtamento explicat, & cum ad ſolos legatarios reſtringit.

TEXTUS.

§. Item is, cui quis per errorem non debitum ſolvit, quaſi ex contractu debere videtur. Adeo enim nō intelligitur obligatus proprie ex contractu eſſe, ut ſi certiorem rationem ſequamur, magis (ut ſupra diximus) ex diſtractu quam ex contractu poſſit dici obligatō eſſe. Nam qui ſolvendi animo pecuniam dat, in hoc dare videtur, ut diſtrahat potius negotium, quam contrahat. Sed tamen perinde is qui accepit, obligatur, ac ſi mutuum ei daretur, & ideo condictione tenetur.

COMMENTARIUS.

1 *Condictio indebiti, unde proprie naſcatur.*
2 *An ſolutio indebiti ſit verus contractus.*

NObiliſſima hæc eſt ſpecies quaſi cōtractus, de qua extat prohaxius *tit. de cōdict. ind.* hęc enim eſt actio, & ſcil. condictio indebiti, quam iſte quaſi cōtractus parit, qui quaſi cōtractus, eſt ipſa ſolutio indebiti per errorem facta quoniā qui ſolvit, tacite hoc egiſſe cenſetur, ut reſtituatur res ſoluta, ſi eā indebitam fuiſſe, poſt apparuerit *arg. l. 2. de condict. debit.* in qua conventione tacita & præſumpta eſt eſſentia hujus quaſi contractus, eaque condictionem † indebiti producit. Et quid igitur eſt, quod i ſcriptum eſt à ICto in *l. ſi quis 5. §. is quoque 3. de O. & Act. Juſtiniano in h. §. & in §. 1. ſup. Quib. mod. re contr. obl.* quod hæc condictio ſit magis ex diſtractu quā ex contractu? Equidem in ſolutione indebiti duo ſunt: quod expreſſim agitur, ut diſſolvatur obligatio: & quod præterea tacite convenire præſumitur, ut quod datum eſt, veritate comperta reſtituatur: quam obligationem tacite naſci præterid quod expreſſe agitur, ait eleganter ICtus in *l. is qui 13. in fin. commodati*, ex ea quæ tacita conventione eſt condictio indebiti, non autem ex illo quod expreſſe agitur: nam quod ex hypotheſi falſæ obligationis intendit facere ſolvens, ut videlicet diſtrahat obligationem, id nec hilum quidem facit ad conſtituendum hunc quaſi contractum, aut producendam condictionem indebiti: neque ſoluto, qua ut diſtractus, & diſtrahendi negotii cauſa facta, conſideratur, ullam obligationem aut actionem producere poteſt: ut fatendum omnino ſit, paulo pinguiᵘ & craſſius diſputaſſe & rem expendiſſe ICtum & Tribonianum ſupra citatis locis, dum condictionem indebiti dicunt eſſe ex diſtractu. Aliam controverſiam nobis hic movet Donellus, qui in altero extremo peccans, 13. *comm.* 16. condictionem † indebiti ait naſci a ex vero contractu: quem tum citati textus, tum ratio ſolidiſſima confutat, quod omnis contractus verus habet veram & expreſſam conventionem, ut ex ſpeciebus hactenus enumeratis conſtare poteſt. Et oppido quam ſtramineis argumentis utitur Donellus. Objicit 1. quo in §. 1. *ſup. quibus mod. reconstr. obl.* ſub veris contractibus hæc materia tractetur. 2. quod ſit eadem vis taciti & expreſſi. 3. quod ſolutione indebiti negotium geri dicatur *l. ſi quis 33. ne condict. indeb.* Reſp. & adit. id fieri tantum obiter, & quædam ſimilia cum mutuo, ut ibidem dictum: hic autem ex profeſſo agitur & plenius. Ad 2. nec ſimpliciter id verum eſſe; nec ratione effectus quidem: & ut quo ad hunc aliquando verum ſit, tamē ſemper eſſe falſum, ratione formæ, quæ utique alia & alia eſt, pro ut expreſſa aut tacita eſt conventio: utcunque & ex hac actio naſcatur: & ut ſæpe diximus, ad verum contractum expreſſa conventione opus eſt, exteroquin expreſſa quoque & tacita pacta confunderentur: & frequentiſſima

sima distinctio taciti & expressi tolleretur. Ad 3. Resp. falsam esse propositionem, quod ubicunque negotium est, ibi sit verus contractus. Contractum esse concedam: sed generaliori appellatione contractus & quasi contractus continentur: qui si negotio destituerentur penitus contractus non essent. Est autē hic quasi cōtractus μονόπλευρος, & tantum ei qui soluit, non etiam ei qui accepit ex eo actio datur. Itaque frustra ad Hottom. qui hunc à quasi contractibus segregare vult, quod qui accipit pecuniam non cogitet de se obligando: quia satis est ex parte soluentis inesse hanc conventionem, quæ efficax est ad ipsi patiendam actionē, utcunq; ipse vicissim non obligetur: quemadmodum qui dat mutuum, vel etiam quamcunque rē, ut sibi vicissim quid detur aut fiat, ex hoc solo quærit sibi actionem, quæcunq; etiam accipientis sententia fuerit.

TEXTUS.

6. Ex quibusdam tamen causis repeti non potest, quod per errorem non debitum solutum sit. Sic namq; definierunt veteres: ex quibus causis inficiando lis crescit, ex iis causis non debitum solutum repeti nō posse: veluti ex L. Aquilia, item ex legato, quod veteres quidem in iis legatis locum habere voluerunt, quæ certa constituta per damnationem cuique legata fuerant. Nostra autem constitutio, cum unā naturam omnib. legatis & fideicommissis indulsit, hujusmodi augmentum in omnibus legatis & fidei commissis extendi voluit: sed non omnibus legatariis hoc præbuit, sed tantummodo in iis legatis & fideicommissis, quæ sacrosanctis Ecclesiis, & cæteris venerabilibus locis, quæ pietatis vel religionis intuitu honorantur relicta sunt: quæ si indebita solvantur, non repetuntur.

COMMENTARIUS.

1 *Casibus quibus cessat condictio indebiti.*
2 *Inficiatione cur lis crescat in duplum.*

PRopositio; quod soluenti indebitum per errorem, repetitio soluti cōpetat, aliquot habet exceptiones. Una est, si qui soluit naturaliter sit obligatus. Exceptio est, si loquamur de debito civili: sed si debiti nomen generalius usurpemus, exceptio revera non est: nam in hac materia ubi de retentione & debiti repetitione loquimur, etiam naturaliter quod debetur, pro debito habetur, & proinde indebitum dici non potest. Et igitur qui debet quod etiam pacto nudo promiserat, repetere soluti non potest. Hinc etiam est, quod verus debitor licet per sententiam absolutus sit, si soluerit, repetere non potest, quoniam natura debitor manet *l. Iulianus* 60. *de condict. ind.* idq; est quod dicitur, naturalē obligationē inhibere soluti repetitionem *l. naturalis* 10. *de O. & A. l. 6. §. ult. cum l. seq. de fidejussorib.* Ex quo necessario limitanda est alia regula, quę dicit, eū qui exceptione tutus est perpetua, si solvat, repetere *l. qui except.* 40. *in pr. de cond. indeb.* ut nimirum habeat locum, ubi exceptio subnixa est æquitate & elidit naturalem obligationem, quæ ubi subest, vi & potestate sua inhibet repetitionem: quod non animadvertunt, magnis & multis seinduunt erroribus: & nos hæc plenius & accuratius in *tract. de action. disp. 4, de condiction.* explicavimus. Procedit illud quod de naturali obligatione diximus nisi ea per jus civile sit improbata & enervata. Hinc enim est quod pupillus repetit quod solvit *l. quod pupillus.* 41. *de condict. indeb.* licet aliquo modo sit naturaliter obligatus; juxta notata ad *§. pupillus* 9. *sup. de inut. stip.* Itemq; quod mulier repetit solutum ex causa fidejussionis *d. l.* 40. *de cond ind.* quia naturalem obligationem SCtum infirmat *l.* 16. *in f. Ad SC. Vell. l.* 9. *C eod.* de quo etiam diximus *sup. de obligat.* Hæc de prima exceptione. Altera est, si solutio sit facta ex causa pia & favorabili, quæ facit, ut citra aliam præcedentem obligationem solutio sustineatur & repetitio inhibeatur. Hinc est quod solutum ex causa dotis non repetitur *l. cum is* 32. *§. 2. de condict. indeb.* Huc etiam referri potest causa transactionis, ut lites ne resuscitentur, *l. in summa* 65. *§. eod. tit.* Causa judicati non recte huc refertur ex *l. Iulianus* 60. *de condict. indeb.* quoniam ut diximus *sup. de liter. oblig.* cum pro sententia præsumatur, condemnatus pro mixtim obligato habetur, & cum efficaciter conventi & exigi possit, jure communi solutum repetere nequit. Aut an forte hoc ita accipimus, quod si quis tamquam ex causa judicati soluerit, licet revera condemnatus sit, solutum repetere non possit? Id quidem probabile fit ex eo quo *Paulus* 1 *sent.* 19. judicatum refert inter eas causas, ex quibus lis contra inficiantem crescit in

scit in duplum, quæ juxta hunc §. novam & propriam constituunt exceptionem: ita ut si aliquis cum non deberet, per errorem aliquid ex his causis soluerit, non habet condictionem. Quod absurdum dictu Hottomanno videtur, ut verbi causa, qui non dedit damnum, vel à quo nihil legatum est per damnationem, nō possint condicere, quod solverūt, & ita alter lucrum faciat cum alterius injuria. Et intelligendum itaq; putat, tum istud locum habere, ubi non de facto sed jure quæstio fuit: veluti cum constabat quidem, fuisse damnum datum, sed an jure an injuria, quærebatur. Verum ego Hottom. istam sententiam falsam esse non dubito, hoc evidenti argumento, quod qui confitetur se fecisse, & tantum de qualitate disputat, nō potest dici inficiari, multo minus potest dici quod teneatur in duplum: quo quidē absurdius dici nihil possit, ut qui exceptione se defendit, pœnam dupli incurrat: veluti si quis servū alienum à se occisum, sed jure, utpote sibi insidiantem dicat, aut damnum datum esse & accidisse citra culpam casu fortuito, absurdissimum sit ob exceptiones has quē teneri in duplū? Atquin ita definierunt veteres, ut hic scribit Justinianus, ut ex his causis repetitio non esset, ex quib. propter inficiationem actio crescebat in duplum: nimirum contra eum qui inficiatus esset actionem ut loquitur Paulus *d. tit. 19. lib. 1. sent. & in l. inde 23. §. pen. Ad L. Aquil.* hæc actio, ait Ctus, cōtra negantem competit in duplum: quod non nisi de inficiatione facti & ipsius actionis accipi potest, quæ dicitur crescere inficiatione *l. item. 20. §. cum prad. 4. de petit. hared.* Crediderim rationem hujus rei petendam ex interrogationibus in jure, quæ institutę erant, ut probandi difficultate liberaretur actor, hactenus saltem contra personam certam posset actionem movere: *arg. l. qui servum 20. in prin. de interrog. in jur.* itaque LL. certis quibusdam casibus, improbitatem negantium coercere voluerunt, intentato metu pœnæ dupli. Ex quo postea receptū, ut qui ex his causis solvisset, non repeteret, sed appellatus & conventus, simplum potius solvere maluisse præsumeretur, quam negando periculo dupli se obstringere, & ita quasi de hoc periculo transigere, ut recte *Iob. Fab. & Angel. hic.* præsupponendū autem utique censeo verbi causa damnum datum fuisse, licet forte non à reo convento, sed ab alio datum fuerit, quod & notant Interpp. hic. Quę autem ratio specialitatis fuerit in legatis per damnationē, nō ita perspicuum est. An forte, quod apparet quasi tenixa voluntas testantis, qui damnat hæredem, non secus ac judex reum convictum: ita ut totum in ipsius personam conferat: ut magis odiosus sit, qui hoc genus legati inficiatur: quod Justinianus qui omnes legatorum formulas, & ipsa fidei commissa legatis exęquavit, cum putaret absurdū esse, ut ex causa inficiationes omnes, actiones legatorū, & fideicommissorum in duplum crescerēt, legatis ad pias causas proprium fecit *h. §. & §. sed fiunt 26. inf. de action.* ex qua & solam moram in duplum teneretur legatarius: ex quo per regulam in *prin. h. §.* propositam consequitur, ut indebitum etiam per errorem solutum repeti non possit *h. §. in fin.* cum & propria illa sit ratio & causa, pietas, quæ ut paulo ante diximus, per se sola facit, ut repetitio cesset.

Ad Titulum XXIX.

LIBRI TERTII INSTITUTIONUM,

PER QVAS PERSONAS nobis obligatio adquiritur.

TEXTUS.

Expositis generibus obligationum, quæ ex contractu, vel quasi ex contractu nascuntur: admonendi sumus, adquiri nobis non solum per nosmetipsos, sed per eas quoque personas, quæ in nostra potestate sunt: veluti per servos & filios nostros: ut tamen quod per servos nostros nobis adquiritur, totum fiat nostrum: quod autem per liberos quos habemus in potestate ex obligatione fuerit acquisitum, hoc secundum imaginem rerum proprietatis & ususfructus dividatur, quam nostra decrevit constitutio: ut quod ab actione commodum perveniat, hujus usumfructum quidē habeat pater, proprietas autem servetur filio: scilic. patre actionem movente, secundum Nou. nostræ constitutionis divisionem. Item per liberos homines, & alienos servos, quos bona fi-

de possidemus, adquiritur nobis, sed tantum ex duabus causis, id est, si ex operis suis vel ex re nostra quid adquirant. Per eum quoque servum, in quo usumfructum vel usum habemus: similiter ex duabus istis causis nobis adquiritur.

Commentarius.

AD explicationem hujus loci sunt repetenda, quæ diximus *sup. ad lib. 2. per quas pers. non adq.* Est enim fere eadem hic ratio dominii & obligationis. Et nimirum per alios nobis obligatio non adquiritur *§. si quis alii sup. de inutil. stipul.* exceptis his qui sunt in nostra potestate, ubi ibidem traditum & *in §. 1. & 2. sup. per quas pers. adq.* ex quo huc quoque quo ad filiũf. repetẽda est distinctio peculii castrẽsis aut quasi, adventitii & profectitii: Licet autẽ ex causa adventitii filiofa. quęratur proprietas, actiones tamen habet pater, aut potius, (plus est enim habere proprietatem) tãtum earum exercitium, utpote non nudus fructuarius, sed simul legitimus administrator bonorum: ut tamen si filius habilis fit, consensus quoq; ejus accedat, ut Just. definivit in *l. ult. §. ubi autem in 3. C. de bon. qua lib.* quam hic intelligit per constitutionem Novellam, quoniam post Codicem primum lata fuit, ut hic quidem Pacius annotavit, sed falso, ut existimo: si quidẽ Codex qui prælectionis repetitæ vocatur, & quo utimur, compositus est post Institutiones.

Item per liberos.] In *prin. tit.* dixit de his qui in solidum nostri sunt, qui & omnia nobis adquirunt. Eorum qui non in solidum, aut non revera nostri sunt, tres species hic refruntur 1. liberi homines, quos bona fide pro servis possidemus 2. servi alieni, quos bona fide pro nostris possidemus 3. servi quorum usumfructum tantum habemus: quibus ex opposito respõdet species eorum, in quibus habemus nudam proprie atem. Per priores tres species adquirimus ea quæ dicuntur esse in fructu hominis, quæ sc. ex operis eorum & ex re nostra proveniunt *§. 3. & 4. sup. lib. 2. tit. 9. & §. 1 & 2. h. t.* in quo posteriori, verba *vel usum* aut expungẽda sunt, quæ & à quibusdam abesse notat Accurs. quoniam usuarius minime idem jus habet quod fructuarius *§. 1. sup. de usu & hab. §. 3. sup. lib. 2. tit. 9.* vel alia quærenda interpretatio: nam & Theoph. habet ea verba: & Russard. Continsque testantur, ea in 12. manuscriptis exstare. *Ioh. Fabr. Angel & alii* restringũt hæc ad operas servi quas præstat in re ipsius usuarii: sed sane ita nõ adquireret distinctim. Ex re usuarii & ex operis suis. Puto hic inter summum jus & æquitatem distinguendum, prorsus ut supra *ad §. 1. de usu & habit.* notavimus: nimirum usuarium nec ex frumento nec ex lacte pecorum quidquam sibi usurpare posse summo jure, ut tamen possit v. c. modico lacte uti ad necessitatem familiæ: itaque ad eundem modum paulo laxius servo usuario ad necessitatem familiæ poterit uti: & proinde comparatio eumfructuario non absolute, sed secũdum quid accipienda erit. Cætera explicata sunt *add. tit. 9. lib. 2.*

TEXTUS.

Communem servum pro dominica parte dominis adquirere, certum est: excepto eo, quod nominatim uni stipulando, aut per traditionem accipiẽdo, illi soli adquirit: veluti si ita stipuletur: Titio domino meo dare spondes? Sed si domini unius jussu servus stipulatus fuerit, licet ande dubitabatur, tamen post nostram decisionem res expedita est, ut illi tantum adquiratur, qui hoc ei facere jussit, ut supra dictum est.

Commentarius.

DE hac re & de sententia *l. ult. C. per quas pers. adq.* satis diximus *sup. ad §. ultim. de stipul. serv.*

Ad Titulum XXX. & ultimum,

LIBRI TERTII INSTITUTIONUM,

QVIBVS MODIS TOLLITVR obligatio.

TEXTUS.

Tollitur autem omnis obligatio solutione ejus quod debetur, vel si cõsentiente creditore aliud pro alio solverit. Nec interest quis solvat: utrum ipse qui debet, an alius

Digitized by Google

alius pro eo: liberatur enim & alio ſolvente, ſive ſciente ſive ignorante debitore, vel invito eo ſolutio fiat. Item ſi reus ſolverit, etiam ii qui pro eo intervenerunt, liberãtur. Idem ex contrario contingit, ſi fidejuſſor ſolverit, non enim ipſe ſolus liberatur, ſed etiam Reus.

COMMENTARIUS.

1 *Duo modi tollendæ obligationis ipſo jure & per except. an recte.*
2 *Solutionis duplex ſignificatio.*
3 *An beneficium detur invito.*
4 *Adl 6.* de doli except.
5 *An ſolvente acceſſione principalis ipſo jure liberetur, & ad* l. 38. Mand.

VUlgo traditur, obligationem tolli vel ipſo jure vel per exceptionem: Verum cum de exceptione non quæratur, niſi ubi ad magiſtratum vel judicem itum eſt, & tum non demum jus novum naſcatur, ſed illud in quo exceptio fundatur, vel ex quo ſumitur, antea accidiſſe & fuiſſe neceſſum ſit: forte accuratius dicemus, obligationem quibuſdam modis tolli & perimi totam, quibuſdam non totam, nec penitus perimi aut tolli. Tota tollitur, cum una cum vinculo æquitatis civilis quoque nexus perimitur, quod fit omnibus modis qui hoc tit. referuntur. Nom autem tota, ubi vinculo æquitatis ſublato obligatio tantum civilis manet, nam ut poſt ſublato civili vinculo, nuda maneat naturalis obligatio, exemplum & modum nullum ſcio: at illud contingit, ſi pactum de non petendo factum, ſi juratum ſit, & aliis pluribus modis, quibus caſibus qui in judicium vocatur defenditur per exceptionem, ut tractatur *infra de exceptionibus*. Atquin cum ſolutione, acceptilatione &c. etiam tollatur obligatur ex maleficio, poſt abſolutum & maleficiorum tractatum hic titulus collocandus videbatur. An ideo aliud fecit Juſtin. quod ſatis jam prolixus videbatur hic liber? ut Baro: (ſed poterat eum lib. ſeq. ponere) An potius quod inobligationib. ex contractu res evidentior eſt, & omnes hi modi in illis habent locum: qua de cauſa etiam in Digeſtis hæc tractatio præcedit materiam delictorum.

2 Tollitur, inquit Juſtin. omnis† obligatio, ſolutione ejus quod debetur. Solutionis verbum ambiguum eſt: & aliquando ſignificat ipſam diſſolutionem obligationis, quo ſignificatu effectus eſt omnium modorum, qui hic & alibi proponuntur, & ita uſurpatur *in l. ſolutionis* 54. *de ſolution. junct. l. ſolutionis* 176. *de V. S.* Sed *hoc pr.* per ſolutionem intelligit Juſtin. proprium & ſpecialem modum tollendi obligationem, qui nimirum eſt realis ejus quod debetur præſtatio, ut *in l. pen. & paſſim tit. de ſolutionib.* Et iſta præſtatio ejus quod debetur eſt vel vera, vel repræſentativa, quæ dicitur datio in ſolutum cum volenti creditori, (invito enim non poteſt,) aliud pro re debita ſolvitur, juxta textus *in l. 2. §. 1. de reb. cred. h. text. verſ. vel ſi quis pecoribus 9. C. de reſcind. vend. l. manifeſt. 18. C. h. t. l. ſi ei 25. de iur. dot.* Et ſunt plane ſingulares caſus quibus etiam invito creditori aliud pro alio ſolui poteſt *in l. ſi domus* 71. §. 3. *de legat. 1. l. inter* 83. §. *pen. de v. obl. l. nõ amplius* 26. §. 2. *de legat. 1.* Atque ita ſolutare debita, neceſſario oportet perimi obligationem. 1. Sive ipſe debitor ſolvat, ſive alius pro eo, etiam ignorante, etiam invito *hoc textu verſ. liberatur.* & ut apparet, non ope exceptionis demum, ſed ipſo jure ſtatim: quippe cum perinde hic eſſe dicatur ac ſi ipſe debitor ſolviſſet *h. text. & d. l.* 17. *C. eod. l. ſolvendo* 39. *de neg geſt. l. ſolutione* 23 *l. ſi pro* 40. *l. ſolvere* 53. *h. t.* Hæc enim facit ratio juris, ut ubi creditor accipit quod eſt in obligatione, neceſſario eam conſumi neceſſe ſit & perimi: ut inepte objiciatur† ex *l.* 3 *invito* 69. *de R. I.* quod invito non detur beneficium: eo ſenſu quo ille apud *Plautum in Trinumm. actu.* 3. *ſcena* 2. nullum beneficium eſſe duco, quod cui facias non placet *Senec.* 2. *de benef.* 19. Non eſt beneficium, accipere cogi: non eſt beneficium, debere cui nolis. Etenim, ut dixi, conſideratur ratio juris, non, an beneficium conferatur debitori quamvis ſane ſi conſideremus affectum & animum benefacere volentis, & ipſum commodum, quod effectu alius ſentit, poſſit & dici beneficium, quamvis alter id accipere noluerit: quo ſenſu *Seneca* 3. *de benefic.* 12. Sæpe beneficium ab eo accipio à quo nolo, & aliquando ignorans obligor. & 5. *de benefic.* 20. non eſt, inquit, dubium, quin beneficium ſit, etiam invito prodeſſet quod pluribus tractat 6. *de benef.* 7. & 8. Et hactenus ſcil. quo ad effectum diſſolvendi obligationem nihil intereſt, an quis pro volente, jubente, ignorante, aut invito ſolvat, ſed quo ad jus repetendi plurimum intereſt: quod enim ſolvi etiam pro ignorante debitore repeto actione negot. geſt. ubi in debitoris ut lita-

tem ceſſit ſolutio, quod autem pro invito & vetante ſolvo, non repeto *l. 6. §. 2. l. ex mandato* 20. §. 1. *l. ſi pro* 40. *Mandati l. ult. C. de negot. geſt.* Itaque ubi ſolvitur pro aliquo, ſemper quidem à creditore liberatur debitor, ſed non ſemper nova obligatione obſtringitur. Et vero quod diximus, ipſo jure hic contingere liberationem, non obſtat *l. qui 6 opera 6. in fin. doli except.* Species hæc eſt †, Debui Titio decem. Titius idem debebat decem Sempronio, ſoluo Sempronio decem, & reſpondetur quod liberor per exceptionem. Itaque caſus iſte diverſus eſt à noſtro: neque quæritur ibi an Titius liberetur à Sempronio ipſo jure, quod omnino affirmandum eſt ſi ea mente pecunia data & accepta fuit. Sed an ego ipſo jure liberer à Titio, quod recte negatur, quia alii quam cui debui ſolui. Et hoc ita ſtatui ipſa ratio ſuaſit: quoniam cognita cauſa opus eſt an mihi exceptio danda ſit contra Titium, & an propter hanc exceptionē abſolvi debeam. Quid enim ſi Titius contra Sempronium exceptione tutus fuerit? aut quacunque cauſa mea interfuerit non ſolui Sempronio, hic ſane mihi aut exceptio denegabitur, aut replicatione elidetur. Attamen ſi mea interſit ſolutam eſſe pecuniam creditori creditoris mei, v. c. ſi res meæ ſint obligatæ, ſolutione hujuſmodi videtur obligatio ipſo jure tolli, ut notant *Dd. arg. l. ſi ſolutum* 11. §. *ſolutam* 5 *de pignor. act.* ubi ſcil. quod addit *Porc. hic* utrumque debitum ex eadem cauſa deſcendit. Diximus hoc t. conſequi per ſolutionem realem, ut etiā alio pro meo ſolvente contingat liberatio. Alterum quod inde conſequitur, eſt, ut ſi plures debeant eandem rem vel quantitatem, ſolutione facta omnes liberentur: ſive plures illi debeant omnes ut rei principales velut duo correi *l. 2. de duob. reis §. 1. ſup. eod.* ſive ut principales & acceſſiones, & hoc ſive ſolvat principalis, ſive acceſſorie reus: ex quo fit, ut reo & debitore principali ſolvente etiam fidejuſſor, & hoc ſolvente & reus principalis liberetur *h. text. in fin.* ubi tamen ſcrupulum movet reſponſum Papiniani in *l. Papinianus* 18. *Mandati*: ubi JCtus, ſi qui mandavit pecuniam Titio mutuam dari, ſolverit pecuniam, non liberari ipſo jure Titium: quoniam mandator ſolverit ex ſuo mandato, & ſuo nomine. Adeundem modum dixerit quis, fidejuſſorem ſolvere ſuo nomine, eoque ita reum principalem ipſo jure non liberari. Crediderit fortaſſe quis hoc admittendum, & ſatis eſſe ſi per exceptionem ſaltem liberetur reus principalis: nec neceſſum eſſe, ut omnia deliberatione ipſo jure facta accipiantur: Et ita ſane cum *gloſſ. & aliis* diſtinguit *Angel. hic in fin.* quod ſi ex duobus æque principaliter obligatis unus ſolvat, tota ipſo jure perimatur obligatio, ſed ſi acceſſorie obligatus ſolvat, intelligatur ſolvere pro ſua obligatione, ideoque reus principalis maneat ipſo jure obligatus, defendatur autem per exceptionem, nec creditor bis idem conſequatur: quod etiam poſt *Dynum Faber hic* probat, ut in dubio cenſeatur acceſſorie obligatus ſuo nomine ſolviſſe, & proinde maneat ipſo jure principalis obligatus; quod ſi enim expreſſe ſolverit acceſſio pro principali, eum tunc utique ipſo jure liberari, ſed aut ego valde fallor, aut ſpecialis in mandatore ratio eſt juxta *d. l. 29. Mandati. & l. Stichum* 59. §. *ſi mandatum* 10. *de ſolution.* Nimirum fidejuſſores eandem obligationem ſubeūt quam reus principalis, & quod alius debet, idēipſi fide ſua eſſe jubent eoque ſi fidejuſſor ſolverit omnino dixerim ipſo jure liberari ipſum Reum juxta hunc text. qui ſine vitio non poteſt hactenus reſtringi, ut liberatio contingat tātum per exceptionem: ſiquidem quod juris Reo ſolvente ſtatuitur, ut liberetur fidejuſſor, idē ſtatuitur in caſu contrario: & igitur liberatio eodem modo contingere dicenda eſt, & toto *h. t.* agitur de modis finiendi obligationem ipſo jure. Atquin mandati alia ratio eſt, quod nihil plane habet commune cum contractu principali altero, quo v. c. quis juxta mandatum meum pecuniam Titio mutuam dedit: itaque niſi expreſſum dixero me ſolvere pro Titio, obligatio ea manebit in ſuo ſtatu. Et hoc confirmatur ex *d. l. 95. §. 10. h. t.* ubi hic caſus comparatur cum eo, quo pupillus autore tutore pecuniam Titio mutuam dedit: habet enim pupillus duos obligatos ex diverſis plane cauſis, tutorē pro indemnitate ex cauſa tutelæ, & Titium ex cauſa mutui: eoque ſi tutor iudicio tutelæ condemnatus ſatisfecit, manet actio pupillo ipſo jure integra contra Titium, quam ob id etiam licet ſolutione facta tutori ſuo cedere poteſt.

TEXTUS.

1. Item per acceptilationem obligatio tollitur. Eſt autem acceptilatio imaginaria ſolutio. Quod enim ex verborum obligatione Titio debetur, id ſi velit Titius remittere poterit ſic fieri, ut patiatur debitores dicere hæc verba, Quod ego tibi

tibi promiſi habeſne acceptum? & Titius reſpondeat, habeo, ſed & Græce poteſt acceptilatio fieri, dummodo ſic fiat, ut verbis Latinis ſolet exigi, ἔχεις λαβὼν δηνάρια τόσα; ἔχω λαβών. Quo genere, ut diximus, tantum eæ ſolvuntur obligationes, quæ ex verbis conſiſtunt, non etiam cæteræ. Conſentaneum enim viſum eſt, obligationem verbis factam, aliis verbis poſſe diſſolvi. Sed & id quod ex alia cauſa debetur, poteſt in ſtipulationem deduci, & per acceptilationem diſſolvi. Sicut autem quod debetur, recte pro parte ſolvitur, ita in parte debiti acceptilatio fieri poteſt. Eſt autem prodita ſtipulatio, quæ vulgo Aquiliana appellatur, per quam contingit, ut omnium rerum obligatio in ſtipulatum deducatur, & ea per acceptilationem tollatur. Stipulatio n. Aquiliana renovat omnes obligationes, & à Gallo Aquilio ita compoſita eſt. Quidquid te mihi ex quacunque cauſa facere dare oportet oportebitve, præſens in diemve, aut ſub conditione, quarumcunque rerum tecum mihi actio eſt, quæq; adverſus te petitio, vel adverſus te perſecutio eſt, eritve, quodve meum tu habes tenes, poſſides, dolove male feciſti, quo minus poſſideas: quanti quæque earum rerum erit, tantam pecuniam dari ſtipulatus eſt Aulus Augerius, ſponpondit Numerius Nigidius. Quod Numerius Nigidius Aulo Aug. ſpopondit, id haberetne à ſe acceptum Numerius Nigidius Aulum Augerium rogavit. Aulus Augerius Numerio Nigidio acceptum fecit.

COMMENTARIUS.

1 *Quomodo acceptilatio dicatur eſſe juris gentium ad* l. 8. ult. de accept.

2 *Diſtinctio acceptilationis in ſimplicem & Aquilianam, confirmata.*

3 *Cur contractus ex conſenſu, non poſſint rectà ita tolli.*

4 *De ſolutione & acceptilatione partis.*

Solutio eſt vel vera, de qua *in princ. tit.* vel ficta ſive imaginaria: cum nihil ſolvit & revera præſtat debitor, perinde tamen liberatur, ac ſi pecuniam numeraſſet, quod contingit per acceptilationem, quæ nihil aliud eſt: quam debiti ſtipulati facta remiſſio, ut ex formula *in princ. hujus text.* Latine & Græce ſubjecta patet. Poteſt enim & Græce fieri acceptilatio, ſicut & ſtipulatio §. 2. *ſup. de verb. obl.* adeoque non placet quod hic Hottom. adeo acceptilationem juris gentium dici ait, *in l. an utilis 8. §. ultim. de accept.* quod etiam peregrina lingua fieri poſſit: Ita enim & ſtipulatio dicenda eſſet juris gentium. Nec etiam convenire videtur cum ſententia JCti, quod alii ita id accipiunt, eſſe & dici acceptilationem juris gentium, quoniam per formulam & rationem inventam à Gallo Aquilio inventa ſit ratio, ut omnes obligationes poſſint tolli per acceptilationem. Nam hac ratione idem eſſet dicendum de ſtipulatione: quæ & ipſa omnibus obligationibus accedit: quæ autem eſt in ſtipulatione qua obligamur, ratio obligandi eadem in acceptilatione eſt ratio ſolvendi: tum vero formula Galli eſt ſtipulatio, qua primo contrahitur obligatio, quam demum ſecuta acceptilatio in qua nihil mutatum eſt, tollit obligationes quæ per ſtipulationem novatæ fuerunt. Magis videtur convenire ſententiæ JCti, ut ideo dicatur acceptilatio juris gentium, quod ii quoque de jure naturali vel gentium, non etiam civili obligantur, poſſunt per eam liberari, veluti ſervus, de quo nominatim agitur *in d. §. §. ult.* Et tamen nulla explicatio efficiet, ut non fatendum ſit, improprie dictum eſſe a JCto, hoc nos jure uti: ut juris gentium ſit acceptilatio: quoniam an aliquis actus & contractus ſit juris gentium, nec ne, pendet ex ipſius natura & originaria forma, non ex uſu juris: & novum non eſt, ut paulo inaccuratius loquantur & diſputent JCti.

Quo genere tantùm eæ.] Obligatio per acceptilationem tollitur aut immediate, aut mediate. Illo modo tantum tolluntur obligationes verbis contractæ *h. text. d. l. 8. §. penult. de acceptilat. inſtit. l. pen. de ſolut. & l. pront. &c. eod.* Cæteræ tolluntur mediate: ut nimirum prius transfundantur in obligationem verborum per ſtipulationis formulam, quam Aquilius concepit: *l. 4. de tranſact.* idque hic docet

Digitized by Google

docet Justin. in *vers. sed & id.* qui & mox ipsam stipulationis Aquilianæ formulam ita ut ab Aquilio concepta fuerat, proponit *in §. Est autem*, quæ fere extat *in l. & ab uno* 18. *de acceptilat.* eo modo quo qui ex plurimis etiam obligationibus tenebatur altero, una quasi stipulatione & conceptione, omnes posset novare, ne singulis & sæpius repetitis stipulationibus esset opus: cæteroquin nec dubitari potest, quin in stipulationem Aquilianam, quod ex una causa tantum debebatur, recte deductum, & per sequentem acceptilationem sublatam fuerit. Ex quibus apparet quam parum sint subtiles, qui duplicem faciũt acceptilationem, alteram simplicem, alteram Aquilianam; nulla enim est Aquiliana acceptilatio, sed est Aquiliana stipulatio, per quam non dissolvitur sed contrahitur verborum obligatio quæ demum dissolvitur per acceptilationem quæ tantum unica est. Illud, aut dubium, aut mirum videri alicui possit, † cur non obligationes nudo consensu contractæ possint tolli ipso jure, citra novationem, per acceptilationem: cum utiq; acceptilatio contrar consensu & istæ obligationes nudo contrario consensu sive dissensu tollantur; maxime cum etiam inutilis acceptilatio effectum pacti habeat *l. an inutilis* 8. *in princ. de accept.* & obligationes solo sensu constantes etiam nudo pacto dissolvantur, ut ad §. *ultim. h. tit.* dicemus: & quod potest fieri per id quod minus est, poterit & fieri per id quod plus est. Equidem quod dicitur de istis contractibus pacto nudo dissolvendis, pertinet ad casum, quo etiam nũ utrimq; res integra est. Quod si enim res tradita fuerit, emptor, qui precium debet, per nudum pactum ab obligatione sua ipso jure liberari non poterit. Atquin acceptilatio non est modus, quo utrimq; simul perimatur obligatio, sed ab una parte tantum. Et itaque si istud accommodemus ad quæstionem nostram, oporteret, utrimque factam acceptilationem esse; ut & venditor à precii obligatione emptorem, & emptor ab obligatione ad rem, liberet venditorẽ. Hoc autem cum fieri non possit ut diximus eo modo, quo per pactũ abitur ab emptione, ita ut simul uterq; si placuit ut res sit inempta, liberetur ab obligatione, fit inde, ut acceptilatio cum pacto hac in re male cõferatur, & imo pacti major sit vis. Quod si utrimque factam acceptilationem proponas, ne ipso jure citra novationem possit contingere liberatio, hæc meo judicio subtilis ratio facit: quod dum v. c. per acceptilationẽ liberatur emptor, adhuc est obligatus venditor: quomodo ut diximus, per pactum ipso jure obligatio dissolvi non potest, nec *μετοπλεύσως*, ed tantũ ut exceptio nascatur, quæ etiam hoc casu cõpetit, ubi acceptilatio facta est, quippe ideo inutilis, quod nõ super obligatione verborum concepta fuit. Sed illud obiter. Jam verba Aquilianæ stipulationis executiamus. Ait Justinianus.

Quidquid ex quacunq; causa] Modo civili, sive ex contractu, qel quasi, sive maleficio, vel quasi; quin & naturalem obligationem novari posse ostendimus sup. ad *tit. de oblig.*

Dare facere.] Innuit divisionem obligationum, in dandi & faciendi, ex quibus causis fere condictiones competunt; *quo inf. de actionib.*

Oportet oportebit ve.] Potuerat sufficere *oportebit*, quo etiam præsens tempus significari ait JCtus in *l. verbum* 8. *de V. Sign.* Sed placuit Gallo hæc distinctim & utrumq; verbum præsentis & futuri temporis ponere, ut tanto accuratior esset formula, nec occasio cavillandi. Itaq; explicatur ex mox seqq. *præsens in diem, aut sub conditione, & oportet*, refertur ad præsens debitum, *oportebit* ad illud quod ex die, aut sub conditione debetur. Male enim verbo, *aut sub conditione* omisit Holoander, quæ in omnib9 manuscriptis exstare testantur *Russardus & Contius.* Neque propterea spuria habenda sunt, quod ea à Theophilo & Jurisconsulto in *l. & ab uno* 18. § *de acceptil.* sunt omissa. Nec quidquam movet, quod negatur acceptilatio fieri posse sub conditione *l. actus* 77. *de R. I. l.* 4. *de accept.* vel quoniam nihilominus, sub cõditione debiti acceptio fieri potest, *l. quod in diẽ* 12. *de accept. l. sub cõditione* 16. *de solut.* vel potius quoniam stipulatio Aquiliana non est acceptilatio, sed novatio est, neque vero est dubium, quin debitum conditionale novari, quia & novatio sub conditione fieri possit *l. si sub* 21. *de accept. l. quoties* 14. *in pr. & §.* 1. *de novat.*

Quarum rerum mihi tecum actio.] Latius hoc patet, quam illa ex *qua causa dare facere* quæ ut diximus formula est cõdictionum; non aliarum actionum in personam, veluti, ex depositio, commodato, pignoratitiæ, &c. itaque hoc subnectendum fuit, ut stipulatio omni obligationi & actioni esset apta.

Quaque adversus te petitio.] Adhuc latius patet ita formula, vel potius ita quoque quod reali actione persequi possum, comprehendit, actionis enim verbo, in specie quæ in personam est, petitionis, actio in rem significari solet *l. actio* 28. *de Oblig. & action.*

Vel

Vel persecutio.] Hoc verbo quæ extra ordinem prætoria cognitione expediebantur, designari solent *d.l.* 18. *l. pecunia* 178. *de V. S.* Nihil ergo omissum voluit Aquilius.

Esto ne ve.] Sicut paulo ante, *oportet, oportebitve.* Curiosi & pene superstitiosi in formulis veteres fuerunt.

Quod meum, habes, tenes, possides Id quo; ad scrupulositatem formularum refero: quoniã inter ista satis accurata distinctio vix afferri, & minime omniũ perpetua potest. Plur. uti voluit verbis Gallus, ne quæ causa ejus formulam effugere posset. Alioquin verbum *tenere* generalius est, specialius autem possidere, in quo plus est, hactenus, qua est species detentionis; cum tenere magis factum, possidere etiam jus significet *l. possessio* 49 §. 1. *de adquir. possess.* prorsus verissime hic, ait Hottomann. ista non necessitatis, sed cautionis & diligentiæ esse; nam jam ante dixerat, *quasi petitio.* quo verbo diximus, significari actionem in rem, qua persequor quod meum est; autan Gallus non tantum remedia petitoria, sed etiam possessoria his verbis inuere voluit?

Dolo malo feciſti quo minus.] Regula quidem juris est, quod dolus sit pro possessione, & qui dolo desiit possidere, utili actione perinde teneatur ac si adhuc possideret *l. parem* 150. *l. adea* 157. *de R. I.* Sed tamen revera cum non possideat, hoc quoq; addere visum fuit Aquilio.

Quod Numerius.] Hactenus fuit stipulatio per quam fit obligationum novatio; sequitur his verbis acceptilatio. Et ita ut post verba, *spopondit Numerius Nigidius*, statim sequatur, *Quod Numerius*, ediderunt fere Neotericiomnes, ex *l.* 18. *de acceptilation.* Veteres tamen libri & excusi & manuscripti differre addunt & præmittunt verba: *Item ex diverso*, quæ sane magis perspicuam faciunt diversitatem stipulationis ab acceptilatione; nec video cur improbare debeamus, nec necessum fuit, ut Tribonianus omnino subsequeretur verba Jurisconsulti in *dict leg* 18. quinimo nec inde descripta videatur: cum hoc loco longe plenior sit formula Galli quam in *d.l.* 18. Addunt idem libri veteres, *per hanc Aquilianam stipulationem.* Sed Hottomann. putat non ita ineptum fuisse Aquilium, ut nomen suum stipulationi insertum voluerit. Quod quare ineptum sit, ego non animadverto. Sed & in extremo aliter habent illi libri: *quidquid tibi spopõdi, habes ne acceptum. Respondit Agerius habeo, acceptumq; tuli*, & ejus lectionis manuscriptos suos autores laudat Contius: & imo omnes ita habere testatur Russard. eundemq; veterum librorũ auctoritate confirmat Cujac. eundemq; repræsentat Theoph. Et quid igitur nugamur, & ab ea discedimus: Nullam aliam causam video, nisi pruritum novandi.

Superest in contextu quem proposuimus (hæc enim conjunctim explicanda fuerunt) quod in *fin.* §. 1. scribit Justinianus, sicut quod debetur, pro parte solvitur recte; ita in parte debiti acceptilationem fieri posse: utrumq; eget aliqua explicatione. Nimirum quod juris est totius quo ad totum, idem est in parte quo ad partem. Cum itaq; solutione omnis ejus & totius, quod debetur, tollatur tota obligatio, ut *in pr.* dictum est, tolletur ea pro parte, ubi pars debiti soluta est; & consequenter cum acceptilatio sit quædam species solutionis, in dubio etiam partem debiti accepto ferri posse admittemus. Hic nimirũ est effectus particularis solutionis, sed quæ rite facta sit, & admissa à creditore. Recte enim communiter statuitur, particularem solutionem invito creditori obtrudi non posse; quod præter textum expressum in *leg. tutor* 41. §. 1. *de usuris* probat solida ratio, quod obligationis in solidum constitutæ conditio invito creditore mutari non potest; nec per particularem solutionem quæ non pauca incommoda habet, conditio iniqua creditori inferri debet; & facit, quod plures hæredes unius debitoris, possunt singuli solvere partes, quoniam potestate L. 12. tabb. obligatio ipso iure inter eos divisa est *l.* 2. § *ult.* 4. *in pr. hæredes* 25. §. 1. *famil. erc.* quæ divisio nulla est in persona ipsius debitoris. Et fatendum est hactenus potestate juris mutari, vel alterari obligationem in persona hæredum, quæ in cæteris manet integra *l.* 2. §. 5. *de verb. oblig.* Nec obstat *l. quidam* 25. *de reb. cred.* hoc enim pertinet ad officium magistratus, cui aliquando cognita causa licet decernere, (maxime si debitor pauper & debitum non totum liquidum sit) ut creditor partem debiti accipere cogatur. Ineptius objicitur *l. ult. quib. mod. pign solv.* ubi agitur de pluribus debitis, & ex diversis causis, quæ singula cum per se & seorsim contracta sint, singula etiam creditori & singula scil. integra recte solvuntur. Et igitur rectæ pars solvitur creditori consentienti. Omnis autẽ partis mentio & præstatio præsupponit divisionẽ, itaq; in iis quæ sunt individua, veluti facta, aut res incorporales, non habet quæstio hæc locum, quoniam ista recipere partis præstationem & solutionem admittere non possunt *l.* 2. §. 1. *de Verb. Obl.*

Divi-

Dividuorum autem duo genera sunt: Alterum eorum, quæ corpore quoq; recipiunt divisionem actualē, ita ut parte soluta protinus etiam perimatur pro parte obligatio, cujusmodi sunt, quæ in quantitate consistunt. Alterum eorū, quæ si in partes divisas & corpore distinctas separantur, pereunt; sed divisionem recipiunt intellectualem, veluti, homo, equus, quæ pluriū communia esse possunt, ita ut in illis plures, sed pro indiviso & intellectu partes habeāt *d. l. 2. §. 1. de V. O.* in quibus ita res sese habet, ut si debitor creditori solverit hominis v. c. partem, quem scil. cum alio habebat communē, pro parte obligatio statim non solvatur, sed sit liberatio in suspenso, ita ut si post ejusdem hominis in individuo pars altera solvatur, jam retro pro parte intelligatur contigisse liberatio, *l. 9. §. 1. inf. de solut.* sin alius homo solvatur, partis solutæ in alio homine, tanquam si ea solutione nihil fuisset actum, sit condictio *d. l. 2. §. 1. de V. Obl. l si non 26. §. pen. de cond. indeb.* Et hoc ideo statutum fuit, ne alias creditor, qui unum individuum in solidum habere vōluit, partes in pluribus servis, & ita cum aliis communes, cogatur accipere, ut docet *l. in executione 85. §. 4. de V. Obl.* Quæ ratio ubi cessat, cessat etiam dispositio: cessat autem in solutione ficta, quæ fit per acceptilationem, & adeo per remissionem; ideoque pars hominis recte a cepto fertur, ut statim pro parte contingat debitori liberatio, & in altera parte obligatio consistat sola; remissio enim facit ut perinde sit, ac si ab initio pars tantum hominis debita fuisset: quæ sententia est & ratio *l. qui hominem 17. de acceptilation.* Atquæ hæc rursum ita se habent, ubi homo fuit promissus in genere; nam si homo fuerit debitus in specie & individuo, obligatio parte hominis soluta, pro parte extinguitur statim, quoniam scilicet in eodem homine, vel ejusdem hominis partem in specie eadem debitor solvere obligatus est, nec partem solvendo in alio homine liberari potest, quod docet *l stipulatus 9. §. 1. de solution.* ubi hominatim ista differentia inter hominem in genere & in specie debitum proponitur.

TEXTUS.

2. Præterea novatione tollitur obligatio: veluti si id quod tibi Seius debebat, à Titio dari stipulatus sis. Nā interventu novæ personæ nova nascitur obligatio, & prima tollitur, trālata in posteriorē: adeo ut interdū, licet posterior stipulatio inutilis sit, tamē prima tollatur jure novationis: veluti si id quod tu Titio debes, à pupillo sine tutoris autoritate stipulatus fuerit; quo casu res amittitur; nam & prior debitor liberatur, & obligatio posterior nulla est. Non idē juris est, si à servo quis fuerit stipulatus: nam tunc prior perinde obligatus manet, ac si postea nullus stipulatus fuisset. Sed si eadē persona sit, à qua postea stipuleris, ita demum novatio fit, si in posteriori stipulatione quid novi sit, forte si conditio, aut dies, aut fidejussor adjiciatur, aut detrahatur. Quod autem diximus, si conditio adiiciatur, novationem fieri, sic oportet intelligi, ut ita dicamus factam novationem, si conditio extiterit, alioqui si defecerit, durat prior obligatio. Sed cum hoc quidem inter veteres constabat, tunc novationem fieri, cum novādi animo in secundam obligationē itum fuerat, per hoc autem dubium erat, quando novandi animo videretur hoc fieri; & quasdam de hoc præsumptiones alii in aliis casibus introducebant; ideo nostra processit cōstitutio, quæ apertissime definivit, tunc solum novationem fieri prioris obligationis, quoties hoc ipsum inter contrahētes expressum fuerit, quod propter novationē prioris obligationis convenerunt; alioquin & pristinam obligationem monere, & secundam ei accedere, ut maneat ex utraque causa obligatio, secundum nostræ constitutionis definitionem, quam licet ex ipsius lectione apertius cognoscere.

COMMENTARIUS.

1 *Cur per novationem tollantur obligationes etiam non verbis contractæ.*

2 *Delegatio quid.*

3 *Novatio per litis contestationem, n. 6.*

4 *Cur defensor etiam cum mandato cogatur satisdare.*

5 *Iudi-*

6 *Iudicii acceptione qualis contingat liberatio.*
7 *De novatione facta per pupillum.*
8 *De novatione facta per servum.*
9 *An hodie ex conjecturis inducatur novatio.*

OBligatio aliquando ita tollitur, ut nihil plane ex ea superſit, aliquando ita, ut alia in ejus locũ ſubrogetur, quod fit per novationem *l.1.h.t.* ita ut veſtigium nullum prioris ſuperſit, & nimirum ſi quæ priori obligationi ſit adjuncta hypotheca, aut adjecta pœna, illa quoq; perimatur, & mora ante ut cauſa prioris obligationis contracta nulla amplius ſit, & ea cum omnibus ſuis effectibus tollatur *l.ſi creditor* 15. *l.novatione* 18. *l.emptor.* 27. *de nov.* Nec dubitari poteſt, quin ita ipſo jure prior obligatio tollatur. Cui nõ obſtat *l.pen. de pact. ſtip.* quoniã prætorię ſtipulationes non ex voluntate partiũ, ſed autoritate magiſtratus interponũtur, itaq; exceptione opus eſt, quomodo & reſponderi poteſt, ad *l.4.§. Labeo 7. de except. doli*, ubi iudicis juſſu ſatisfactum, ſed & amplius homo non ex obligatione aliqua, ſed iure dominii petitus fuit. Et per hunc modum quaſvis obligationes etiã re & conſenſu conſtantes, etiam naturales tantum, tolli & transfundi, ſcribit JCtus *in l.1.§.1.h.t.* Contra quam ſententiã ita diſputari poſſit, ſi per acceptilationem tantum 1† tolluntur obligationes verbis contractæ: ergo etiam per novationem. At verum prius, ut dictum ad *§.1 h.t.* Ergo, &c. Connexi ratio eſt, quia eadem videtur ratio eſſe in totum perimendæ obligationis, quæ eſt obligationis tranſmutandæ, quod ipſũ non fit ſine peremptione prioris obligationis, & utraq; tum acceptilatio tum novatio fiunt per ſtipulationem; & quidem ſolam ſtipulationem; & erat procul dubio Bart. quem refert & ſequitur *Angel. hic*, quod etiã per mandatum fiat novatio. Nec juvat ipſum *l.ſi mandatu* 45. *ult. h.t.* ibi enim, quod gloſſ. notat, intelligitur ex mandatu fidejuſſoris quis egiſſe cũ reo, ut in *pr.§.* proponitur, & ita dum ſuſcepit judicium quis, liberatur alter ut mox dicemus, & confertur ille caſus cum eo quo quis mandatu ipſius debitoris & periculo ſtipulatus eſt ab alio; ubi itidem non eſt mandatu, ſed per ſtipulationem ſecutam fit novatio. Nec quidquam poſſit dici abſurdius, quam mandatu fidejuſſoris ſimpliciter agat creditor cum Reo, hunc liberari. Accidit tamen in contractibus, qui nudo conſenſu perficiuntur, ut pactum nudum diſſolvat contractum & novam ſpeciem ejuſdem generis contractus conſtituat *l.pacta* 72. *de contr. empt. l.7.§. adeo Cod. de pactis.* Sed ut redeamus ad rem noſtram, exiſtimo plane potuiſſe hunc effectum tribui acceptilationi, ut per eam quæcunq; etiam re cõtracta obligatio tolleretur. Sed JCti pleraq; ſubtilius & ſcrupuloſius exigentes putarunt, acceptilationẽ non eſſe ſatis habilem per quam liberari poſſet, qui obligatus eſt re ipſa: ſiquidem acceptilatio eſt ſimplex remiſſio debiti, ſed novatio effectu non liberat debitorem. Sed alio eum vinculo involuit, ex quo minus efficax quam ex præcedenti eſt actio. Et poſtquam recepta quin ei fini inventa fere eſt ſtipulatio, ut aliis obligationibus quibuscunq; firmandis adhiberetur, placuit etiam utilem eam eſſe obligationibus quibuſvis, transferendi. Et fit novatio vel manentibus iisdem perſonis & debitoris, & creditoris: vel mutata perſona debitoris. Priori caſu oportet novi aliquid adjici, *h.§. verſ. ſed ſi eadem* quod ego omnino intelligẽdum puto, ſi prior quoque obligatio ſtipulatione conſtituta ſit: Ceteroquin nihil impedire puto, quominus v.c. quod ex mutuo, aut alia cauſa debetur, per ſtipulationem novetur, & in verborum obligationem deducatur *arg. l.6. & 7. de nov. l.3.§.1. de act. empt. l.ſi ſtipul. in pr. verſ. verum de uſuris*, & hoc diſerte hic monuit Theophilus: poſteriori caſu fit novatio, dum alius in locum prioris debitoris liberati ſuccedit, veluti ſi Titius creditori per novationẽ promittat, quod ſecus ei debebat, in *pr.h.§.* ſive hoc faciat Titius ultro, ſive ex mandatu Seii debitoris, ſicut enim fidejubere poteſt quis pro aliquo, aut ſolvere, aut mãdante debitore, aut etiã ultro, ſive animo negotia gerendi, ſive animo donandi, quod tum præſumitur ubi pro invito id fit: ita quoq; promittere poteſt animo novãdi, (itaut prior obligatio perimatur,) vel ultro, etiam pro nolente. *l.ſi Stichum 8. in f. de nov.* vel mandante debitore, qui modus novãdi in ſpeciem dicitur † delegatio, per metonymiã cauſæ & effectus, quoniã delegare nil aliud hic eſt, quã mandare, dum alium delego volenti creditori, & ipſi mando, ut ipſe promittat, quod ego debeo, & in ſumma delegare hic ſignificat, vice ſua aliũ reã dare creditori, qui, ut *ſup. ad tit. de fidejuſſ.* diximus, ſolet appellari expromiſſor. Ex quib. apparet, non ſatis accurate & præcipue diſtingui novationem, quod alia ſit in ſpecie dicta novatio, alia delegatio, quoniã quando quis ſine delegatione & mãdatu debitoris, ſuſcepit ipſius obligationem, eadem natura & eſſentia eſt, ac ſi id feciſſet mandatu debitoris: ſicut eadem eſt eſſentia fidejuſſionis, ſive quis mandante debitore ſive ſine mandato inter-

cedat. Et igitur ita opponendæ sunt species, quod novatio fit, aut manente eadem specie debitoris & eodem debitore, aut mutato debitore, quod fit, sive quis ultro sive debitore mandante ejus obligationem expromittendo suscipiat. Atq; hæc potest dici καὶ ἐξοχὴν novatio ubi intervenit stipulatio. Generalius autē l. quendo hęc est novationis spe- 3 cies: & novatio in genere accepta † distinguenda est, quod alia fiat per stipulat o. ē, alia pe. litis contestationem quam Dd. vulgo vocant accessoriam; & nimis scrupulosi sunt in verbis, qui non possunt ferre, ut ita appelletur; Et imo enim jure nostro, etiam per litis contestationem fit novatio, & hoc rursus, sive manente eadem persona, sive mutata persona. Illud, si ipse reus litem contestetur & suscipiat nomine proprio; hoc si alius ejus nomine: & hic iterum sive faciat ex mandatu Rei quo respectu dicitur per litis cōtestationem fieri delegatio *l. delegare* 11. §. 1. *de novat.* sive sine mandato, imo etiā nolente Reo *l. solutione* 23. *de solut.* u. i dicitur, l berari reum & ignorantē & invitū si alius pro eo judicium accipiat: & in *l. si pro eo* §. 1. *de in rem verso* liberari patrem, si filius pro eo, ut defensor judicium susceperit; ita ut defensor talis (nisi pro invito id fecerit) ha. eat regressum contra debitorē *l. qui servū* 20. *de interrogat. in jur.* Neq; ita infertur iniqua cōditio creditori actori, quia nemo potest suscipere judicium nomine alieno, nisi idoneæ & satisdato de judicando solvendo caveat §. *si vero*, *inf. de satisdat. l. minor* 51. §. 1. *cum ll. seqq. de procurator.* Et hinc 4 quod † nimirū dum alius suscipit judicium, reus liberatur, est, quod etiā, qui ex mandato alium defendit, tamen de judicato solvendo satisdare tenetur *l. un. inf. C. de satisdando.* Non tantum autem hic comparationem solutionis & judicii acceptionis, quæ fit in *d. l.* 23 *de solut.* esse non absolutam, sed secundum quid, nam per solutionem quidem tol- 5 litur † obligatio debitoris ipso jure, sed per judicii acceptionem licet condemnatio secuta sit, tollitur tantum per exceptionem, ut probat expressus textus in *l. qui servum* 20. *de interrogat.* & confirmat hæc ratio, quod non potest plus operari acceptio judicii, quam alius facit nomine debitoris, quam acceptio judicii, quam ipse nomine suo facit debitor, atqui nec hoc casu obligationem & actionem priorem tolli ipso jure, sed etiamnum superesse, communiter statuunt Dd. qui hanc novationem vocant cumulativam, eoque adducunt quod in *l. alium* 29. §. 1. *de novation.* ubi prioris obligationis qualitates superstites, quæ per novationem quæ fit stipulatione tolluntur, arguunt & ipsam adhuc obligationem & actionem superesse. Item qi quod cum juramentum comparetur cum re judicata *arg. l.* 2. *C. de re iud. l.* 8. *C. de reb. cred. l post rem* 56. *de re iudic.* & cum per jus jurandum dicatur fieri novatio *l. qui iuravit* 26. §. *ultim. de iureiuran.* quin & solutionis *l* 27. & 28. §. 1. *eod. titul.* & ex eo novatio nascatur *d. l.* 8. *Cod. de reb. credit. d. l.* 28. §. *ultimum* tamen post jusjurandum prior actio manet *l. eum qui* 30. §. 1. *de iure iur.* & cum sententia absolutoria non perimat actionem ipso jure, de quo *inf. de excep.* nec condemnatoria eam perimere videtur Et levia sunt, quæ contra referente Porcio disputavit Petrus quod dicatur novari actio *l.* 3. *C. de sentent. rei iud.* quod etiam dicatur novatio quędam fieri per litis † contestationem. Non enim genus omne ex æquo omnimodo prædicatur de omnibus speciebus, & dicitur etiam non inepte novatio propter & qualitates aliquas, & quia lōge utilior est actio judicati, & Tribonianus parum accuratus est juris autor. Quæret autem forte quis, quænam sit causa huius novationis per litis contestationem & judicium, sive suo sive alieno nomine susceptum. Crediderim hinc esse, quod per litis contestationem res in iudiciū deduci, & tota iudici committi intelligitur; qui exinde ex formula rem iudicat, ita ut tū nova iudicati actio nascatur, qua de causa *iustin. in l. ult. C. de sentent. rei iud.* ait quod per actionem iudicati prior obligatio novetur: & in *l. si fundus* 16. §. *si pluris* 6. *de pign.* dicitur causa transire in cōdemnationem, & hoc quoq; sensu dicitur iudicio cōtrahi *l.* 3. *Idem* 11. *de pec.* quia partes litem contestando accepta formula in iudicem consentiunt, eiq; causam cognoscendam committunt. Sed & statim lite cōtestata actio inducit novas qualitates, ut quæ temporalis ut morte rei peritura erat, incipiat fieri perpetua & transitoria in hæredes *l.* 9. *inf. de perp act.* Quæ tamē apparet talia non esse, ut novationem veram inducant, cum utique super ipsa obligatione principali formula detur, & cognoscatur & pronuntietur; & autoritate iuris ne necessum sit priorem rursum instituere actionem, nova accedit actio, quæ dicitur iudicati, quæ ex illo quasi contractu, quem videtur inducere litis contestatio, originem trahere videtur. Hæc ad explicationem istius rei scribere visum fuit. Jam cætera textus videamus. Ait Just.

Interventu novæ personæ.] Nimirum ita si iuxta id quod præcedit, quis promittat, quod alius debet tamquā expromissor; nam alias & fideiussor promittit

mittitidem quod Titius debet hoc tamen obligato manente.

Adeo ut interdum.] Ait, quod fiat novatio, si quis stipuletur quod alius sibi debet, licet stipuletur inutiliter. Nimirũ ut inutilis sit stipulatio ratione effectus, non ratione formæ. Quod accidit in exẽplo mox subjecto, si qui quod sibi Titi⁹ jure debet, stipuletur à pupillo promittẽte, id sine tutoris autoritate; contra quam ut sup. tractavimus ad §. *pupill.* 9. *de inut. stip.* nulla (nisi locupletior factus sit) est actio, & qui nõ nisi naturaliter, ut ibidem explicavimus, obligari potest: quæ obligatio naturalis hic dicitur nulla duplici respectu 1. quoniam nulla ex ea potest nasci actio, & toto hoc tractatu tantum de civili efficaci actione agitur, 2. quoniam nec effectus obligationis naturalis habent locum adversus pupillũ, qui si id ex hujusmodi obligatione solvat, jus repetendi habet, juxta tradita ad *d.* §. 9. ubi diximus hoc intuitu pupillum alicubi negari obligatũ esse naturaliter: sed & hoc, quod jura succurrãt tãtum pupillo, ut sit indemnis, non etiã aliis, & eorũ intuitu obligationem pupilli habere pro naturali, ita ut fidejussor & pignus ei accedere possint; itemque quod ad rem nostram pertinet, ut pupillus sine tutoris autoritate novare alterius obligationem possit, qui sibi imputet, quod à pupillo est stipulatus, idq; est, quod ait Justin. priorem debitorem liberari, & rem amitti, quoniam obligatio à pupillo contracta sit nulla, quatenus se in ipsius damnum vergere possit. Quod si non omnino & penitus nulla esset, non posset fieri novatio, sed prior obligatio maneret in suo statu, cum novatio sit prioris obligationis in aliam transfusio. Ergo hactenus pupillus pro naturaliter obligato habetur, ut in præjudiciũ creditoris stipulantis sustineatur, & valere possit novatio: quomodo cum hoc loco componitur *l.* 1. §. 1. *in f. de nov.* ubi dicitur, novationem fieri, si modo sequens obligatio naturaliter teneat, si nimirum hoc quod alius debet, pupillus sine tutoris autoritate promiserit. Ex adverso, quod pupillus debet naturaliter tantum, potest novari, si alius id se daturũ promittat: quomodo obligatio naturalis quæ erat, convertitur & transfunditur in efficacem & civilem; quod & ipsum ostendit *d. l.* 1. §. 1. *in pr. de nov.* sufficere quod præcesserit naturalis obligatio; ut nempe & hic obligatio pupilli habeatur pro naturali in præjudiciũ ejus, qui eam animo novandi in se suscepit. Obligationem autem suam, qua alius jure obstrictus est pupillo, sine autoritate tutoris pupillus novare, & ita conditionem suam deterio-

rem non potest facere, ad quem casum pertinet haud dubie *l. pupillus* 10. §. 1. *de nov.* qui frustra adeo opponitur contra *d. l.* 1. §. 1. *eod. tit.*

Non idẽ juris si à servo.] Ait si quis † à servo stipu- 8
letur, quod alius debet, non fieri novationem, sed priorem debitorem ut ante manere obligatum. Atquin servus obligatur naturaliter, ut dictum *supr. de oblig.* & ubi sequens obligatio naturaliter tenet, heri novationem ait JCtus in *d. l.* 1 §. 1. *de novation.* Hottoman. respondet, & hanc rationem differentiæ esse scribit inter servum & pupillum, quod ille sit incapax civilis obligationis, cujus gratia sit introducta novatio. Atquin nec pupillus capax est hujusmodi obligationis & hac ratione admissa, nec omnino possit stipulari servus, quod falsissimum est. Et alia igitur hic ratio quærenda est; & hæc nimirum; quod obligationes considerentur vel in se, vel quatenus à jure sunt accommodatæ & formatæ: quod exẽplo obligationis pupillaris, & mulieris quæ intercessit cõfirmavimus *sup. ad pupillus de inut. stip.* Aliud hic ejus rei exemplum occurrit in servo, qui ex quibusdam causis, licet ratione consensus recte dici possit naturaliter obligatus, tamẽ autoritate juris non habetur pro naturaliter obligato; nam effectus ejus rei, quod servus naturaliter obligatur, inter alios & hic est, quod dominus ex eiusmodi contractu ex quo servus naturaliter obligatur, tenetur de peculio actione. Sunt autẽ casus, ex quibus, ut servus possit obligare actione de peculio dominum æquum visum non fuit: quoniam dominus concedẽdo peculium istam facultatem minima intelligitur concessisse; eujusmodi sunt, fideiubere, compromittere, judicium suscipere, & alienam obligationem per novationem in se suscipere; itaq; perinde hic habuerũt LL. ac si omnino servus obligatus naturaliter non esset, idq; est quod dicitur *l.* 3. § *si filiusf.* 5. *de pecul.* si servus intercesserit, non teneri dominum de peculio; & idem de novatione in *l. in persona* 30. §. 1. *de pact.* & præcise *in l. sed &* 20. *de fideiuss.* quod servus ex causa fideiussionis obligari non possit: nisi tamẽ ista fecerit ex causa peculiari, negotiũ quasi gerens peculii, & illud augens *d. l.* 3. §. 5. *de pecul. d. l.* 30. §. 1. *de pactis, l. ult. in pr. de novat. l. servus* 20. *cum l. seq. de usur.* quamvis quidã insuper requirant, ut servus liberã habuerit peculii administrationem per *d. l. ult. de nov.* Ceteroquin nec peculiarem obligationem novare posse, per *l. servus* 16. *de nov.* cujus rei non obscura hæc ratio est, quod actionem quæsitam, domino, servus adimere non potest, unde respon-

ſum eſt in *l.fugitivum 19. in f. d. ſolut.* ſi ſervus meus peculiari nomine pecuniã crediderit, (quo facto ſtatim domino quæritur actio) eum novãdo debitorem liberare nõ poſſe. Et ſunt tamen caſus quib. hæc ratio ceſſat, ut in ſpecie *d. l.30. §. 1. depact.* Sed plane per delegationem non poſſe liberari debitorem à ſervo, & ipſum probari videtur ex *d. l. ult. de nov.* ubi tum demum fieri novationem addit JCtus, ſi ipſi, ſervus. aut filiusf. ſtipulentur, quæ eſt novatio in ſpecie dicta oppoſita delegationi, in *d. l. 19. de ſolut.* ubi cum & jus novandi negetur, oportet ut dictum eſt, diſtinguere: aut cum Acc. in *l. ult. de nov.* an donandi animo, nec ne facta ſit novatio: aut confugiendum ad varias ſectas Juriſconſultorum quarum meminit *Cujac. 8. obſ. 11.*

Si conditio, aut dies.] Acceptilatio non fit ſub conditione *l. 4. de accept.* Sed utiq; novandi animo recte ſub conditione fit ſtipulatio, nec enim ullo alio differt hæc ab alia ſtipulatione quam quod effectum habet novandi, qui tamen ex natura conditionis interim ſuſpenditur; ſicut conditio ſuſpendit etiam quamvis obligationem. Et de hujuſmodi novatione & iſto effectu præter hunc locum *verſ. quod autem* ſunt textus *in l. ſi. Stichum 8. §. 1. & l. quoties 14. in pr. l. novatio 24. & l. ſi rem 31. de novation.* in quo juxta hũc text. eadem res, nec mutata perſona adjecta conditione in ſtipulationem novandi animo deducta fuit.

Sed cum hæc quidem.] Poteſt unus eandẽ rem ex plurib. cauſis, & obligationibus debere: poſſunt & plures pro una re, vel ſumma uni eſſe obligati. Itaq; non ſemper neceſſe eſt fieri novationem, ſed non raro accedit obligatio obligationi. Idq; eſt, quod non uno loco legimus, requiri, ut animus novandi adſit, *l. 2. l ſi ita 6. in pr. l ſi Stichum 8. §. 1. & 2. l. fundum 28. & l. ſi hominem 32. h. t. l. duo 71. pro Socio.* Id aliquando ex ſolis conjecturis inductum & intellectum, aliquando magis diſerte agi oportuiſſe, ubi alias in poſteriori v. c. minus fuiſſet quidam exiſtimant; aliquando niſi contrariũ autem eſſet, novationem præſumptã, per *l. dotẽ 30. de iur. dot. l. qui uſumfructum 58. de V. O.* ubi tamen Cujacius arbitratur, verbum *ſpecialiter* à Triboniano adjectum eſſe. Hinc† cum ſæpe controvertereretur, an ſtipulatio novandi animo facta eſſet, conſtituit Juſtin. non eſſe amplius novandum Lege, hoc eſt, ex conjecturis à Lege admiſſis, vel quas ex LL. quis mutuaretur, ſed *voluntate*, id eſt, non fieri novationẽ, niſi partes hoc expreſſerint, velle ſe novare: Ceterõquin eſſe in integro obligationem priorem, & ni accedere aliam. Ex quibus perſpicuum eſt, abſurde annotatum eſſe à Gothofr. ad *l. 2. de novat.* olim id agi verbis neceſſum fuiſſe ut novatio fieret; hodie id ſatis eſſe exprimi volũtate ſola. Ita autem licet conſtitutum ſit *à Juſtin. in l. ult. C. de nov.* ut nulla niſi nominatim hoc inter partes actum ſit, novatio fiat: attamen Interpp. communiter admiſerũt, ſi de facienda novatione & animo partium adſint non uſque adeo obſcuræ conjecturæ, factam novationem intelligi, non quidem ipſo jure, ſed ope exceptionis. Cui quidẽ ſententiæ hoc obſtat, tum quod ita Lex Juſtiniani non erit poſita reb. ſed verbis, quandoquidem parum imo pene nihil intereſt effectu, an hoc vel illo modo obligari tollatur; tum quod ita ſcopum ſuum aſſecutus non fuerit Juſtinianus, & adhuc erunt controverſiæ, an & quando novatio facta ſit, vel non: cum tamen Juſt. ea gratia ita conſtituerit, ne amplius in ambiguo verſandum eſſet. Valde tamen rationi conſentanea eſt limitatio Doctorum, & abſurdum videtur nullas admittere hic conjecturas: & ſi quis pro frumẽto ſtipulatus ſit ſibi dari pecuniã, haud dubie præſumetur id animo novandi feciſſe: niſi quis pro Juſtin. dixerit, imputare ſibi debere alterutrum contrahentium, quod non adjecerit, ſe velle novare obligationem: qua etiam in re quædam concurrit ignorantia juris & quiſq; ſe conformare Legibus debet. Et mihi tamen arridet magis communis opinio, ita explicata à Johan. Fab. hic, quod quando primus contractus (ita loquitur) non eſt bene compãtibilis cum ſecundo, & ex effectu verborum apparet de animo novandi, tunc utiq; per exceptionem ſaltem novationem debere induci.

TEXTUS.

Hoc amplius ex obligationes, quę conſenſu contrahuntur, contraria voluntate diſſolvuntur. Nam ſi Titius & Seius inter ſe conſenſerint, ut fundum Tuſculanũ emptum Seius haberet centum aureis: deinde re nondum ſecuta, (id eſt neque pretio ſoluto neque fundo tradito) placuerit inter eos, ut ab ea emptione & venditione diſcederetur, invicem liberantur. Idem eſt in conductione & locatione, & in omnibus contractibus, qui ex conſenſu deſcendunt, ſicut jam dictum eſt.

COM-

Digitized by Google

COMMENTARIUS.

PEtvulgatum eſt, unumquodq; eo modo diſſolvi quo colligatum eſt. Itaq; contractus qui ſolo conſenſu conſtant, nudo conſenſu diſſolvi, conveniens eſt: & adeo ut apparet, re adhuc integra, ubi nec tum pretium ſolutũ nec res tradita eſt: ubi enim utrumque vel alterutrum horum factum eſt, jam res non amplius eſt in terminis nudi conſenſus: & proinde ſi abiri debet à contractu, & diſſolvi obligatio, neceſſum eſt, ut quod intervenit, & fecit ne res amplius ſit integra, rurſus in contrariũ agatur ut docet *l. ab emptione* 58. *de pact. l.* 1. *&* 2. *C. quand. lic. ab empt. diſc.* qua de re alibi latiſſime contra Fabrum, & nimirũ in exercitationib. meis ad *dicend.* 95. *cap.* 6. *cum plurimis ſeqq.* Reb9 autem adeo integris ait Juſtin. h. §. diſſolvi contractum, contraria & ſcil. mutua (alterutro enim invito non poteſt) voluntate: & ut mox ſequitur, ſi placuerit, ut diſcedatur ab emptione contrario cõſenſu *l. pro* 80. *in fin. de ſolutionib.* quæ voluntas & quod placitum declaratur ſimplici quoq; pactione citra ſtipulationem: & cum hi contractus nulla deſiderent verba, ad eos diſſolvendos nihil magis ſtipulatio quam nudum pactum facere poteſt. Et communiſſima juxta & veriſſima ſententia eſt, quod per pactum nudum contingat liberatio & diſſolvatur obligatio ipſo quoque jure, quæ probatur *ex l.* 7. §. *adeo* 6. *l. ſi unus* 27. §. 2. *d. l. ab empt.* 58. *de pact. l. pacta* 72. *in fin. pr. de contrab. empt.* Poteſt hic objici: quod pacta tantum producant exceptionem, & cum iſti contractus producant obligationem quoque civilem, non videatur ea nudo pacto poſſe diſſolvi. Sed repetendum huc eſt, quod ſupra ſcripſimus *ad tit. de obligat.* civilem obligationem non uno modo dici, & hanc quoque dici talem, quæ præter approbationem nihil habet à jure civili. Hæc eſt quæ oritur ex contractibus juris gentiũ, qui aut re aut cõſenſu ſolo perficiuntur & illi quidem quo minus pacto nudo diſſolvãtur, impedit interventus rei: in his autem nihil impedit, ſed cum tota eorum eſſentia ſit à jure gentium, quo etiam pacta valida ſunt, & tota eſſentia ſit in conſenſu ſolo, ubi per pactum & diſſenſum contrarium, ſublatus eſt conſenſus, nõ poteſt nuda approbatio civilis facere, ut remaneat obligatio, non magis, quam ut poſt præteritam & redditam rem fieri poteſt, ut illa ſuperſit obligatio ex contractibus qui re perficiuntur. Quibus conſequens eſt, ut & pactum hypothecæ, quo jure prætorio introducitur obligatio efficax pignoris per nudam conventionem *l.* 1. *de pignor. act.* per contrariam voluntatem & nudum pactum diſſolvatur: nec ulla hic ratio differentiæ reddi poteſt: & inepte objicitur *l. ſi tibi* 17. §. 2. *de pact.* quoniam ibi non de pacto remiſſorio pignoris, ſed debiti principalis tractatur: quod cum per exceptionem tollat obligationem principalem, nec aliter acceſſoriam obligationem, ſuper qua nec expreſſe conceptum eſt, tollere poteſt: de quo in *Tr. de pact. & Tr. de pignorib.* plura diximus.

COMMENT. AD LIBRUM III. INSTITVT.
Imp. Finis.

Digitized by Google

AD LIBRUM QUARTUM

INSTITUTIONUM JURIS

Ad Titulum Primum

DE OBLIGATIONIBUS, quæ ex delicto naſcuntur,

TEXTUS.

Cum ſit expoſitum ſuperiori libro de obligationibus ex contractu & quaſi ex contractu: ſequitur ut de obligationibus ex maleficio, & quaſi ex maleficio diſpiciamus, ſed ille quidem, (ut ſuo loco tradidimus) in quatuor genera dividuntur: hæ vero unius generis ſunt: nam omnes ex re naſcuntur, id eſt, ex ipſo maleficio: veluti ex furto, rapina, damno, injuria.

COMMENTARIUS.

1. *An recte negetur hic in fin. diſtinctio delictorum.*

HOttomannus à *tit. de oblig.* demum ibrum III. auſpicatur & porro cõtinuat ulq; ad *tit. de action.* à quo demũ initium facit libri quarti, eõtra omnium librorum autoritatẽ, & omnes Interpp. judicium cerebri ſui nimis arroganter ſecutus, & quem *hoc pr.* ibi *ſuperiori libro* manifeſto confutat: Et commentũ eſt, quod ait hæc verba & hunc locum deſumptũ eſſe ex veteri Cto, qui aliter tractaverat materias: & recte ille enſemb. *hic*, nõ tam ſupinæ negligentiæ fuiſſe compoſitores, ut iſto loco ita integre uterentur, nec expungerent hæc verba, niſi & ipſi hic initium novi libri feciſſent. Porro ipſe Juſtinianus, reddit ordinis rationẽ, quod nimirum juxta diviſionem *ſup. de obligat.* propoſitum, explicata materia contractuum, agendum ſit de obligationibus quę deſcendunt ex delicto, ſive ex maleficio & *quaſi ex maleficio*, quę verba Cujac. & Contius delenda eſſe putant, (eademque omiſit Pacius) quia deſint in quibuſdã: quæ ridicula ratio eſt: maxime cum Contius & Pacius retineant verba priora *quaſi ex contractu*, & cõcinnius eſſet hæc quoque expungi, quod facit Ruſſard. *arg.* §. 1. *de actionibus.* Sed inepte ita argumentamur. In *d.* §. tantummodo habetur mentio contractus & maleficii, ergo & hoc loco tantum eorum habenda eſt mentio. Et ego fortius concludam ex §. 2. *ſupra de oblig.* ubi Juſtin. non facit tantum duo membra contractus & delicti, & poſtea in verum & quaſi contractum & maleficiũ diſtinguit: ſed diſtinctim quatuor membra proponit, ex contractu vel quaſi, itemq; ex maleficio & quaſi: & rariſſimũ eſt, ut ſub contractus appellatione quaſi contractus contineatur. Hæc contra prurientes iſtos Neotericos dicta volui.

Sed illis quidem.] Proponit differentiam inter obligationes ex contractu, & ex delicto, quod illæ ex quatuor cauſis naſcantur, re, verbis, literis, conſenſu,

Digitized by Google

sensu. Sed hæ omnes ex RE. Quæ oppositio & distinctio laborare dupliciter videtur. Quod injuria etiam fit verbis & literis *l.1.§.1.l.5.§.si quis 9.& l.10. de ini.l.un.C.de famosis libell.* 2. Quod rationis loco in fin. male addit: omnes nasci ex re, id est, ex ipso maleficio: neque enim si in generali causa conveniunt, & omnes ex maleficio sunt, propterea negãdæ sunt species: cæteroquin eadem ratione quis negaret species contractuum, quia obligationes omnes quę verbis, re &c, contrahũtur, utiq; sunt ex contractu. Nec tamen hic vitium aut error aliquis Triboniano imputari potest, qui hoc videtur descripsisse ex Cajo *in l. 4. de oblig. & act.* Hott. ait intelligi, non ita committi verbis aut literis delicta, sicut contrahi dicitur verbis aut literis: & acerbe irridet quosdam, qui hoc non intellexerint: ipse fortassis risu dignus. Hoc enim quivis sanæ mẽtis intelligit per stipulationem & solennia verba, & per chirographum ut explicatur id supra *de lit. obligat.* non committi delicta. Verum cum utiq; vere iniuria & delictum quoddam verbis cõmittatur, & hæc species ab ea quæ committitur Re, omnino sit diversa, nemo umquam effecerit, ut verum simpliciter sit, quod omnia delicta pariter re cõtrahantur & committantur. Itaq; ea responsio Hottomanni ad excusandum aliqua Gaium & Tribonianum valet, at omni culpa eos non liberat. Et addi hoc quoque potest, quod ex causa contractuum re obligamur dum rem accipimus, obligatio autem verborum contrahi dicitur, dum quis se facturum daturum promittit, quo modo nullum delictum contrahitur, & ex voluntate animoque delinquendi non est obligatio & actio ad pœnã, nec enim huc pertinet, quod aliquãdo in exemplum & in atrocissimis delictis etiam conatui & voluntati, quæ in actum aliquem erupit, pœna irrogatur. Prorsus quod negatur distinctio eiusmodi delictorum, accipiendum est non absolute, sed relative ad distinctionem contractuum, sive obligationum ex contractu, quo pertinet quod *Vlp. in l. si quis 52. §. neque 19. de furtis.* verbo & scriptura furtum fieri negat, quibus tamen verbis furtum ab iniuria distingue re videtur.

TEXTUS.

1. Furtum est contrectatio fraudulenta lucri faciendi gratia, vel ipsius rei vel etiã usus ejus possessionisve: quo lege naturali prohibitum est admittere.

COMMENTARIUS.

1 *Furtum non fit solo animo.*
2 *Furtum possessionis.*
3 *Finis, lucri faciendi gratia.*
4 *An furtum jure naturali prohibitum.*
5 *Furtum an fiat rerum hereditariarum.*

ANte omnia præmittendum est, agi hic de delictis privatis, & quidem quatenꝰ ex illis alteri acquiritur actio pœnalis, qua quod sua interest, aut alias pecuniariam pœnam incomodum suum persequitur, & ita agit ut reus sibi condemnetur. Judicia enim criminalia, quæ dicuntur tendere ad vindictam, & quæ tendunt ad infligendam pœnam corpori, vel etiam pecuniariam extraordinariam, quæ republicæ applicetur, huc non pertinent. Primum ex privatis delictis est furtum, cujus definitio hic proponitur ex *l. 1. §. ult. h.t.* sed quæ videatur etiam convenire rapinæ bonorũ, nisi addatur differentia alia, à clandestinitate, aut hoc sub verbo contrectationis intelligatur, & tamen paulo subtilius accipiatur, & ille quoque clam facere dicatur, qui re apud se existente non recte utitur. Genus igitur furti est:

Contrectatio] Excluduntur hoc verbo res incorporales, quæ non tanguntur, nec auferuntur, & oportet esse corpus quod contrectetur *l. si is 75. h.t.* Excluditur etiam nuda & simplex consultatio, de quo & an consilio furtum quis facere dicatur, diximus *in §. Interdũ 11. inf. h.t.* ut hoc saltẽ hic moneamus, posse eũ qui revera & proprie fur nõ est, pœna tamen furti teneri, & actione furti convenire: Et huc pertinet quod Ulp. ait, *in l. si quis 52. §. neq; 19. h.t.* verbis aut scripto furtũ non fieri, sed cõtrectatione opus esse, & *in l. vulgaris 21. §. qui furti 7. h.t.* qui animo furti faciẽdi intravit conclave, nondum furem esse. *& in l. 1. §. rem 18. de adq. poss.* furtum animo non admitti. Et significatur contrectatio rei cum quadam motione: ut excludantur a objecto furti res immobiles, *§. quod autem sup. de usucap.* quæ tãguntur quidem, & quas clam quis ingredi & ita cõtingere potest, sed citra ullum damnum & detrimẽtum & motionem earum. Sed & in rebus mobilibus amotio & motio paulo subtilius accipienda est, ut non intelligatur amotio tantum ex potestate domini, sed etiã rei quę quamvis ex justa causa penes quẽ existit illicita usus. Eo enim pertinet quod mox subjicitur, *vel usus eius* idque fit dupliciter, si nimirum utatur re, cujus vel nullum usum habet,

vel

vel uraturultra limitatũ & conceſſum viſum. Nullum uſum habet depoſitarius & creditor in pignore. Itaque ille re depoſita, hic pignore utentes, furtum committunt. Limitatum habet commodatarius, quem ſi excedat furtum committit §. *furtum 6. h.t. l. qui juramenta* 40. *l. ſi pignore* 54. *D. eod.* ſequitur in definitione.

Poſſeſſionisve.] Omne furtum eſt poſſeſſionis, ut nec fiat furtum, ſi rei penes alium non ſit poſſeſſio, ex quo hæreditati jacenti negatur fieri furtum. *l.* 1. §. *Scævola* 15. *ſi is qui teſtam. lib.* Sed quia hic poſſeſſio opponitur rei & uſui, oportet intelligi tale furtum, quod ubi ſolius poſſeſſionis intuitu cõmittitur: cujus rei duo ſunt exempla 1. ſi debitor rẽ propriam, quam pignori dedit, eoque ejus poſſeſſionem tranſtulit, ſubripiat creditori, de quo *in* §. *aliquando* 10. *infra h.t.* Deinde quo exemplo utitur Theoph. hic, ſi depoſitarius dolo malo utatur re depoſita animo intervertendi, & inficiandi depoſitum *l. inficiando* 57. *in pr. de furt.* ita enim deponens amittit poſſeſſionem *l.* 3. §. *ſi rem* 18. *de acq. poſſ.* itaque hic concurrit furtum uſus & poſſeſſionis. Habent autem & iſtæ ſpecies contrectationem Rei: & proinde in ſpecie verbum Rei in definitione accipiendum eſt: aut *ex* §. *ult. l.* 1. *h. t.* ut vulgo legitur, & in Florent. teſtante etiam Aut. Auguſt. 4. cm. 4. ubi notat Holandrum verbum *rei* bis ponendum eſt *Furtum eſt contrectatio rei, lucri faciendi gratia, vel ipſius rei &c.* ut ſi ſenſus, furem contrectare, vel ut ipſam rem ſibi habeat, vel ſaltẽ ut uſum aut poſſeſſionem, quo ſenſu depoſitarius, qui omnino vult intervertere rem, non ſolum ut uti, non ſolius poſſeſſionis, ſed etiam rei furtum facit, & ita exemplum Theophili minus commodum eſt, ſed aliud peti poteſt *ex l. furtivam* 74. *h.t.* Singulatim ſpeciẽ furti *v. ad* §. *aliquando* 10. *infr. h. t.* Additur in definitione.

Fraudulenta.] Eſt communis differentia delictorũ, quæ, excepto unico, de quo *infra*, §. non committuntur ſine dolo: idque de furto, & quod ſine dolo & affectu furandi non fiat, nominatim traditur *in* §. *unde in rebus in fin. ſup. de uſucap. & in* §. *placuit* 7. *infra h.t.* ubi plura dicemus. Supereſt in definitione.

Lucri faciendi gratia.] Hæc maxime differentia diſtinguit furtum à cæteris delictis. Eſt enim finis qui diſtinguit actiones: & à propoſito † maleficia diſtingui docet ICtus *in l. qui injuria* 53. *in pr. h.t.* ut non tam factũ, quam finis & faciendi cauſa ſpectetur *l. virum* 39. *in princ. eod.* Itaque iſte finis ſi abſit, furtum non erit. Cui non obſtat *l. qui ſaccum* 77. *h.t.* quoniam licet non principaliter, tamen per cõſequentiam, ut eo commodius auferri poſſet pecunia, facci quoque ſubripiendi animus fuit. Magis obſtat *l. ſullo.* 82. §. 2. *h. t.* ubi ait ICtus eum furti teneri, qui ancillam non meretricẽ libidinis cauſa ſubripuit. Et vix eſt quod commode reſpondeatur: nil. quis putet id ideo receptum, quia ancilla corrupta ſit minoris pretii, & virgines ancillas majoris veniiſſe docet *l. ex empto* 11. §. *ſi quis* 5. *de action. empti*: vel quia cum ſubripiens ſciret non eſſe meretricem ancillam, per conſequentiam lucri ſimul cauſa eã ſubripuiſſe videri poſſit. Aut an levi trajectione legimus ibi, *ancillam meretricẽ non libidinis cauſa*: quomodo oppoſitio erit ad *d. l.* 39. *h.t.* & non inelegans ratio dubitandi, quod cum ancillæ meretricis libidinis & inde quæſtus cauſa habeantur à dominis, nõ videatur in eas cadere furtum, & poſſit videri hujuſmodi ancilla abducta in dubiã libidinis cauſa, quo tamen non obſtante committatur furtum, ſi lucri cauſa id factum probetur. Tandem additur in finitione:

Quod jure naturali prohibitum.] Cauſa hæc extrema potuiſſet omitti. Et ſoleat alias illi objici, quod †eum jure naturali omnia fuerint communia, eo jure non fuerit locus furto. Sed commentum illud eſt de communione omnium rerum, quæ in nulla umquã republica fuit. Et ius naturale hic non intelligimus, quod beſtiis commune eſt, ſed quo utuntur homines, & quod in latitudine ſua opponitur jure gentium, & cui etiam recte referuntur accepta domina eorundemque diſtinctiones quæ poſita ſane contra rationem iuris naturæ peccat, quiſquis alteri ſuum aufert: & facit quod *Ariſt.* 1. *Polit.* 1. ipſas civitates ait eſſe a natura & quod homines inſtinctu quodã ipſius rationis convenerint in unũ & inſtituerint civitates. Et peſſime Alciatus *in l. probrum* 42. *de V. S.* iſtam prohibitionem refert ad jus poſitivum: quem nec juvat, quod referente *Gellio* 11. *noct. Att. ca.* 18. apud Spartanos & Ægyptios furta impunita fuerunt. Nam 1. ex eo quod pleriſq; & pene omnibus gentibus placuit, ius gentium æſtimamus, cui nõ derogant unius aut alterius gentis barbara inſtituta, de quo ſupra latius actum eſt *lib.* 1. *tit.* 2. Deinde nec aut Ægyptii aut Spartani ſimpliciter probarunt & admiſerunt furta, ſed ſpeciali quadam ratione. Et de Spartanis d. loco teſtatur Gellius, ad militarem exercendam & acuendã induſtriam, id fuiſſe permiſſum: neque vero omnibus, ſed iunioribus tantum, *teſte Xenoph. in deſcr. Reipub.*

Reipub. Spartanæ & porro de Ægyptiis scribit *Diod. Siculus lib. 1. p. 2.* Legem iis fuisse, ut qui furari vellet, nomen suum profiteretur apud Archifurem, & quasi præfectum furum, ad quem res furto ablatæ afferendæ erãt, & quæ dominis detracta quarta parte reddebantur. Et reddit rationem, quod cum furta inhibere omnino, impossibile sit, repererit rationem Legislator, ut domini passi exiguum damnum, quasi in pœnam negligentiæ, res suas recuperarent, ut ita appareat furta iis probata non fuisse: & hanc ipsam tamen Legem post non fuisse probatam, sed abrogatã, indicio est, quod scribit *Herodot. lib 2. in fin.* Amasium regem Ægypti Lege sanxisse, ut subditi singulis annis magistratui vitæ suæ, & unde eam tolerarent, reddere rationem cogerentur. Frustra autem huc affertur de Samiis ex *Plutarcho probl. Græc.* 55. apud quos in memoriam olim actæ vitæ uno die quotannis furari permissum erat. Licet autem furtum jure gentium recte prohibitum dicatur, non tamen, omnium quæ eodem jure prohibita dicuntur, eadem est ratio, nec nisi secundum quid in *l. 42. de ver sign.* adulterium & furtum conjunguntur: quod recte ibidem observat Alciat. male autem *A. Augustin. 4. emend. 4.* æqualiter damnat jam dd, mores Spartanorum & mores Persarum, quibus incesti cum matribus concubitus tolerabantur, neque vero omnia delicta jure gentium prohibita æqualiter turpia sunt. Et hæc ad definitionem furti: cui adhuc obesse videtur, q hæreditariarum rerũ ante aditam hæreditatem negatur fieri † furtum *l. 1. §. 15. si is qui testam lib. l hereditaria* 68. *h.t. l si servus* 40. *de noxa. lib. act. l. 2. & ult infr. expil. hared. l. eum qui* 14. *§. si res* 14 *h.t.* & tamen est contrectatio rei fraudulenta lucrifaciendi causa. An addimus definitioni, *invito domino?* qui harum rerum nullus revera est & utique invitus dici non potest: an subintelligimus, possessionem rei esse penes aliquem? quæ hic nullius est: an casus singularis non venit in considerationem? Plane subtilis ratio facit, ut hic non dicatur admissum furtum, revera enim fur est, qui sciens rem non suam fraudulenter lucri sui causa auferit, sed quia revera res nullius est, fit, ut ne fur dicatur. Et ineptus est Hotto. qui per verbum, *fraudulosa* putat effici, ut ne istud furtum sit, quoniam nemo hic fraudetur: æstimamus enim fraudem ex animo, & reali amotione: quin & effectu fraudatur hæres, qui & retro post semper fingitur fuisse dominus. An igitur feret impune? Utique non feret, sed tenetur crimine expilatæ hæreditatis *l. 1. in fra expil. har.* rei autem vendicatione & ad exhibendum teneri non ambitur *d. l. 2.*

TEXTUS.

2. Furtum autem vel à furvo, id est, nigro, dictum est, quod clam & obscure fiat, & plerunque nocte: vel à fraude, vel à ferendo, id est auferendo, vel â sermone Græco, qui φῶρας appellant fures. Imo & Græci διὰ τὸ φέρειν φῶρας dixerunt.

COMMENTARIUS.

DEbebat præmitti Etymologia, ut & *in l. 1. h. t.* Et servius ad *Virgil. lib. 9. vers. 351.*

----- *hic furto fervidus instat,*

notat fures dictos, quod nigro & nimirum furvo tempore furtum committant. Idem *Nonius lib. 1.* fures significantiã habere à furvo, autoritate Varronis *libr. 14. div. rer.* Sed Gellius 1. *noct. 18.* Varronem memoria & oblivione lapsum fere putat, & furem dictum à Græco verbo Φῶρ recte confirmat: & est illa magis allusio: & ineptior adhuc quæ â fraude deducit. Illa autem à *ferendo* convenit cum vera.

TEXTUS.

3. Furtorum autem duo sunt genera, manifestum, & nec manifestum, nam conceptum & oblatum, species potius actionis sunt furto cohærentes, quam genera furtorum, sicut inferius apparebit. Manifestus fur est, quem Græci ἐπ' αὐτοφώρῳ appellãt: nec solum is qui deprehenditur in ipso furto, sed etiam is qui loco eo deprehenditur, quo furtum fit: veluti qui in domo furtum fecit, & egressus nondum januam deprehensus fuerit: & qui in oliveto olivarum, aut in vineto uvarum furtum fecit, quamdiu in eo oliveto aut vineto deprehensus fuerit. Imo ulterius manifestum furtum est extendendum, quamdiu eam rem fur tenens visus vel deprehensus fuerit, sive in publico, sive in privato, vel à domino vel ab alio, antequam eo pervenerit, quo deferre

Digitized by Google

vel deponere deſtinaſſet. Sed ſi pertulit quo deſtinavit, tametſi deprehendatur cum re furtiva, non eſt manifeſtus fur. Nec manifeſtum furtum quod ſit, ex iis quæ dix imus intelligitur: nam quod manifeſtum non eſt, id ſcilicet nec manifeſtum eſt.

COMMENTARIUS.

1 *An ad furtum manifeſtum requiratur realis apprehenſio.*

DIviditur hic & *in l.* 2. *h.t.* furtum in manifeſtum & nec manifeſtum: inter quæ duo medium & tertium nō datur: licet quis ejuſdem rei, ſed diverſis actibus & manifeſtus & nec manifeſtus fur eſſe poſſit *l. vulgaris* 21. *in pr. verſ. nam etſi*, quam diviſionem proponit Juſtinianus, quoniam ex eo variatur pœna furti, ut paulo poſt oſtenderur. Quid furtum ſit nec manifeſtum, in fin. §. monet Juſtin. intelligendum eſſe à contrario, & ex altera ſpecie oppoſita, furti manifeſti: quod enim, ait manifeſtū non eſt, id nec manifeſtum eſt, id eſt: illud furtum quod ita appellatur, & nec manifeſtum vocatur. Furtum manifeſtum & fur manifeſtus deſcribitur hoc §. per gradus, ſenſim procedendo & quaſi deſcendendo, ut 1. manifeſtus fur ſit, qui deprehenditur in ipſo actu dum furtum facit, *h. §. verſ. non ſolum.* 2. Qui poſtquam jam furtum fecit in iisdem ædibus, aut generalius, in eodem loco cum furto deprehenditur *d. §. verſ. ſed etiam.* 3. Qui locum cum egreſſus eſſet, antequam eo quo deſtinavit, rem pertulit, deprehenditur. *h. §. verſ. Imo.* Ampliatur 1. ut fur manifeſtus ſit, etiamſi non ipſe dominus, aut cui furtum factum eſt, furem deprehenderit. *d. verſ. imo.* neque ita quod Accurſ. movet, alteri adquiritur per alium, ſed hujus apprehenſio qualificat delictum: ideoque nec intereſt quis furem apprehenderit, *h. §.* ibi *vel à domino vel ab alio & l.* 3. §. 1. *h.t. l.* 7. §. *ult. h.t.* ibi *an vicinus an quilibet tranſiens.* itaq; non reſtringit, ſed exempli cauſa proponitur *in l. ſi quis* 24. §. 2. *de uſuris*, de procuratore qui furem adprehendit. Et elegans exemplum eſt, quod ſi prohibuit procurator, acquiratur interdictum *quod vi aut clam*, domino *l.* 3. *in princip. Quod vi aut clam.* ubi removet eandem objectionem Juriſconſultus, dicens, quod ea prohibitio demonſtret te vi opus feciſſe. Ampliatur 2. ut ſit fur manifeſtus, non tantum qui realiter & injecta manu apprehenditur, ſed etiam qui oculis *h. §. verſ. Imo*, ibi *viſus vel deprehenſus* ubi verbum, *deprehenſus* in ſpecie realem apprehenſionem ſignificat. Sed an ſatis eſt viſum eſſe? Minime, ſed acclamatum oportuit, *l. ſi quis* 7. §. 1. & 2. *h. t.* fortaſſis & ſatis erat dominum vicinos aliquot teſtatum eſſe, iſtum cum furto abire, cum forte ab ejus violentia ſibi metueret. Contra quam tamen ſententiam diſputari, & quod ſola realis deprehenſio per injectionem manus faciat furem manifeſtum, hoc argumento effici videtur. Si contra furem manifeſtum non datur condictio rei ſubreptæ, niſi eam occiderit, fregerit aut effuderit, non poterit fur manifeſtus eſſe, niſi qui manu injecta eſt deprehenſus. Atquin verum eſt prius, per *text. in l. ſive* 10. *in fin. pr. de cond. furt.* Ratio connexi eſt, quia furi deprehenſo niſi ipſe eam corrumpat, res aufertur: quod ſi poſſit fur manifeſtus is etiam dici, cui tantum viſo acclamatum eſt, utique cum re aufugere, & ita quoque extra caſus *d. l.* 10. *in pr.* condictioni locus eſſe poſſit. Apertius concludetur hoc modo. Si fur manifeſtus & is eſt, cui tantum viſo acclamatum eſt, ſequitur quod ipſi condici poſſit res (de condictione hac dicemus in §. *ult. h.t.*) licet non occiderit eam vel læſerit, aut corruperit, ſed ſecum integram tulerit. Atquin conſequens videtur falſum per *d. l.* 10. *de condict. indebiti.* Connexi ratio eſt, quoniam non poteſt acclamatio ſola & nuda impedire qno minus quis rem eo quo vult perferre poſſit. Explicatius Azonis & Accurſi neceſſaria eſt, ut dicamus *in d. l.* 10. exempla minus dubitabilia proponi, non autem omnino caſus alios excludi.

Et vero ſi manifeſtus fur & ille eſt, qui cum acclamatum eſſet re abjecta aufugit. *l. ſi quis* 7. §. 2. *h. tit.* quid ni etiam poſſit fur manifeſtus eſſe, qui poſt acclamationem cum re fugit: quo poſito extra caſus *d. l.* 10. erit condictioni locus: ſiquidem acclamatio non facit, ut neceſſario fur rem abjiciat: nec facit quidquam abjectio rei, ut quis tanto magis debeat eſſe fur manifeſtus. Et *in d. l.* 10. agitur de eo quod fere contingere ſolet, ut fur cui acclamatum eſt, & quem inſequuntur alii, rem abjiciat, ut tanto facilius elabatur: quod qui rem recepit aliquid de perſecutione remittere ſolet, & *in d. l.* 10. condictio quodammodo opponitur actioni pœnali quæ ſemper locum habet. Atque ad hunc modum cōjungenda hæc ſunt, ut dicatur fur manifeſtus, vel qui realiter depre-

deprehensus est, vel qui effugit, cũ in eo esset, ut deprehenderetur, cum videl. eum, vel is cui furtum factum erat, vel alii insequerentur: in quibus terminis, ut dixi res subreptas fures abjicere solent: neque *in d. l. 7. §. 2. h. t.* is cui furtum factum erat, tantum inclamasse, sed & ad comprehendendum accurrisse proponitur. Hæc de fure manifesto: ex quibus jam colligitur quis sit fur nec manifestus, ut ad *pr. §.* notavi *ex h. §.* extremo: Justinianus tamen eum etiam aperte definit esse eum qui rem pertulit quo destinavit: tum enim sera est deprehensio, ad hoc ut fur manifestus efficiatur *h. §. ver. sed si pertulit, l. 5. §. 1 h. t.* idque disertius explicatur *in l. 4. h. t.* Sic eo pertulerit, quo destinavit eo die manere cum furto: adeoqs licet ejus propositum sit abducere rem porro sequenti die, & tum deprehendatur, fur manifestus non habebitur. Elegant er in hanc rem Massurius apud *Gellium lib.* 11. *cap.* 18. Manifestum furtum est, quod deprehenditur, cum sive dum fit. Faciendi finis est, cum perlatum est, quo ferri ceperat.

TEXTUS.

4. Conceptum furtum dicitur, cum apud aliquem testibus præsentibus quæsita res furtiva & inventa sit: nam in eum propria est actio constituta, quamvis fur non sit, quæ appellatur concepti. Oblatum furtum dicitur, cum res furtiva ab aliquo sit tibi oblata, eaque apud te concepta sit, utique si ea mente tibi data fuerit, ut apud te potius, quam apud eum qui dedit, conciperetur: nam tibi apud quem concepta sit, propria adversus eum, qui obtulit, quamvis fur non sit constituta est actio, quæ appellatur oblati. Est etiam actio furti prohibiti, adversus eum, qui furtum quærere testibus præsentibus volentem prohibuerit. Præterea pœna constituitur prætoris edicto per actionem furti non exhibiti, adversus eum, qui furtivam rem apud se quæsitam & inventam non exhibuit. Sed hæ actiones, scilicet concepti & oblati, & furti prohibiti, nec non furti non exhibiti, in desuetudinem abierunt. Cum enim requisitio rei furtivæ hodie secundum veterem observationem non fiat, merito ex consequentia etiam præfatæ actiones ab usu communi recesserunt: cum manifestum sit, quod omnes, qui scientes rem furtivam susceperint & celaverint, furti nec manifesti obnoxii sint.

COMMENTARIUS.

1. *Furtum conceptum per lancem & licium.*

DE concepto & oblato furto attigit aliquid *Instin. in pr. §. praced.* hic planius explicat. Negavit scilic. ibi istas esse species furtorum, species potius actionum furto cohærentium dixit esse. Et id quidem in cæteris perspicuum satis est: sed conceptum sane non absurde inter species furti possit referri, ut ex iis patebit, quæ jam dicemus, quo modo & refertur à *Paulo 2. sent.* 31. *& à Cajo 2. Instit.* 11. qui etiam addunt, oblatum, & ita quatuor species constituunt. Concepti † furti per lan- 1
cem & licium mentio sit apud *Gell. 11. noct.* 18. *& lib. 16. cap.* 10. Sed quale id genus furti fuerit, non explicat: & viri non indocti in varias & fere erroneas sententias ruerunt. Ita ego statuo, ut pluribus ad Treutl. explicavi: conceptum furtum fuisse, quod arguente eo cui furtum factum erat, in ædibus alterius, qui rem furtivam ad se delatam negabat, inveniebatur. Ita autem appellatum fuit, quod olim qui quærebat rem, quoniam in quævis conclavia intrandi erat concessa potestas, tenebat lancem ob oculos propter matremfamil. & virginum pudorem, ut scribit *Festus in verbo lancem.* Hujus ratio rursus erat, quoniam intrabat cinctus simplici licio & lino, ut parum à nudo differret: cujus rursus ratio est, ut ne aliquid latenter sub veste inferre, & dominio ædium calumniam struere posset. In locum hujusmodi quæstionis, quam Gellius jam suo tempore aboleviisse scribit, verosimile est, successisse, quod hic scribit Justinian. ut testibus adhibitis furtũ in alienis ædibus quæreretur, ut inventum, juxta hunc §. conceptum furtum diceretur. Et ait Justin. in pr. §. hunc furem non esse; & nimirũ non est verus fur, quia rem non subtraxit ipse, sed quia rem penes se celavit, instat furtis est, quandoquidem ipse Justin. in f. §. idem jus statuit, quod de eo, qui sciens rem furtivam suscepit, qui utiq; furti nec manifesti tenetur. Sed an a-

ctio furti concepti in duplum fuit, an in quadruplum? Equidem si recte habet comparatio in *d. fin. h. §.* fuerit dicendum, in duplum eam fuisse, & descriptio furis manifesti in *§. prae.* hic non convenit. Sed contradicit *Gell.* 11 *noct. Att.* 18. ubi scribit, decemviros in furtum conceptum, perinde ac in manifestum animadverti jussisse. Cujus rei ratio fortassis haec fuit, quod conceptum furtum, quod poena augenda fuit in eum, qui rem apud se esse inficiatus est; & quamvis loquatur Gell. de furto concepto per lancem & licium eadem tamen ratio militat, in ea specie furti, quae in locum illius postea subrogata videtur, cum nimirum altero negante, res testib. praesentib. quaesita fuit & reperta. Et ad hanc speciem furti cum testibus quaesiti & reperti, referuntur reliquae tres h. §. non tam species quam potius ut Iustinian. in *§. praeden.* ait, actiones, quae certis quibusdam casib. competant, qui contingunt circa furtum conceptum; veluti si quis dolo malo rem furto sublatam mihi nescienti obtulerit, eaque apud me concepta fuerit; tenetur mihi actione oblati furti. Si quis rem furtivam quaerere non fuerit passus, tenetur actione prohibiti furti, (satis impropria appellatione.) Et denique convenitur actione non exhibiti furti, qui non exhibet rem quaesitam & inventam. Et quoniam hae actiones ex furto concepto pendent, & ut hoc *§.* refertur vetus illa inquisitio sit abrogata, vel abolita, consequitur inde has actiones simul sublatas esse & ipsas, ut recte argumentatur Iustinian. hoc loco. Sed quae sequitur ibi porro argumentatio in extremo hujus textus, minus recte se habere videtur; quod actiones istae cum veteri inquisitione rei, propterea fuerunt sublatae, quod omnes, qui scientes furtivas suscipiunt sint rei furti non manifesti: siquidem requisitionis sive inquisitionis hujus hic scopus & finis est, ut, qui rem furtivam suscepit & occultat, deprehendatur, qui negata inquisitione facile latere potest; nisi haec ratio ita explicetur, quod non sit opus solenni inquisitione, cum etiam citra eam, quisquis convictus est rem furtivam sciens suscepisse, furti teneatur *l. eos* 14. *Cod. de furtis*, quae tamen probationes si deficiant, & adsint indicia aliqua non levia susceptae & occultatae rei, auctoritate magistratus hodieque inquisitionem rei furtivae in aedibus alienis fieri posse, notant Interpp. hic.

(P)

TEXTUS.

5. Poena manifesti furti quadrupli est, tã ex servi quam liberi persona, nec manifesti, dupli.

COMMENTARIUS.

1. *Ratio, cur manifestum furtum longe gravius fuerit punitum.*
2. *Poena dupli est ex L. 12. tabb.*
3. *De poena capitali.*

INgens apud varias gentes diversitas fuit in puniendis furibus, de quo late disserui ad *Treutler. de priv. del.* unicum tantum in eam rem addo locum, ex *Eusebio lib. 6. de praparation. Evang.* ἐν Ἄτραις inquit, ὁ κλέπτων τὶ ὀβολοῦ ἄξιον λιθάζεται: παρὰ βάκτροις ὀλίγα κλέπτων ἐμπτύεται, παρ' ῥωμαίοις πλαγαῖς αἰκίζεται. Quin apud easdem gentes diversis temporibus diversae. Duo Legislatores Athenienssium Draco & Solon, ille morte, hic, (at quanta haec diversitas) poena pecuniaria dupli fures multavit, teste *Gellio* 11. *noct. Attic.* 18. Eadem varietas apud Romanos fuit, siquidem eodem teste, Decemviri furtum manifestum in servis capitaliter, in liberis corporaliter, non manifestum tantum poena dupli vindicaverunt. Cujus differentiae tam latae quae sit differentia non immerito quaeritur. Hottom hanc reddit, quod semper certius sit eum esse furem, qui deprehensus est, quam qui non est deprehensus. Sed inepta est haec ratio pro tanta diversitate; tum etiam quod dicit Leges in dubio sententiam mitiorem eligere, magis ineptum est; quia dubium, ut plurimum non est, quin non deprehensus cum furto, revera etiam furtum commiserit: de quo constare potest, tum testibus, tum ex confessione ipsius furis; & fur hic quoque esse dicitur non manifestus, quia in loco quo rem perferre destinavit, cum furto deprehensus fuit *§. furtorum* 3. *in f. h. t.* Cujac. 19. *obs.* 12. hac ratione utitur, quod plus habere debeat, quin deprehendendo fure & persequendo diligentior fuit. Verum 1. nihil pertinet haec ratio ad poenam quae ex L. 12. tabb. manifesto furi in corpus irrogatur. Deinde, licet quaeramus de quadrupli poena, multis tamen & ipsa de causis nihil concludit, 1. quoniam saepe ne quis persequatur, non ex negligentia fit, sed ex justa ignorantia. Deinde quia si noctu furtũ fiat, aut domino absente, nulla argui potest ejus negligentia, 3. quia aut do-

ut docet §. 3 h. t. ut manifestus fur dicatur, non necesse est ab ipso domino deprehénsum esse furem, sed sufficit deprehensum esse ab alio, ut nulli domini diligentiæ hoc imputari possit. Nulla mihi alia ratio diversitatis dari posse videtur, quam quod vel decemviri & asperitatem Draconis, & lenitatem Solonis (constat enim LL. 12. tabb. à Græcis fere acceptas) in duplici furti genere sequi & imitari voluerint; vel Spartanorum & aliorum Græcorum exemplum secuti fuerint, apud quos occulta furta pene impunita, sed in deprehensos fures acerbe animadversum fuit; ut apparet ex *Gell.* 11. *noct.* 18. & *Suida in verbo* κλέπτης, postea prætor in locum pœnæ veteris capitalis & corporalis, quam furibus manifestis irrogarunt Decemviri & quæ ipsi nimis atrox visa fuit; subrogavit pecuniariam pœnam, & eam gravissimã ex jure nostro *argument. §. omnes 21. inf. de actionib.* Atque hæc adeo etiam ratio est, ob quam ex prætoris edicto irrogatur pœna pecuniaria quadrupli, furi manifesto; pœna eadem dupli in furem non manifestum relicta, quæ erat ex LL. 12. tabularum. Et errant manifesto *Baro hic & Duaren. ad tit. de furt. cap.* 6. qui etiam pœnam dupli ex edicto prætoris descendere putant, quod bene *Contius* refutat 1. *lect.* 2. tum ex *Gell. d. loco*, tum ex *fin. princ. infr. de perpet. & tempor. actiones*, ubi sola actio furti manifesti in quadruplum ad edict ũ prætoris refertur, tum præcipue ex §. *sunt autem* 4. *inf. de noxal. action.* ex quo tale argumentum formatur. Ex quo jure est actio furti noxalis, ex eo necesse etiam est descendere actionem furti pecuniariam, quoniam nulla actio noxalis est criminalis. Atquin ex jure civili quod opponitur edicto prætoris, & ex Lege scilicet 12. tabb. descendit actio furti noxalis. Ergo, &c. Et cum igitur actio quadrupli sit haud dubie ex edicto prætoris, oportet alteram dupli actionem esse ex LL. 12. tabb.

Licet autem hæc ita sint, tamen nihilominus etiam omissa actione civili pecuniaria potuisse criminaliter agi contra fures, docent *l. ultim. de privat. delictis & l. ultim. de furtis*, extra ordinem nimirum, ut fur arbitrarie coerceretur. Hodie fere capitaliter & suspendij pœna in fures animadverti solet. Atquin videtur hæc pœna iniqua esse, quoniam cum oporteat justam esse proportionem inter culpam & pœnam nulla comparatio est pecuniæ, & scilicet quinq; solidorum cum vita hominis: neq; ulla hic occurrit circumstantia, quæ faciat hanc pœnam & proportionem justam; nec video qua ratione verum esse possit, quod in Parat. hic Wesembec. scribit, nõ minus peccare in societatem humanam fures, quam adulteros & homicidas; quin hæc sententia est injuriosa in Legem Dei, qui hæc delicta maxima diversitate pœnæ disjunxit; & ex ipsa Lege Dei, quæ furibus tantum pecuniariam pœnam indicit, solidissimum hujusmodi argumentum deducitur. Quæ pœna sancita est à sapientissimo Legislatore, qui solus veram proportionem inter delictum & pœnam novit, ea justa & æqua est, & quæ consequenter ab hac toto genere distat, eam iniquam & injustam esse oportet. Atquin Deus Lege sua pecuniariam tantum pœnam furibus irrogavit. Ergo, &c. Illustratur hoc ab ingenti diversitate pœnarum, quam diversi diversarum gentium Legislatores, in furtum, adulterium, & alia delicta, positis etiam iisdem circumstantiis constituerunt: ut cum iisdem positis circumstantiis tantum sit una natura delicti, plerosque eorum in æstimanda delicti essentia, ejusque cum pœna proportione longe erasse necesse sit; ut nec securus possit esse magistratus, qui hanc vel illam Legem secutus, leniorem, aut graviorem irrogat pœnam. At tuto acquiescet conscientia, quæ sequitur Legem Dei, qui errare & falli non potest. Neque movet, quod vulgo afferri solet, à Mose tantum Judaico populo hanc legem latam fuisse. Etenim ille tantum tum Dei populus fuit, quem solum & ejus curam ad se pertinere Deus voluit; cujus populus cum hodie sint Christiani, recte fecerint, si in politicis & forensibus Legib. politiam Mosaicam, quorum fieri potest æmulentur. Neque ratio ulla dari potest, cur in populo Judaico tantum & non alibi quoq; hæc pœna quam duxit Deus, justa sit censenda; quippe cum eadem ubique sit furti natura. Sed pluribus ista exsequuti sumus ad Treutl. supr. citato loco.

Ad §. nostrum hoc notandum est, quod Justinian. ait, furti manifesti pœnam esse quadrupli, tam ex servi quam ex liberi persona: eum respexisse ad diversitatem pœnæ, quæ in fures manifestos olim erat, ex 12. tabb. à diversitate status; quoniam ut testatur *Gellius* 11. *noct.* 18. servi de Saxo Tarpejo dejiciebantur; liberi flagris cæsi ei cui furtum fecissent addicebantur. At ex edicto prætoris differentia non est, quoad pœnam quadrupli, sive liber homo, sive servus furtum fecerit; ut nimirum dominus nomine servi conveniatur actione furti pœnali in quadruplum: sed non ut homo liber, pure, simpliciter, & directo, sed noxaliter, ut tractabimus pluribus *inf. ti. 8.* Quod si enim

de

de pœna criminali agatur, ipſe ſervus convenitur. Illud denique notandum, quod Gell. ſcribit 11. *noct.* 18. furti concepti & oblati pœnam, tripli fuiſſe,

TEXTUS.

6. Furtum autem fit, non ſolum, cum quis intercipiendi cauſa rem alienam amovet; ſed generaliter, cum quis alienam rē invito domino contrectat. Itaq; ſive creditor pignore, ſive is apud quem depoſita eſt, ea re utatur: ſive is, qui rem utendam accepit, in uſum alium eam transferat, quam cujus gratia ei data eſt, furtum committit: veluti ſi quis argentum utendum acceperit, quaſi amicos ad cœnam invitaturus, & id peregre ſecum tulerit; aut ſi quis equum geſtandi cauſa commodatum ſibi longius aliquo duxerit; quod veteres ſcripſerunt de eo, qui in aciem perduxiſſet equum. Placuit tamen eos, qui commodatis rebus aliter uterentur quam acceperint utendas, ita furtum committere, ſi ſe id invito domino intelligant facere, eumque ſi intellexiſſet, non permiſſurum: at ſi permiſſurum credant, extra crimen videri, ſane optima diſtinctione, quia furtum ſine adfectu furandi non committatur. Sed & ſi credat aliquis, invito domino ſe commodatam ſibi rem contrectare, domino autem volente id fiat, dicitur furtum non fieri. Unde illud quæſitum eſt, cum Titius ſervum Mævij ſolicitaverit, ut quaſdam res domino ſuriperet, & ad eum perferret, & ſervus id ad Mævium pertulerit: Mævius autem dum vult Titium in ipſo delicto deprehendere, permiſerit ſervo, quaſdā res ad eum perferre: utrum furti an ſervi corrupti judicio Titius teneatur, an neutro. Et cum nobis ſuper hac dubitatione ſuggeſtum eſt, & ſuper hoc antiquorum prudentum altercationis perſpeximus, quibuſdam neque furti neq; ſervi corrupti actionem præſtantibus, quibusdam furti tantummodo: non hujuſmodi calliditati obviam euntes, per noſtram deciſionē ſanximus, nō ſolum furti actionem, ſed & ſervi corrupti contra eum dari. Licet enim is ſervus deterior à ſolicitatore minime factus eſt: & ideo non concurrant regulæ, quæ ſervi corrupti actionem introducunt: tamen conſilium corruptoris ad perniciem probitatis introductum eſt, ut ſit impoſita ei pœnalis actio, tamquam ſi ipſa re ſervus fuiſſet corruptus: ne ex hujuſmodi impunitate, & in ſervum alium, qui facile poſſet corrumpi, tale facinus à quibusdam perpetretur.

COMMENTARIUS.

1 *Adl.* 46. §. pen. de furt.

HÆc conjunctam habent tractationem & partim ſupra ad §. 1. fuerunt explicata, & nimirum quod eſt *in pr.* §. de furto, quod creditor, depoſitarius & commodatarius, committunt, ſi rebus illis utantur, vel ultra conceſſum modū utantur; quæ habentur in *textibus ſupr.* ad §. 1. citatis. Libet huc adſcribere breviçulum caput 15. *Gell. lib.* 7. *noct. Attic.* Labeo, inquit, in lib. de XII. tabb. ſecundo, acria & ſevera judicia habita fuiſſe de furtis ſcribit. Idq; Brutum ſolitum dicere, damnatum furti qui jumentū duxerat aliorſum, quam quem in locum petierat. Itaque Q. Scævola in librorum quos de jure civili compoſuit ſexto decimo, verba hæc poſuit. Quod cui ſervandum datum eſt, ſi id uſus eſt, ſive quod utendum acceperit, ad aliam rem atq; accepit, uſus eſt, furti ſe obligavit. Hæc Gellius. Et Valer. *Maximus lib.* 8. *cap.* 2. quendam furti refert damnatum, quod equo cujus uſus illi uſque ad Ariciam commodatus fuerat, ulteriore ejus municipii clivo vectus eſſet. Hæc fuere, fidei ſanciendæ, paulo alias duriora, ut quis ex his cauſis, gravi judicio pœnali & famoſa damnaretur. Criminali autem judicio vix erit hic locus; nec quiſquam dubitat ex his furtorum generibus capitalem pœnam irrogari non poſſe.

Placuit tamen eos.] Quoniam hoc ipſum durū erat, ut ex cauſis quas diximus judicio famoſo pœnali quis condemnaretur; ideo iſta ſententia limi-

tam

tata fuit, ut non procederet, ſi quis citra animum fraudulentum, credens dominum facile permiſſurum liberiorem uſum re commodata ultra limites initio dictos fuerit uſus. Id ita proponitur de commodato: Difficilius obtinebunt in pignore & depoſito, quorum natura hæc eſt, ut ne quis iis utatur; & ex circumſtantiis tamen & facilius creditor poterunt liberari à ſuſpicione furti; idque probat *l. is, qui 76. in pr. h. t.* ubi tamen verba, *uſus aliter atque accepit*, minus conveniunt depoſito; de quo tamen nominatim ibi agitur. Et ſane, qui poculo argenteo apud ſe depoſito, vel ſibi pignorato, aliquando utatur in convivio, eum protinus furti teneri perquam fuerit durum. Recte autem ſententiam hujus §. limitat Accurſius, ut procedat in terminis ibi propoſitis, ubi quis re abutitur, quæ jam apud ipſum voluntate domini exiſtit; vix enim eſt, ut audiri poſſit, qui rem amovit & ſubtraxit domino, ſub hoc colore, quod putarit eũ permiſſurum. Poſſit tamen aliquando & hic potationi erronæ eſſe locus, argument. textus generalis in *leg. inter. 46. §. recte h. tit.* veluti ſi qui amovit rem, ſit familiaris, bonæ exiſtimationis, & cui alias dominus rem concedere ſolitus erat, ut notant *Angelus & Faber hic* (modo ne rem v. c. nocte & doloſe amoveat) Ceteroquin præſumptio juris eſt, contra amoventem, per *l. qui vas 48. §. 3. inf. h. t.* propter quam deficientibus illis circumſtantiis, à pœna non liberabit furem, nec atteſtatio domini, quippe quæ precio, aut precibus creditur emendicata, ut tractat *Bart. in d. l. inter 46. §. recte h. t.* ubi nimirum de pœna criminali intro-ganda quæritur: nam juris ſui perſecutionem privatam quivis remittere poteſt.

Sequitur in hoc textu.

Sed & ſi credat aliquis.] Ait Juſtinian. nec tũ furtum fieri, ſi quis putet ſe invito domino re uti, modo in rei veritate dominus id velit. Quod non ſatis videtur cõvenire rationi. Sicut enim, qui putat volente domino ſe uti, utcunq; dominus revera nolit, non incidit in crimen furti, quia animus furandi, & propoſitum doloſum deficit; ita ex adverſo eadem ratio facit, ut, qui putat ſe invito domino contrectare, utcunque dominus fuiſſet permiſſurus, furtum committere ſit dicendus, quia animus furandi & eſſentia furti adeſt, & nimirum fraudulenta contrectatio lucri faciendi gratia, idque probatur ex *d. leg. 46. §. recte penultim. h. t.* ubi dicitur hoc caſu committi furtum. Nam quod ſtatim ſubjicitur: *verum tamen eſt, ut cum ego velim eum, uti licet ignoret, ne furti ſit obligatus*, non continent emendationem prioris, ut male Accurſ. & Bart. opinati ſunt, ſed potius declarationem; quod licet revera furtum commiſſum ſit, tamen dominus, quippe, qui eum uti voluerit, non poſſit actione furti experiri; eo enim pertinet quod in d. §. dicitur, eum nõ eſſe obligatum furti vid. in effectu: & ita omnino hunc quoque locum accipiendum exiſtimo, quod furtum non fiat, eo effectu ſcilicet ut non poſſit conveniri actione furti; ut perinde ſit, ac ſi furtum non feciſſet; cujusmodi & alii caſus occurrunt, quibus ob furtum commiſſum revera actio furti non datur *l. 1. in fin. rer. amot. l. ſi libertus 89. h. t. §. hi qui 12. inf. h. t.* Effectq enim hic quominus in actum deducatur, licet poſita cauſa, ex juſtis rationibus poteſt impediri: vel potius, actio ipſa quantumvis ipſo jure nata, ex juſtis cauſis à magiſtratu denegari.

Sequitur in textu.

Unde illud quæſitum eſt.] Diximus non eſſe furtum, vel potius non competere actionem furti, ſi dominus permiſſurus fuiſſet rem contrectare, licet alter putet, ſe invito domino facere. Hæc ita, ubi dominus ſerio id fuit permiſſurus: ſecus ſi per ſimulationem, ut alium deprehendat in crimine, quæ eſt hujus *verſ.* ſpecies & *leg. ſi quis ſervo 20. Codic. h. t.* quamquam ibi revera, nec furtum commiſſum, nec ſervus corruptus ſit, ſed in exemplum, propter malitioſum propoſitum corruptoris, & q̃ quantum ad ipſum & ipſius opinione res effectum habuit, pro furto & corruptione habeatur: ut utroque loco prolixe explicat, & perſpicue Juſtinianus. Neceſt hujus loci tractare, quando delictum quod non habuit exitum, puniatur. Et tamen ut diximus, opinione corruptoris, aut pravi conſulentis res exitum habuit; & ablatæ res, & ad pravum conſultorem delatæ fuerunt.

TEXTUS.

7. Interdum etiam liberorum hominum furtum fit: veluti ſi quis liberorum noſtrorum, qui in poteſtate noſtra ſunt, ſubreptus fuerit.

COMMENTARIUS.

HUjus §. deciſio pendet à jure poteſtatis, quod iſtar dominij ex veteri L. Romuli, in liberos Romani habuerũt, ita ut etiã adjecta cauſa, *Ex jure Quiri-*

Digitized by Google

Quiritium; eos vindicare potuerint *leg.1.§.1. de rei vindicat.* Itaque propter filium ſubreptum, non tantum poteſt agi criminaliter, aut extra ordinem juxta *leg.ultim.h.t.* aut publico judicio L.Fabiæ de plagiariis, *l. ultim. Cod.ad L. Fab. de plag.* ut male iſtud limitat & explicat Accurſ. ſed etiam actione pœnali civili, ut & ceteri Interpp.notant, & probatur *l. eum qui* 14. §. *ſi filius* 13. *l. matri* 38. §.1. *h. t.* Ubi tamen negatur condictio quoniam hæc comperit vero dominii jure, quale patres in liberis non habent. Atquin cum corpus liberum nullam recipiat æſtimationem, quidnam duplabitur, aut quadruplabitur? Hottomanus ait, quod pater privato judicio furti æſtimet injuriam, per ſubreptionem filij ſibi illatam. Atquin iſta non furti, ſed injuriarum actio fuerit. Interpp. putant agi ad duplum operarum ceſſantium, & ejus quidquid per filium pater lucrari potuiſſet, cujus & alibi habetur ratio *l. ſervum.* 28. *h.t.* aut fortaſſis ſimpliciter pater petet æſtimari incertum. & officio judicis committitur aut etiã jurabit in litẽ tanti ſua intereſſe. Theoph. tantum ejus quod intereſt meminit, & exemplum plane ſingulare ponit, ſi propter furtum, factum ſit, ne per filium inſtitutum quis conſequeretur hæreditatem.

TEXTUS.

8. Aliquando autem etiam ſuæ rei quis furtum committit, veluti ſi debitor rem quam creditori pignoris cauſſa dedit, ſubtraxerit.

COMMENTARIUS.

1. Res pignorata & ab ipſo debitore ſubrepta, an poſſit uſucapi.

DE hac quoque re aliquid diximus ad §. 1. *h. t.* committi ita furtum poſſeſſionis, quæ eſt penes † creditorem; atq; ipſum rei dominum hic furti teneri *l. ſi pignore* 22 *in princ. de pignorat. act. l. ſi itaque* 11 §. *ultim l. in actione* 19. §. *pen. l. ſi debitor* 70. *l. creditori* 87. *h. t.*

Poteſt autem ita occurri. Quæ res poteſt uſucapi, ea non eſt furtiva §. *furtum ſupr. de uſucap.* Atqui pignori res data, & per debitorem ſubrepta poteſt uſucapi *l.4.§. ſi rem* 21. *l. ult. de uſucap.* Poſſit dici, inhiberi uſucapionem, ubi tota res furtiva facta eſt; hic autem non tam rei quam poſſeſſionis cõmitti furtum. Sed occurritur porro ex *l. cum ſit* 6. *Cod. de uſucap. pro empt.* ubi ex hac cauſa pignori res data ita dicitur furtiva facta, ut nec uſucapi poſſit. Soleo dicere hanc rem conſiſtere in nuda juris ſubtilitate. Rem traditam creditori ſi ſubripiat debitor in eodem momento & furtiva fit, & purgatur vitium, quoniam pervenit in poteſtatem domini; quæ eſt ſententia *d. l. ult. de uſucap.* quæ alias implicaret contradictionem. Atque ita in pignore in ſpecie dicto. Atquin *d. l. 6. C. pro empt.* loquitur de hypotheca, cujus poſſeſſio eſt apud debitorem, quam ſi inſcio creditore diſtrahat, cõmittere dicitur furtum, *l. ſi is, qui* 66. *in princip h.t.* & tunc tum ita furtiva fit, ut uſucapi non poſſit, quia non, ut primo modo vitium purgatum dici poteſt. Et notanda eſt, ex *d. l.* 66 *h.t. & d. l.* 8. *C. pro empt.* ſingularis ſpecies furti, quod nec eſt rei nec uſus, nec poſſeſſionis, quippe cum debitor dominus ſit, & uſum poſſeſſionemque habeat; & tenetur furti ob hoc ſolum, quod vendendo quaſi intervertere jus pignoris creditori velle videtur, quamvis res vendita tranſeat, cum ſua cauſa & onere pignoris; plura dicemus *inf. in* §. *unde conſtat.* 14.

TEXTUS.

9. Interdum quoque furti tenetur, qui ipſe furtum non fecit, qualis eſt is, cujus ope & conſilio furtum factum eſt. In quo numero eſt, qui tibi nummos excuſſit, ut alius eos raperet, aut tibi obſtiterit, ut alius rem tuam exciperet: aut oves tuas, vel boves fugaverit, ut alius eas acciperet. Et hoc veteres ſcripſerunt de eo, qui fugavit armentum panno rubro. Sed ſi quid eorum per laſciviam, & non data opera, ut furtum admitteretur, eſt factum, in factũ actio dari debet. At ubi ope Mævij Titio furtum fecerit, ambo furti tenentur, ope & conſilio ejus quoque videtur furtum admitti, qui ſcalas forte ſupponi feneſtris, aut ipſas feneſtras, vel oſtium effringit, ut alius furtum faceret; quive ferramenta ad effringendum, aut ſcalas, ut ſupponerẽtur feneſtris, cõmodaverit, ſciens, cujus gratia commodaverit. Certe, qui nullam opem ad furtum faciendum adhibuit, ſed tantum conſilium dedit atque hortã-

Digitized by Google

hortatus est ad furtum faciendum, non tenetur furti.

COMMENTARIUS.

1 *An ex consilio quis obligetur.*

PErtinet ad explicationem definitionis furti, & limitationē quandam proponit ad genus, quod aliquando furtum citra contrectationem committatur, vel utique furti saltem teneatur; aut enim Justin. hoc casu teneri furti eū, qui furtum non fecit, id est qui ipse rem manu sua non contrectavit, qui tamen alibi furtum facere dicitur, *l. in furti* 50. §. 1. *h. t.* §. *seq. in fin.* Itaq; ad explicationem hujus §. non una verborum ambiguitas notanda est, 1. quod furtum facere aliquando in specie significet rem contrectare, & contingere, & amovere, velut in *pr. hujus §.* ubi, qui ope consilio adest, negatur facere furtum; cum tamen alibi ope consilio furtum dicatur committi *l. in furti* 50. §. 1. *h. t.* & *alibi.* Deinde notandum quod consilium latius designat malignum propositum, eoque sensu semper in ope, sive in opera fraudulenta simul est furandi consilium; quomodo usurpatur in *l. sape* 35. §. *ult. de V. S.* ubi dicitur, opem tulisse non nocere, nisi & consilium malignum adfuerit; verum in specie, & quatenus opponitur operæ sive opi, consilium significat persuasionem impulsionem, aut instructionem, ut in *d. leg. in furti* 50. §. *consilium h. t.* Deniq; notandum & istud, quod itidem opem ferre, usurpatur latius & strictius. In specie significat, si quis præsens juvet, aut absens instrumenta ad furandum prudens sciens commodet; *h. §. vers. ope,* ubi de commodatis instrumentis, & in *leg. si pignore* 54. §. *penultim. h. t.* Et rursus opem quis ita fert, aut directo, aut per obliquum Directo, veluti si quis fenestris scalas supponat *d. vers. ope. h. §.* per obliquum, veluti si nummos ex manibus excusserit, ut alius eos auferret oves fugavit, ut alius eas abduceret, *vers. in quo h. §. l. si quis* §. 52. *si quis* 13. *h. t.* & magis oblique, si tibi obstiterit, ut alius rem tuā abduceret, aut auferret, *d. vers. in quo,* & quod insigne exemplum est, si quis verbi causa mulionem in jus vocaverit, ut interim eo occupato alius mulas auferret *l. si is* 66. § *sum* 2. *h. tit.* & magis adhuc, quod Gellius ex Sabino refert *lib.* 11. *capit.* 18. furem esse hominis judicatum, qui cum fugitivus præter oculos domini forte iret, obtentu togę tamquam se amiciens, ne videretur à domino obstitisset, Latius, opem ferre significat præbere adjumentum, quod inest quibusdam consilii speciebus, cujusmodi est quod proponitur in *dict. leg.* 50. *h. t.* quod instruit & rationem furandi ostendit, veluti si quis aliquem doceat rationem, quomodo debeat penetrare in ædes, aut pecunia, ubi reposita sit; in his enim simul inest opera: quo etiam referri potest casus, *leg. qui servo* 36. *in princip. h. tit.* si quis servo persuaserit, ut fugeret, ei fini, ut ab alio subripiatur. Ita quo ad actionem civilem furti. Cæteroquin opem aut consilium dantes, ubi de pœna capitali, aut corporali tractatur, mitius coerceri hic docent Interpp. oportet autem etiam furtum secutum & damnum revera datum esse; alias non est furti actio *l. si quis* 52. §. *si quis* 13. & §. *neque* 19. *de furt. l. sape* 5. §. *ult. de V. S.* quod si eo animo ut furtum fieret factū quid sit, sed res alias perierit, ex Leg. Aquilia, vel in factum actio est *l. si servus* 27. §. *si quis* 21. *de L. Aquil.* Et oportet consilium & opem eo directa fuisse, ut furtum fieret, qui animus & quod propositum si absit, & tamen datum sit damnum per lasciviam, non furti, sed in factum actio est *h. §. vers. sed si quid d. l. in furti.* 10. §. *ult. h. t.* Hujusmodi igitur opera & hujusmodi consilium obligant aliquem furti, & laciunt, ut teneatur actione furti; non etiam simplex consilium; veluti si quis de paupertate conquerentem indefinite moneat & hortetur, ut furtum faciat: de cujusmodi consilio accipiendum est, quod *in fin. h. §.* scribitur: rectius quā quod alii furtum non secutum respondent; quod à sententia hujus loci est alienum; eoq; pertinet, quod notant *Ioh. Faber. & Angel.* speciale quid esse in furto, quod requirit natura sua contrectationem aliquā; Ceteroquin ex causa aliorum delictorum facilius videtur, ut ex consilio quis obligetur ad pœnam; de qua re aliquid diximus ad §. *tua tantum* 6. *sup. Mandati,* & videndi sunt autores, quos citat *Jason. in §. omnes* 21. *n.* 3. *inf. de action. facit l. is, cujus* 14. *l. nihil* 32. *in f. de adulter.*

TEXTUS.

10 Hi qui in parentum, vel dominorum potestate sunt, si rem eis surripiunt, furtum quidem faciunt, & res in furtivam causam cadit, nec ob id ab ullo usu capi potest, antequam in domini potestatem revertatur: sed furti actio non nascitur: quia nec ex alia ulla causa potest inter eos actio nasci. Si vero ope & consilio alterius

Digitized by Google

rius furtum factum fuerit, quia utique furtum committitur, convenienter ille furti tenetur; quia verum est, ope & consilio ejus furtum factum esse.

Commentarius.

1. *An patri contra filium detur actio furti.*
2. *An detur filio in patrem.*

Hic unus est ex casibus illis, quos supr. notavimus, quibus licet revera furtum committatur, actio furti non competit. Essentia furti adest, si quid filius patri, aut servus domino subripiat, *h. §. sed* non datur actio furti: cujus rei ratio duplex est, 1. in *l. servi* 17 *h. tit.* quia ipsi pater & dominus in filium & servum animadvertere possunt, quod maxime jure veteri obtinuit, 2. quoniam juxta *hunc §. & l.* 16. *h. t.* propter jus potestatis inter has personas actio esse non potest, *l.* 4. *de judic.* & omnino cum servo nulla est actio, ubi tamen circa filiumfam. scrupulum movet, quod est in *l. si quis* 52. *§ sed si* 5. *h. t.* ubi dicitur posse patrem agere contra filiumfam. qui ipsi furtum fecit, † si filius habeat 1 castrense peculium. Licet enim filiusfam. quo ad castrense peculium habeatur loco patrisfam. *l.* 2 *ad Macedon.* tamen extra illud filiusfamil. revera est, nec potest dici ad castrense peculium pertinere, quod filius patri furtum fecit. Sed respondendum est, propter hoc ipsum quod filiusfam. qui castrense peculium habet, in eo pro patrefam. habetur, in ceteris quoque eum quodammodo à natura simplicis filiifam. degenerare, & cum ex peculio castrensi satisfacere possit (filiusfamil. autem qua talis nulla bona habere potest,) qua ratione JCtus in *d. l.* 52. utitur, hactenus recedimus à stricta ratione juris, ut saltem utilis actio patri in filium concedatur *d. l.* 52. *§.* 5. *h. t.* Ejus autem, quod cessante quantumvis actione furti, commissum revera est furtum, duplex effectus hoc §. proponitur. Primus, quod res ablata non potest usucapi tamquam furtiva, antequam reversa sit in potestatem patris, aut domini, de quo in *§. furtiva & in §. aliquando supra de usucapionibus.* Effectus alter est, quod extranei, qui filiofamil. aut servo domino patrive rem submahentibus opem consilium præstant, tamquam si aliis opem consilium præstiterint, furti actioni teneantur; quoniam revera est admissum furtum, & rationes, quæ prohibent in filium, aut servum dari actionem furti, in aliis cessant, atque ita traditur *h. §. in fin. l. qui servo* 56. *§.* 1. *h. t.* quod idem obtinet in uxore, cui marito rem auferenti, alius opem & consilium præbet, ut hic nimirum furti teneatur, *l. quis* 52. *§. h. t.* quoniam & ipsa revera facit furtum, sed propriis rationibus non tenetur actione furti, *l.* 1. *Rer. am.* sed ex diverso quid si pater filii rem † subtrahat, si vel emancipatus sit filius, 2 vel castrense peculium habeat? Et hic quidem patria potestas non impedit actionem, *l.* 4. *de judic.* sed propria ratio, quod famosa actio, qualis est furti, filio in patrem non conceditur *l.* 5. *de obseq. par. præst.* Itaque quod scriptum est *in l. si quis* 52. *§. an autem* 6. *h. t.* patrem filio furti teneri, necessario cum Accurs. & communiter Interpp. de actione utili in factum, accipiendum est, & explosimus insigne commentum, imo fœdissimum errorem A. Fabri, quod ex causa peculii castrensis filio in patrem famosa actio detur, in exercitat. nostri *ad decad.* 82. *cap.* 6. & 8.

Textus.

11. Furti autem actio ei competit, cujus interest rem salvam esse, licet dominus non sit. Itaque nec domino aliter competit, quam si ejus interfit rem non perire. Unde constat, creditorem de pignore subrepto furti actione agere posse, etiamsi idoneum debitorem habeat, quia expedit ei pignori potius incumbere, quam in personam agere: adeo quidem, ut quamvis ipse debitor eam rem subripuerit, nihilominus creditori competat actio furti.

Commentarius.

1. *An & quomodo possit non interesse domini, cujus res fuit subrepta.*
2. *Quomodo interesse dicatur.*
3. *Ubi agit non dominus, ratione interesse, quidnam dupletur.*
4. *De jure creditoris cui res subrepta est.*

Tractatur de actione furti: Cui competat, & regula proponitur, quod ei detur, cujus interest, *l. cujus* 10. *h. t.* adeo ut nec ipsi domino detur, nisi quatenus & quia ejus interfit, *h. text. vers. Itaque.* (Forte Justin. respicit casus quos mox tractat, quibus dominus actionem ex contractu pro re vel æstimatione consequenda cõtra alios habet, ut apparet

Digitized by Google

patet ex §.15 Sed & tum non interest domini, si sine culpa ejus res in specie debita fuerit subtracta. Ita enim liberatur *arg.l.arbitrio* 18. §. *ult. de dolo.*[ut notat Faber hic] At quomodo potest non interesse domini, rem esse subreptam? Casus dari potest in venditore, si ei post perfectam emptionē sine culpa ejus res subripiatur, periculum n. cum sit emptoris §. *cum autem* 3. *sup. de empt*, nihil interest venditoris, qui adhuc dominus est. Sed ita incidimus in aliam difficultatem. Qui actionem cedit, ille utiq; eam habet, quomodo enim alias cederet? Atquin venditor cui sine culpa sua res ablata est, actionem furti cedit emptori *d.*§.3. *in fin. sup. de empt.* Et consequenter cōtra hunc text. dominus cujus nihil interest, habet actionem furti. Quod si dixeris ob hoc ipsum interesse domini, quia actiones cedere debeat; dicam, ita vix ullum dari posse casum, quo non interfit domini: tum vero dicam, ex hac causa interesse, ubi quis tenetur ita actiones cedere, ut si nullas habeat culpa sua, ob hoc ipsum debeat condemnari, ut notavimus ad *d.*§.3 *de empt.* Atquin venditor qui sine culpa sua furto rem amisit, non potest condemnari, licet nullas habeat actiones. Dici possit, interim, aliud esse actionem natam esse, aliud, actionem competere effectu: Et in casu quem proposuit, venditorē moventem actionem furti, repelli posse exceptione, quod ipsius non interfit: sed eam exceptionem inutilem fore si opponatur emptori, cui actio furti cessa fuit: quia in hunc effectū omne damnum redundat, & ejus, effectu interest. Ex quo emergit scrupulus novus. Quod si enim effectu interest emptoris, quippe ad quem perfecta emptione, licet re nondum tradita, omne periculum pertinet, cur igitur ei non recta datur etiam sine cessione furti actio? Eam autem non competere emptori docet *d.*§.3. *in fi. sup. de empt.* & aperte in *l. eum qui* 14. *in pr. h. t.* Respondendum est, quod dicitur, ei cujus interest tantum, & qui non est dominus dari actionem furti, intelligendum esse positis terminis habilibus, si videlicet res ei sit ablata: & cum eorum ita interesset, non quod commodum, aliquod amisserunt, sed quod eo nomine & quod culpa eorum res amissa fuit, aliis videlicet dominis propria actione ad restitutionem aut ad æstimationem tenebantur. Hoc nimirum principaliter attenditur: (in Creditore n. cui res ablata est aliud insuper interesse consideratur, ut mox dicemus) quod licet ex exemplis deprehendere eorum, quibus ex causa ejus quod interest, datur actio, creditoris; conductoris, commodatarii, de quibus *in* §§. *seqq. l. ita aq.* 12. *l. eum qui* 14. §. *praterea* 2. & §. *qualis* 16. *h. t. junct. l. rem* 78. *h.* Hoc modo non interest emptoris cui nec res abrepta proponitur. Et omnino, id quod interest, quod causa est actionis furti, juxta jam citatos textus explicandum est, nec enim quocunque modo interesse satis est, veluti interest creditoris habere idoneum debitorem, neq; tamen ob id furti actionem habet, si debitori res subrepta sit. *l. interdum* 49 *h. t.* ubi & similis casus de re subrepta quæ mulieris periculo est, proponitur, & quod ad nostrum casum de emptore pertinet, si res sit subrepta, quæ ex stipulatu vel testamēto debebatur, negatur creditori actio furti *l. is cujus* 85. *h. t.* licet ejus interfit. Itaque & errare dicendū est Fabrum, qui re subrepta quæ in specie debebatur, negat dōmino actionem furti: tanquam ejus non interesset; quin in dubio hoc solum, quod dominus quis est (extra casus singulares quibus alii res subrepta est) pro interesse haberi, docet *l. si vendidero* 80. *in pr. h. t.* ubi ob hoc dicitur dari actio furti venditori, quia dominus est: addit etiam hoc, quia tenetur cedere actiones. Ex quo superior disputatio convellitur, & fatendum adeo est in arbitrio esse venditoris, an actiones cedere malit, an æstimatione præstita, vel eo quod interest, movere actionem furti contra furem. Possit & alio colore venditori, cui nondum solutum est pretium defendendi actio furti: quod apud eum res instar pignoris est interim *l.* 14. §. 1. *h. t.* aut an forte hic color tantum cōtra emptorē militat: Prorsus, ut dixi, interesse hic commode est explicandū: & ex *l.* 85. ubi ait JCtus eum cujus interest, habere furti actionem si res fuerit apud eum domini voluntate, ut sc. amissæ ejus periculum ad eum pertineat. Amplius oportet interesse ex honesta causa, *l. cum* 11. *l. qui re* 76. §. 1. *h. t.* ex quo possessori malæ fidei actio furti negatur *Litaque* 12. §. 1. *h. t.* & furi *d.* 76. §. 1. & omnibus quorum dolo factum est, ut res subriperetur *d. l.* 12. §. 1. & *d. l.* 76. *junct. l* 14. §. *is autem h. t.* ubi tamen objicitur, quod aliquando ipsi furi datur actio *l. qui vers.* 48. § *si ergo* 4. *h. t.* Sed ibi non proponitur, qui fur omnimodo est, sed tantum ratione usus aut possessionis. Illud in genere addendum, sufficere interfuisse tempore furti facti, licet eo tempore quo furti agitur, non amplius interfit, ut docet *l. inter* 46. *in pr. de furtis.*

Illud autem inprimis hic quærendum, an eadē ratione competat actio furti: ei cujus interest, qua domi-

Digitized b

vel deponere deſtinaſſet. Sed ſi pertulit quo deſtinavit, tametſi deprehendatur cum re furtiva, non eſt manifeſtus fur. Nec manifeſtum furtum quod ſit, ex iis quæ dix imus intelligitur: nam quod manifeſtum non eſt, id ſcilicet nec manifeſtum eſt.

COMMENTARIUS.

1 *An ad furtum manifeſtum requiratur realis apprehenſio.*

DIviditur hic & *in l. 2. h. t.* furtum in manifeſtum & nec manifeſtum: inter quæ duo medium & tertium nõ datur: licet quis ejuſdem rei, ſed diverſis actibus & manifeſtus & nec manifeſtus fur eſſe poſſit *l. vulgaris* 21. *in pr. verſ. nam etſi*, quam diviſionem proponit Juſtinianus, quoniam ex eo variatur pœna furti, ut paulo poſt oſtendetur. Quid furtum ſit nec manifeſtum, in fin. §. monet Juſtin. intelligendum eſſe à contrario, & ex altera ſpecie oppoſita, furti manifeſti: quod enim, ait manifeſtũ non eſt, id nec manifeſtum eſt, id eſt: illud furtum quod ita appellatur, & nec manifeſtum vocatur. Furtum manifeſtum & fur manifeſtus deſcribitur hoc §. per gradus, ſenſim procedendo & quaſi deſcendendo, ut 1. manifeſtus fur ſit, qui deprehenditur in ipſo actu dum furtum facit, *h. §. verſ. non ſolum.* 2. Qui poſtquam jam furtum fecit in iisdem ædibus, aut generalius, in eodem loco cum furto deprehenditur *d. §. verſ. ſed etiam.* 3. Qui locum cum egreſſus eſſet, antequam eo quo deſtinavit, rem pertulit, deprehenditur. *h. §. verſ. Imo.* Ampliatur 1. ut fur manifeſtus ſit, etiamſi non ipſe dominus, aut cui furtum factum eſt, furem deprehenderit. *d. verſ. imo.* neque ita quod Accurſ. movet, alteri adquiritur per alium, ſed hujus apprehenſio qualificat delictum: ideoque nec intereſt quis furem apprehenderit, *h. §.* ibi *vel à domino vel ab alio & l. 3. §. 1. h. t. l. 7. §. ult. h. t.* ibi *an vicinus an quilibet tranſiens.* itaq; non reſtringit, ſed exempli cauſa proponitur *in l. ſi quis* 24. §. 2. *de uſurpt.* de procuratore qui furem adprehendit. Et elegans exemplum eſt, quod ſi prohibuit procurator, acquiratur interdictum *quod vi aut clam.* domino *l. 3. in princip. Quod vi aut clam.* ubi removet eandem objectionem Juriſconſultus, dicens, quod ea prohibitio demonſtret te vi opus feciſſe. Ampliatur 2. ut ſit fur manifeſtus, non tantum qui realiter & injecta manu apprehenditur, ſed etiam qui oculis *h. §. verſ. Imo*, ibi *viſus vel deprehenſus* ubi verbum, *deprehenſus* in ſpecie realem apprehenſionem ſignificat. Sed an ſatis eſt viſum eſſe? Minime, ſed acclamatum oportuit, *l. ſi quis 7. §. 1. & 2. h. t.* fortaſſis & ſatis erat dominum vicinos aliquot teſtatum eſſe, iſtum cum furto abire, cum forte ab ejus violentia ſibi metueret. Contra quam tamen ſententiam diſputari, & quod ſola realis deprehenſio per injectionem manus faciat furem manifeſtum, hoc argumento effici videtur. Si contra furem manifeſtum non datur condictio rei ſubreptæ, niſi eam occiderit, fregerit aut effuderit, non poterit fur manifeſtus eſſe, niſi qui manu injecta eſt deprehenſus. Atquin verum eſt prius, per *text. in l. ſive* 10. *in fin. pr. de cond. furt.* Ratio connexi eſt, quia furi deprehenſo niſi ipſe eam corrumpat, res aufertur: quod ſi poſſit fur manifeſtus is etiam dici, cui tantum viſo acclamatum eſt, utique cum re aufugere, & ita quoque extra caſus *d. l.* 10. *in pr.* condictioni locus eſſe poſſit. Apertius concludetur hoc modo. Si fur manifeſtus & is eſt, cui tantum viſo acclamatum eſt, ſequitur quod ipſi condici poſſit res (de condictione hac dicemus in *§. ult. h. t.*) licet non occiderit eam vel læſerit, aut corruperit, ſed ſecum integram tulerit. Atquin conſequens videtur falſum per *d. l.* 10. *de condict. indebiti.* Connexi ratio eſt, quoniam non poteſt acclamatio ſola & nuda impedire quo minus quis rem eo quo vult perferre poſſit. Explicatius Azonis & Accurſi neceſſaria eſt, ut dicamus *in d. l.* 10. exempla minus dubitabilia proponi, non autem omnino caſus alios excludi.

Et vero ſi manifeſtus fur & ille eſt, qui cum acclamatum eſſet re abjecta aufugit. *l. ſi quis 7. §. 2. h. tit.* quid ni etiam poſſit fur manifeſtus eſſe, qui poſt acclamationem cum re fugit: quo poſito extra caſus *d. l.* 10. erit condictioni locus: ſiquidem acclamatio non facit, ut neceſſario fur rem abjiciat: nec facit quidquam abjectio rei, ut quis tanto magis debeat eſſe fur manifeſtus. Et *in d. l.* 10. agitur de eo quod fere contingere ſolet, ut fur cui acclamatum eſt, & quem inſequuntur alii, rem abjiciat, ut tanto facilius elabatur: quod qui rem recepit aliquid de perſecutione remittere ſolet, & *in d. l.* 10. condictio quodammodo opponitur actioni pœnali quæ ſemper locum habet. Atque ad hunc modum cõjungenda hæc ſunt, ut dicatur fur manifeſtus, vel qui realiter depre-

deprehensus est, vel qui effugit, cũ in eo esset, ut deprehenderetur, cum videl. eum, vel is cui furtum factum erat, vel alii insequerentur: in quibus terminis, ut dixi res subreptas fures abjicere solent: neque *in d. l.* 7. *§.* 2. *h. t.* is cui furtum factum erat, tantum inclamasse, sed & ad comprehendendum accurrisse proponitur. Hæc de fure manifesto: ex quibus jam colligitur quis sit fur nec manifestus, ut ad *pr. §.* notavi *ex h. §.* extremo: Justinianus tamen eum etiam aperte definit esse eum qui rem pertulit quo destinavit: tum enim secta est deprehensio, ad hoc ut fur manifestus efficiatur *h. §. ver. sed si pertulit, l.* 5. *§.* 1 *h. t.* idque disertius explicatur *in l.* 4. *h. t.* sic eo pertulerit, quo destinavit eo die manere cum furto: adeoq; licet ejus propositum sit abducere rem porro sequenti die, & tum deprehendatur, fur manifestus non habebitur. Eleganter in hanc rem Massurius apud *Gellium lib.* 11. *cap.* 18. Manifestum furtum est, quod deprehenditur, cum sive dum fit. Faciendi finis est, cum perlatum est, quo ferri ceperat.

TEXTUS.

4. Conceptum furtum dicitur, cum apud aliquem testibus præsentibus quæsita res furtiva & inventa sit: nam in eum propria est actio constituta, quamvis fur non sit, quæ appellatur concepti. Oblatum furtum dicitur, cum res furtiva ab aliquo sit tibi oblata, eaque apud te concepta sit, utique si ea mente tibi data fuerit, ut apud te potius, quam apud cum qui dedit, conciperetur: nam tibi apud quem concepta sit, propria adversus eum, qui obtulit, quamvis fur non sit constituta est actio, quæ appellatur oblati. Est etiam actio furti prohibiti, adversus eum, qui furtum quærere testibus præsentibus volentem prohibuerit. Præterea pœna constituitur prætoris edicto per actionem furti non exhibiti, adversus eum, qui furtivam rem apud se quæsitam & inventam non exhibuit. Sed hæ actiones, scilicet concepti & oblati, & furti prohibiti, nec non furti non exhibiti, in desuetudinem abierunt. Cum enim requisitio rei furtivæ hodie secundum veterem observationem non fiat, merito ex consequentia etiam præfatæ actiones ab usu communi recesserunt: cum manifestum sit, quod omnes, qui scientes rem furtivam susceperint & celaverint, furti nec manifesti obnoxii sint.

COMMENTARIUS.

1. *Furtum conceptum per lancem & licium.*

DE concepto & oblato furto attigit aliquid *Justin. in pr. §. præced.* hic planius explicat. Negavit scilic. ibi istas esse species furtorum, species potius actionum furto cohærentium dixit esse. Et id quidem in cæteris perspicuum satis est: sed conceptum sane non absurde inter species furti possit referri, ut ex iis patebit, quæ jam dicemus, quo modo & refertur à *Paulo* 2. *sent.* 31. *& à Cajo* 2. *Instit.* 11. qui etiam addunt, oblatum, & ita quatuor species constituunt. Concepti † furti per lan- 1
cem & licium mentio fit apud *Gell.* 11. *noct.* 18. *& lib.* 16. *cap.* 10. Sed quale id genus furti fuerit, non explicat: & viri non indocti in varias & fere erroneas sententias ruerunt. Ita ego statuo, ut pluribus ad Treutl. explicavi: conceptum furtum fuisse, quod arguente eo cui furtum factum erat, in ædibus alterius, qui rem furtivam ad se delatam negabat, inveniebatur. Ita autem appellatum fuit, quod olim qui quærebat rem, quoniam in quævis conclavia intrandi erat concessa potestas, tenebat lancem ob oculos propter matremfamil. & virginum pudorem, ut scribit *Festus in verbo lancem.* Hujus ratio rursus erat, quoniam intrabat cinctus simplici licio & lino, ut parum à nudo differret: cujus rursus ratio est, ut ne aliquid latenter sub veste inferre, & dominio ædium calumniam struere posset. In locum hujusmodi quæstionis, quam Gellius jam suo tempore aboleviisse scribit, verosimile est, successisse, quod hic scribit Justinian. ut testibus adhibitis furtũ in alienis ædibus quæreretur, ut inventum, juxta hunc §. conceptum furtum diceretur. Et ait Justin. in pr. §. hunc furem non esse; & nimirũ non est verus fur, quia rem non subtraxit ipse, sed quia rem penes se celavit, instar furtis est, quandoquidem ipse Justin. in f. §. idem jus statuit, quod de eo, qui sciens rem furtivam suscepit, qui utiq; furti nec manifesti tenetur. Sed an a-

ctio furti concepti in duplum fuit, an in quadruplum? Equidem si recte habet comparatio in *d. fin. h. §.* fuerit dicendum, in duplum eam fuisse, & descriptio furis manifesti in *§. prae.* hic non convenit. Sed contradicit *Gell.* 11 *noct. Att.* 18. ubi scribit, decemviros in furtum conceptum, perinde ac in manifestum animadverti jussisse. Cujus rei ratio fortassis haec fuit, quod conceptum furtum, quod poena augenda fuit in eum, qui rem apud se esse inficiatus est; & quamvis loquatur Gell. de furto concepto per lancem & licium eadem tamen ratio militat, in ea specie furti, quae in locum illius postea subrogata videtur, cum nimirum altero negante, res testib. praesentib. quaesita fuit & reperta. Et ad hanc speciem furti cum testibus quaesiti & reperti, referuntur reliquae tres h. §. non tam species quam potius ut Justinian. in *§. praeden.* ait, actiones, quae certis quibusdam casib. competant, qui contingunt circa furtum conceptum; veluti si quis dolo malo rem furto sublatam mihi nescienti obtulerit, eaque apud me concepta fuerit; tenetur mihi actione oblati furti. Si quis rem furtivam quaerere non fuerit passus, tenetur actione prohibiti furti, (satis impropria appellatione.) Et denique convenitur actione non exhibiti furti, qui non exhibet rem quaesitam & inventam. Et quoniam hae actiones ex furto concepto pendent, & ut hoc *§.* refertur vetus illa inquisitio sit abrogata, vel abolita, consequitur inde has actiones simul sublatas esse & ipsas, ut recte argumentatur Iustinian. hoc loco. Sed quae sequitur ibi porro argumentatio in extremo hujus textus, minus recte se habere videtur; quod actiones istae cum veteri inquisitione rei, propterea fuerunt sublatae, quod omnes, qui scientes furtivas suscipiunt sint rei furti non manifesti: siquidem requisitionis sive inquisitionis hujus hic scopus & finis est, ut, qui rem furtivam suscepit & occultat, deprehendatur, qui negata inquisitione facile latere potest; nisi haec ratio ita explicetur, quod non sit opus solenni inquisitione, cum etiam citra eam, quisquis convictus est rem furtivam sciens suscepisse, furti teneatur *l. eos* 14. *Cod. de furtis*, quae tamen probationes si deficiant, & adsint indicia aliqua non levia susceptae & occultatae rei, auctoritate magistratus hodieque inquisitionem rei furtivae in aedibus alienis fieri posse, notant Interpp. hic.

(l)

TEXTUS.

5. Poena manifesti furti quadrupli est, tã ex servi quam liberi persona, nec manifesti, dupli.

COMMENTARIUS.

1. *Ratio, cur manifestum furtum longe gravius fuerit punitum.*
2. *Poena dupli est ex L. 12. tabb.*
3. *De poena capitali.*

INgens apud varias gentes diversitas fuit in puniendis furibus, de quo late disserui ad *Treutler. de priv. del.* unicum tantum in eam rem addo locum, ex *Eusebio lib. 6. de praparation. Evang.* ἐν Ἄτῃσις inquit, ὁ κλέπτων τὶ ὀβολοῦ ἄξιον λιθάζεται· παρὰ βάκτροις ὀλίγα κλέπτων ἐμπτύεται, παρ' ῥωμαίοις πληγαῖς ἀναιρίζεται. Quin apud easdem gentes diversis temporibus diversae. Duo Legislatores Athenienssium Draco & Solon, ille morte, hic, (at quanta haec diversitas) poena pecuniaria dupli fures multavit, teste *Gellio* 11. *noct. Attic.* 18. Eadem varietas apud Romanos fuit, siquidem eodem teste, Decemviri furtum manifestum in servis capitaliter, in liberis corporaliter, non manifestum tantum poena dupli vindicaverunt. Cujus differentiae tam latae quae sit differentia non immerito quaeritur. Hottom. hanc reddit, quod semper certius sit eum esse furem, qui deprehensus est, quam qui non est deprehensus. Sed inepta est haec ratio pro tanta diversitate; tum etiam quod dicit Leges in dubio sententiam mitiorem eligere, magis ineptum est; quia dubium, ut plurimum non est, quin non deprehensus cum furto, revera etiam furtum commiserit: de quo constare potest, tum testibus, tum ex confessione ipsius furis; & fur hic quoque esse dicitur non manifestus, qui in loco quo rem perferre destinavit, cum furto deprehensus fuit *§. furtorum* 3. *in f. h* 1. Cujac. 19. *obs.* 12. hac ratione utitur, quod plus habere debeat, quin deprehendendo fure & persequendo diligentior fuit. Verum 1. nihil pertinet haec ratio ad poenam quae ex L. 12. tabb. manifesto furi in corpus irrogatur. Deinde, licet quaeramus de quadrupli poena, multis tamen & ipsa de causis nihil concludit, 1. quoniam saepe ne quis persequatur, non ex negligentia fit, sed ex justa ignorantia. Deinde quia si noctu furtũ fiat, aut domino absente, nulla argui potest ejus negligentia, 3. quia ut do-

ut docet *ſ. 3 h t.* ut manifeſtus fur dicatur, non neceſſe eſt ab ipſo domino deprehénſum eſſe furem, ſed ſufficit deprehenſum eſſe ab alio, ut nulli domini diligentiæ hoc imputari poſſit. Nulla mihi alia ratio diverſitatis dari poſſe videtur, quam quod vel decemviri & aſperitatem Draconis, & lenitatem Solonis (conſtat enim LL. 12. tabb. à Græcis fere acceptas) in duplici furti genere ſequi & imitari voluerint; vel Spartanorum & aliorum Græcorum exemplum ſecuti fuerint, apud quos occulta furta pene impunita, ſed in deprehenſos fures acerbe animadverſum fuit; ut apparet ex *Gell.* 11. *noct.* 18. & *Suida in verbo* κλέπτης, poſtea prætor in locum pœnæ veteris capitalis & corporalis, quam furibus manifeſtis irrogarunt Decemviri & quæ ipſi nimis atrox viſa fuit; ſubrogavit pecuniariam pœnam, & eam graviſſimâ ex jure noſtro *argument. §. omnes 21. inſt. de actionib.* Atque hæc adeo etiam ratio eſt, ob quam ex prætoris edicto irrogatur pœna pecuniaria quadrupli, furi manifeſto; pœna eadem dupli in furem non manifeſtum relicta, quæ erat ex LL. 12. tabularum. Et errant manifeſto *Baro hic & Duaren. ad tit. de furt. cap.* 6. qui etiam pœnam dupli ex edicto prætoris deſcendere putant, quod bene *Contius* refutat *l. lect.* 2. tum ex *Gell. d. loco*, tum ex *fin. princ. inſt. de perpet. & tempor. actionæ.* ubi ſola actio furti manifeſti in quadruplum ad edictũ prætoris refertur, tum præcipue ex §. *ſunt autem* 4. *inſ. de noxa. action.* ex quo tale argumentum formatur. Ex quo jure eſt actio furti noxalis, ex eo neceſſe etiam eſt deſcendere actionem furti pecuniariam, quoniam nulla actio noxalis eſt criminalis. Atquin ex jure civili quod opponitur edicto prætoris, & ex Lege ſcilicet 12. tabb. deſcendit actio furti noxalis. Ergo, &c. Et cum igitur actio quadrupli ſit haud dubie ex edicto prætoris, oportet alteram dupli actionem eſſe ex LL. 12 tabb.

Licet autem hæc ita ſint, tamen nihilominus etiam omiſſa actione civili pecuniaria potuiſſe criminaliter agi contra fures, docent *Lultim. de privat. delictis & l. ultim. de furtis*, extra ordinem nimirum, ut fur arbitrarie coerceretur. Hodie fere capitaliter & ſuſpendij pœna in fures animadverti ſolet. Atquin videtur hæc pœna iniqua eſſe, quoniam cum oporteat juſtam eſſe proportionem inter culpam & pœnam nulla comparatio eſt pecuniæ, & ſcilicet quinq; ſolidorum cum vita hominis: neq; ulla hic occurrit circumſtantia, quæ faciat hanc pœnam & proportionem juſtam; nec video qua ratione verum eſſe poſſit, quod in Parat. hic Weſembec. ſcribit, nõ minus peccare in ſocietatem humanam fures, quam adulteros & homicidas; quin hæc ſententia eſt injuriola in Legem Dei, qui hæc delicta maxima diverſitate pœnæ disjunxit; & ex ipſa Lege Dei, quæ furibus tantum pecuniariam pœnam indicit, ſolidiſſimum hujuſmodi argumentum deducitur. Quæ pœna ſancita eſt à ſapientiſſimo Legislatore, qui ſolus veram proportionem inter delictum & pœnam novit, ea juſta & æqua eſt, & quæ conſequenter ab hac toto genere diſtat, eam iniquam & injuſtam eſſe oportet. Atquin Deus Lege ſua pecuniariam tantum pœnam furibus irrogavit. Ergo, &c. Illuſtratur hoc ab ingenti diverſitate pœnarum, quam diverſi diverſarum gentium Legislatores, in furtum, adulterium, & alia delicta, poſitis etiam iiſdem circumſtantiis conſtituerunt: ut cum iiſdem poſitis circumſtantiis ſit una natura delicti, pleroſque eorum in æſtimanda delicti eſſentia, ejuſque cum pœna proportione longe erraſſe neceſſe ſit; ut nec ſecurus poſſit eſſe magiſtratus, qui hanc vel illam Legem ſecutus, leniorem, aut graviorem irrogat pœnam. At tuto acquieſcet conſcientia, quæ ſequitur Legem Dei, qui errare & falli non poteſt. Neque movet, quod vulgo afferri ſolet, à Moſe tantum Judaico populo hanc legem latam fuiſſe. Etenim illic tantum tum Dei populus fuit, quem ſolum & ejus curam ad ſe pertinere Deus voluit; cujus populus cum hodie ſint Chriſtiani, recte fecerint, ſi in politicis & forenſibus Legib. politiam Moſaicam, quorum fieri poteſt æmulentur. Neque ratio ulla dari poteſt, cur in populo Judaico tantum & non alibi quoq; hæc pœna quam duxit Deus, juſta ſit cenſenda; quippe cum eadem ubique ſit furti natura. Sed pluribus iſta exſequuti ſumus ad Treutl. ſupr. citato loco.

Ad §. noſtrum hoc notandum eſt, quod Juſtinian. ait, furti manifeſti pœnam eſſe quadrupli, tam ex ſervi quam ex liberi perſona: eum reſpexiſſe ad diverſitatem pœnæ, quæ in fures manifeſtos olim erat, ex 12. tabb. à diverſitate ſtatus; quoniam ut teſtatur *Gellius* 11. *noct.* 18. ſervi de Saxo Tarpejo dejiciebantur; liberi flagris cæſi ei cui furtum feciſſent addicebantur. At ex edicto prætoris differentia non eſt, quoad pœnam quadrupli, ſive liber homo, ſive ſervus furtum fecerit; ut nimirum dominus nomine ſervi conveniatur actione furti pœnali in quadruplum: ſed non ut homo liber, pure, ſimpliciter, & directo, ſed noxaliter, ut tractabimus pluribus *inf. ti. 8.* Quod ſi enim de

de pœna criminali agatur, ipſe ſervus convenitur. Illud denique notandum, quod Gell. ſcribit 11. *noct.* 18. furti concepti & oblati pœnam, tripli fuiſſe.

TEXTUS.

6. Furtum autem fit, non ſolum, cum quis intercipiendi cauſa rem alienam amovet; ſed generaliter, cum quis alienam rē invito domino contrectat. Itaq; ſive creditor pignore, ſive is apud quem depoſita eſt, ea re utatur: ſive is, qui rem utendam accepit, in uſum alium eam transferat, quam cujus gratia ei data eſt, furtum committit: veluti ſi quis argentum utendum acceperit, quaſi amicos ad cœnam invitaturus, & id peregre ſecum tulerit; aut ſi quis equum geſtandi cauſa commodatum ſibi longius aliquo duxerit; quod veteres ſcripſerunt de eo, qui in aciem perduxiſſet equum. Placuit tamen eos, qui commodatis rebus aliter uterentur quam acceperint utendas, ita furtum committere, ſi ſe id invito domino intelligant facere, eumque ſi intellexiſſet, non permiſſurum: at ſi permiſſurum credant, extra crimen videri, ſane optima diſtinctione, quia furtum ſine adfectu furandi non committatur. Sed & ſi credat aliquis, invito domino ſe commodatam ſibi rem contrectare, domino autem volente id fiat, dicitur furtum non fieri. Unde illud quæſitum eſt, cum Titius ſervum Mævij ſolicitaverit, ut quaſdam res domino ſuriperet, & ad eum perferret, & ſervus id ad Mævium pertulerit: Mævius autem dum vult Titium in ipſo delicto deprehendere, permiſerit ſervo, quaſdā res ad eum perferre: utrum furti an ſervi corrupti judicio Titius teneatur, an neutro. Et cum nobis ſuper hac dubitatione ſuggeſtum eſt, & ſuper hoc antiquorum prudentum altercationis perſpeximus, quibuſdam neque furti neq; ſervi corrupti actionem præſtantibus, quibusdam furti tantummodo: non hujuſmodi callidita-ti obviam euntes, per noſtram deciſionē ſanximus, nō ſolum furti actionem, ſed & ſervi corrupti contra eum dari. Licet enim is ſervus deterior à ſolicitatore minime factus eſt: & ideo non concurrant regulæ, quæ ſervi corrupti actionem introducunt: tamen conſilium corruptoris ad perniciem probitatis introductum eſt, ut ſit impoſita ei pœnalis actio, tamquam ſi ipſa re ſervus fuiſſet corruptus: ne ex hujuſmodi impunitate, & in ſervum alium, qui facile poſſet corrumpi, tale facinus à quibusdam perpetretur.

COMMENTARIUS.

1 *Adl.* 46. §. pen. de furt.

HÆc conjunctam habent tractationem & partim ſupra ad §. 1. fuerunt explicata, & nimirum quod eſt in *pr.* §. de furto, quod creditor, depoſitarius & commodatarius, committunt, ſi rebus illis utantur, vel ultra conceſſum modū utantur; quæ habentur in *textibus ſupr.* ad §. 1. citatis. Libet huc adſcribere breviçulum caput 15. *Gell. lib.* 7. *noct. Attic.* Labeo, inquit, in lib. de XII. tabb. ſecundo, actia & ſevera judicia habita fuiſſe de furtis ſcribit. Idq; Brutum ſolitum dicere, damnatum furti qui jumentū duxerat aliorſum, quam quom in locum petierat. Itaque Q. Scævola in librorum quos de jure civili compoſuit ſexto decimo, verba hæc poſuit. Quod cui ſervandum datum eſt, ſi id uſus eſt, ſive quod utendum acceperit, ad aliam rem atq; accepit, uſus eſt, furti ſe obligavit. Hæc Gellius. Et Valer. *Maximus lib.* 8. *cap.* 2. quendam furti refert damnatum, quod equo cujus uſus illi uſque ad Ariciam commodatus fuerat, ulteriore ejus municipii clivo vectus eſſet. Hæc fuere, fidei ſanciendæ, paulo alias duriora, ut quis ex his cauſis, gravi judicio pœnali & famoſa damnaretur. Criminali autem judicio vix erit hic locus; nec quiſquam dubitat ex his furtorum generibus capitalem pœnam irrogari non poſſe.

Placuit tamen eos.] Quoniam hoc ipſum durū erat, ut ex cauſis quas diximus judicio famoſo pœnali quis condemnaretur; ideo iſta ſententia limitata

Digitized by Google

tata fuit, ut non procederet, si quis citra animum fraudulentum, credens dominum facile permissurum liberiorem usum re commodata ultra limites initio dictos fuerit usus. Id ita proponitur de commodato: Difficilius obtinebunt in pignore & deposito, quorum natura hæc est, ut ne quis iis utatur; & ex circumstantiis tamen & facilius creditor poterunt liberari à suspicione furti; idque probat *l. is, qui 76. in pr. h. t.* ubi tamen verba, *usus aliter atque accepit*, minus conveniunt deposito; de quo tamen nominatim ibi agitur. Et sane, qui poculo argenteo apud se deposito, vel sibi pignorato, aliquando utatur in convivio, eum protinus furti teneri perquam fuerit durum. Recte autem sententiam hujus §. limitat Accursius, ut procedat in terminis ibi propositis, ubi quis re abutitur, quæ jam apud ipsum voluntate domini existit; vix enim est, ut audiri possit, qui rem amovit & subtraxit domino, sub hoc colore, quod putarit eũ permissurum. Possit tamen aliquando & hic potationi erroneæ esse locus, argument. textus generalis in *leg. inter. 46. §. recte h. tit.* veluti si qui amovit rem, sit familiaris, bonæ existimationis, & cui alias dominus rem concedere solitus erat, ut notant *Angelus & Faber hic* (modo ne rem v. c. nocte & dolose amoveat) Ceteroquin præsumptio juris est, contra amoventem, per *l. qui vas 48. §. 3. inf. h. t.* propter quam deficientibus illis circumstantiis, à pœna non liberabit furem, nec attestatio domini, quippe quæ precio, aut precibus creditur emendicata, ut tractat *Bart. in d. l. inter 46. §. recte h. t.* ubi nimirum de pœna criminali itroganda quæritur: nam juris sui persecutionem privatam quivis remittere potest.

Sequitur in hoc textu.

Sed & si credat aliquis.] Ait Justinian. nec tũ furtum fieri, si quis putet se invito domino re uti, modo in rei veritate dominus id velit. Quod non satis videtur cõvenire rationi. Sicut enim, qui putat volente domino se uti, utcunq; dominus revera nolit, non incidit in crimen furti, quia animus furandi, & propositum dolosum deficit; ita ex adverso eadem ratio facit, ut, qui putat se invito domino contrectare, utcunque dominus fuisset permissurus, furtum committere sit dicendus, quia animus furandi & essentia furti adest, & nimirum fraudulenta contrectatio lucri faciendi gratia, idque probatur ex *d. leg. 46. §. recte penultim. h. t.* ubi dicitur hoc casu committi furtum. Nam quod statim subjicitur: *verum tamen est, ut cum ego velim eum, uti licet ignoret, ne furti sit obligatus*, non continent emendationem prioris, ut male Accurs. & Bart. opinati sunt, sed potius declarationem; quod licet revera furtum commissum sit, tamen dominus, quippe, qui eum uti voluerit, non possit actione furti experiri; eo enim pertinet quod in d. §. dicitur, eum nõ esse obligatum furti vid. in effectu: & ita omnino hunc quoque locum accipiendum existimo, quod furtum non fiat, eo effectu scilicet ut non possit conveniri actione furti; ut perinde sit, ac si furtum non fecisset; cujusmodi & alii casus occurrunt, quibus ob furtum commissum revera actio furti non datur *l. 1. in fin. rer. amot. l. si libertus 89. h. t. §. hi qui 11. inf. h. t.* Effect9 enim hic quominus in actum deducatur, licet posita causa, ex justis rationibus potest impediri: vel potius, actio ipsa quantumvis ipso jure nata, ex justis causis à magistratu denegari:

Sequitur in textu.

Unde illud quæsitum est.] Diximus non esse furtum, vel potius non competere actionem furti, si dominus permissurus fuisset rem contrectare, licet alter putet, se invito domino facere. Hæc ita, ubi dominus serio id fuit permissurus: secus si per simulationem, ut alium deprehendat in crimine, quæ est hujus *vers.* species & *leg. si quis servo 20. Codic. h. t.* quamquam ibi revera, nec furtum commissum, nec servus corruptus sit, sed in exemplum, propter malitiosum propositum corruptoris, & q9 quantum ad ipsum & ipsius opinione res effectum habuit, pro furto & corruptione habeatur: ut utroque loco prolixe explicat, & perspicue Justinianus. Nec est hujus loci tractare, quando delictum quod non habuit exitum, puniatur. Et tamen ut diximus, opinione corruptoris, aut pravi consulentis res exitum habuit; & ablatæ res, & ad pravum consultorem delatæ fuerunt.

TEXTUS.

7. Interdum etiam liberorum hominum furtum fit: veluti si quis liberorum nostrorum, qui in potestate nostra sunt, subreptus fuerit.

COMMENTARIUS.

HUjus §. decisio pendet à jure potestatis, quod istar dominij ex veteri L. Romuli, in liberos Romani habuerũt, ita ut etiã adjecta causa, *Ex jure Quiri-*

Quiritium; eos vindicare potuerint *leg.*1.§.1. *de rei vindicat.* Itaque propter filium ſubreptum, non tantum poteſt agi criminaliter, aut extra ordinem juxta *leg. ultim. h.t.* aut publico judicio L. Fabiæ de plagiariis, *l. ultim. Cod. ad L. Fab. de plag.* ut male iſtud limitat & explicat Accurſ. ſed etiam actione pœnali civili, ut & ceteri Interpp. notant, & probatur *l. eum qui* 14. §. *ſi filius* 13. *l. matri* 38. §.1. *h. t.* Ubi tamen negatur condictio quoniam hæc competit vero dominii jure, quale patres in liberis non habent. Atquin cum corpus liberum nullam recipiat æſtimationem, quidnam duplabitur, aut quadruplabitur? Hottomanus ait, quod pater privato judicio furti æſtimet injuriam, per ſubreptionem filij ſibi illatam. Atquin iſta non furti, ſed injuriarum actio fuerit. Interpp. putant agi ad duplum operarum ceſſantium, & ejus quidquid per filium patet lucrari potuiſſet, cujus & alibi habetur ratio *l. ſervus.* 28. *h.t.* aut fortaſſis ſimpliciter pater petet æſtimari incertum, & officio judicis committiti aut etiã jurabit in litẽ tanti ſua intereſſe. Theoph. tantum ejus quod intereſt meminit, & exemplum plane ſingulare ponit, ſi propter furtum, factum ſit, ne per filium inſtitutum quis conſequeretur hæreditatem.

TEXTUS.

8. Aliquando autem etiam ſuæ rei quis furtum committit, veluti ſi debitor rem quam creditori pignoris cauſſa dedit, ſubtraxerit.

COMMENTARIUS.

L. Res pignorata & ab ipſo debitore ſubrepta, an poſſit uſucapi.

DE hac quoque re aliquid diximus ad §. 1. *h. t.* committi ita furtum poſſeſſionis, quæ eſt penes † creditorem; atq; ipſum rei dominum hic furti teneri *l. ſi pignore* 22. *in prine de pignorat. act. l. ſi itaque* 12. §. *ultim. l. in actione* 19. §. *prn. l. ſi debitor* 70. *l. creditori* 87. *h. t.*

Poteſt autem ita occurri. Quæ res poteſt uſucapi, ea non eſt furtiva §. *furtum ſupr. de uſucap.* Atqui pignori res data, & per debitorem ſubrepta poteſt uſucapi *l.* 4. §. *ſi rem* 21. *l. ult. de uſucap.* Poſſit dici, inhiberi uſucapionem, ubi tota res furtiva facta eſt; hic autem non tam rei quam poſſeſſionis cõmitti furtum. Sed occurritur porro ex *l. cum ſit* 6. *Cod. de uſucap. pro empt.* ubi ex hac cauſa pignori res data ita dicitur furtiva facta, ut nec uſucapi poſſit. Soleo dicere hanc rem conſiſtere in nuda juris ſubtilitate. Rem traditam creditori ſi ſubripiat debitor in eodem momento & furtiva fit, & purgatur vitium, quoniam pervenit in poteſtatem domini; quæ eſt ſententia *d. l. ult. de uſucap.* quæ alias implicaret contradictionem. Atque ita in pignore in ſpecie dicto. Atquin *d. l.* 6. *C. pro empt.* loquitur de hypotheca, cujus poſſeſſio eſt apud debitorem, quam ſi inſcio creditore diſtrahat, cõmittere dicitur furtum, *l. ſi is, qui* 66. *in princip h. t.* & res tum ita furtiva fit, ut uſucapi non poſſit, quia non, ut prius modo vitium purgatum dici poteſt. Et notanda eſt, ex *d. l.* 66 *h. t.* & *d. l.* 8. *C. pro empt.* ſingularis ſpecies furti, quod nec eſt rei nec uſus, nec poſſeſſionis, quippe cum debitor dominus ſit, & uſum poſſeſſionemque habeat; & tenetur furti ob hoc ſolum, quod vendendo quaſi intervertere jus pignoris creditori velle videtur, quamvis res vendita tranſeat, cum ſua cauſa & onere pignoris; plura dicemus *inf. in* §. *unde conſtat.* 14.

TEXTUS.

9. Interdum quoque furti tenetur, qui ipſe furtum non fecit, qualis eſt is, cujus ope & conſilio furtum factum eſt. In quo numero eſt, qui tibi nummos excuſſit, ut alius eos raperet, aut tibi obſtiterit, ut alius rem tuam exciperet: aut oves tuas, vel boves fugaverit, ut alius eas acciperet. Et hoc veteres ſcripſerunt de eo, qui fugavit armentum panno rubro. Sed ſi quid eorum per laſciviam, & non data opera, ut furtum admitteretur, eſt factum, in factũ actio dari debet. At ubi ope Mævij Titij furtum fecerit, ambo furti tenentur, ope & conſilio ejus quoque videtur furtum admitti, qui ſcalas forte ſupponi feneſtris, aut ipſas feneſtras, vel oſtium effringit, ut alius furtum faceret; quive ferramenta ad effringendum, aut ſcalas, ut ſupponerẽtur feneſtris, cõmodaverit, ſciens, cujus gratia commodaverit. Certe, qui nullam opem ad furtum faciendum adhibuit, ſed tantum conſilium dedit atque horta-

hortatus est ad furtum faciendum, non tenetur furti.

COMMENTARIUS.

1 *An ex consilio quis obligetur.*

PErtinet ad explicationem definitionis furti, & limitationē quandam proponit ad genus, quod aliquando furtum citra contrectationem committatur, vel utique furti saltem teneatur; aut enim Justin. hoc casu teneri furti eū, qui furtum non fecit, id est qui ipse rem manu sua non contrectavit, qui tamen alibi furtum facere dicitur, *l. in furti* 50. §. 1. *h. t.* §. *seq. in fi.* Itaq; ad explicationem hujus §. non una verborum ambiguitas notanda est, 1. quod furtum facere aliquando in specie significet rem contrectare, & contingere, & amovere, velut in *pr. hujus §.* ubi, qui ope consilio adest, negatur facere furtum; cum tamen alibi ope consilio furtum dicatur committi *l. in furti* 50. §. 1. *h. t.* & *alibi.* Deinde notandum quod consilium latius designat malignum propositum, eoque sensu semper in ope, sive in opera fraudulenta simul est furandi consilium; quomodo usurpatur in *l. sape* 35. §. *ult. de V. S.* ubi dicitur, opem tulisse non nocere, nisi & consilium malignum adfuerit; verum in specie, & quatenus opponitur operæ sive opi, consilium significat persuasionem impulsionem, aut instructionem, ut in *d. leg. in furti* 50. §. *consilium h. t.* Deniq; notandum & istud, quod itidem opem ferre, usurpatur latius & strictius. In specie significat, si quis præsens juvet, aut absens instrumenta ad furandum prudens sciens commodet; *h. §. vers. ope,* ubi de commodatis instrumentis, & in *leg. si pignora* 54. §. *penultim. h. t.* Et rursus opem quis ita fert, aut directo, aut per obliquum Directo, veluti si quis fenestris scalas supponat *d. vers. ope. h.* §. per obliquum, veluti si nummos ex manibus excusserit, ut alius eos auferret oves fugavit, ut alius eas abduceret, *vers. in quo h.* §. *l. si quis* §. 52. *si quis* 13. *h. t.* & magis oblique, si tibi obstiterit, ut alius rem tuā abduceret, aut auferret, *d. vers. in quo,* & quod insigne exemplum est, si quis verbi causa mulionem in jus vocaverit, ut interim eo occupato alius mulas auferret *l. si is* 66. § *cum* 2. *h. tit.* & magis adhuc, quod Gellius ex Sabino refert *lib.* 11. *capit.* 18. furem esse hominis judicatum, qui cum fugitivus præter oculos domini forte iret, obtentu togę tamquam se amiciens, ne videretur à domino obstitisset, Latius, opem ferre significat præbere adjumentum, quod inest quibusdam consilii speciebus, cujusmodi est quod proponitur in *dict. leg.* 50. *h. t.* quod instruit & rationem furandi ostendit, veluti si quis aliquem doceat rationem, quomodo debeat penetrare in ædes, aut pecunia, ubi reposita sit; in his enim simul inest opera: quo etiam referri potest casus, *leg. qui servo* 56. *in princip. h. tit.* si quis servo persuaserit, ut fugeret, ei fini, ut ab alio subripiatur. Ita quo ad actionem civilem furti. Cæteroquin opem aut consilium dantes, ubi de pœna capitali, aut corporali tractatur, mitius coerceri hic docent Interpp. oportet autem etiam furtum secutum & damnum revera datum esse; alias non est furti actio *l. si quis* 52. §. *si quis* 13. *& §. neque* 19. *de furt. l. sape* 5. §. *ult. de V. S.* quod si eo animo ut furtum fieret factū quid sit, sed res alias perierit, ex Leg. Aquilia, vel in factum actio est *l. si servus* 27. §. *si quis* 21. *de L. Aquil.* Et oportet consilium & opem eo directa fuisse, ut furtum fieret, qui animus & quod propositum si absit, & tamen datum sit damnum per lasciviam, non furti, sed in factum actio est *h. §. vers. sed si quid d. l. in furti.* 10. §. *ult. h. t.* Hujusmodi igitur opera & hujusmodi consilium obligant aliquem furti, & faciunt, ut teneatur actione furti; non etiam simplex consilium; veluti si quis de paupertate conquerentem indefinite moneat & hortetur, ut furtum faciat: de cujusmodi consilio accipiendum est, quod *in fin. h. §.* scribitur: rectius quā quod alii furtum non secutum respondent; quod à sententia hujus loci est alienum; eoq; pertinet, quod notant *Ioh. Faber. & Angel.* speciale quid esse in furto, quod requirit natura sua contrectationem aliquā; Ceteroquin ex causa aliorum delictorum facilius videtur, ut ex consilio quis obligetur ad pœnam; de qua re aliquid diximus ad §. *tua tantum* 6. *sup. Mandati,* & videndi sunt autores, quos citat *Ias. in* §. *omnes* 21. *n.* 3. *inf. de action. facit l. is, cujus* 14. *l. nihil* 32. *in f. de adulter.*

TEXTUS.

10 Hi qui in parentum, vel dominorum potestate sunt, si rem eis surripiunt, furtum quidem faciunt, & res in furtivam causam cadit, nec ob id ab ullo usu capi potest, antequam in domini potestatem revertatur: sed furti actio non nascitur: quia nec ex alia ulla causa potest inter eos actio nasci. Si vero ope & consilio alterius

rius furtum factum fuerit, quia utique furtum committitur, convenienter ille furti tenetur; quia verum est, ope & consilio ejus furtum factum esse.

COMMENTARIUS.

1. *An patri contra filium detur actio furti.*
2. *An detur filio in patrem.*

HIc unus est ex casibus illis, quos supr. notavimus, quibus licet revera furtum committatur, actio furti non competit. Essentia furti adest, si quid filius patri, aut servus domino subripiat, *h. §.* sed non datur actio furti: cujus rei ratio duplex est, 1. in *l. servi 17. h. tit.* quia ipsi pater & dominus in filium & servum animadvertere possunt, quod maxime jure veteri obtinuit, 2. quoniam juxta *hunc §. & l. 16. h. t.* propter jus potestatis inter has personas actio esse non potest, *l. 4. de judic.* & omnino cum servo nulla est actio, ubi tamen circa filiumfam. scrupulum movet, quod est in *l. si quis 52. § sed si 5. h. t.* ubi dicitur posse pattem agere contra filiumfam. qui ipsi furtum fecit, † si filius habeat 1 castrense peculium. Licet enim filiusfam. quo ad castrense peculium habeatur loco patrisfam. *l. 2. ad Macedon.* tamen extra illud filiusfamil. revera est, nec potest dici ad castrense peculium pertinere, quod filius patri furtum fecit. Sed respondendum est, propter hoc ipsum quod filiusfam. qui castrense peculium habet, in eo pro patrefam. habetur, in ceteris quoque eum quodammodo à natura simplicis filiifam. degenerare, & cum ex peculio castrensi satisfacere possit (filiusfamil. autem qua talis nulla bona habere potest,) qua ratione JCtus in *d. l. 52.* utitur, hactenus recedimus à stricta ratione juris, ut saltem utilis actio patri in filium concedatur *d. l. 52. §. 5. h. t.* Ejus autem, quod cessante quantumvis actione furti, commissum revera est furtum, duplex effectus hoc §. proponitur. Primus, quod res ablata non potest usucapi tamquam furtiva, antequam reversa sit in potestatem patris, aut domini, de quo in *§. furtivæ & in §. aliquando supra de usucapionibus.* Effectus alter est, quod extranei, qui filiofamil. aut servo domino patrive rem subtrahentibus opem consilium præstant, tamquam si aliis opem consilium præstiterint, furti actioni teneantur; quoniam revera est admissum furtum, & rationes, quæ prohibent in filium, aut servum dari actionem furti, in aliis cessant, atque ita traditur *h. §. in fin. l. qui servo 36. §. 1. h. t.* quod idem obtinet in uxore, cui marito rem auferenti, alius opem & consilium præbet, ut hic nimirum furti teneatur, *l. quis 52. §. h. t.* quoniam & ipsa revera facit furtum, sed propriis rationibus non tenetur actione furti, *l. 1. Rer. am.* sed ex diverso quid si pater filii rem † subtrahat, si vel emancipatus sit filius, 2 vel castrense peculium habeat? Et hic quidem patria potestas non impedit actionem, *l. 4. de judic.* sed propria ratio, quod famosa actio, qualis est furti, filio in patrem non conceditur *l. 5. de obseq. par. præst.* Itaque quod scriptum est *in l. si quis 52. §. an autem 6. h. t.* patrem filio furti teneri, necessario cum Accurs. & communiter Interpp. de actione utili in factum, accipiendum est, & explosimus insigne commentum, imo fœdissimum errorem A. Fabri, quod ex causa peculii castrensis filio in patrem famosa actio detur, in exercitat. nostri *ad decad. 82. cap. 6. & 8.*

TEXTUS.

11. Furti autem actio ei competit, cujus interest rem salvam esse, licet dominus non sit. Itaque nec domino aliter competit, quam si ejus interfit rem non perire. Unde constat, creditorem de pignore subrepto furti actione agere posse, etiamsi idoneum debitorem habeat, quia expedit ei pignori potius incumbere, quam in personam agere: adeo quidem, ut quamvis ipse debitor eam rem subripuerit, nihilominus creditori competat actio furti.

COMMENTARIUS.

1. *An & quomodo possit non interesse domini, cujus fuit subrepta.*
2. *Quomodo interesse dicatur.*
3. *Ubi agit non dominus, ratione interesse, quidnam dupletur.*
4. *De jure creditoris cui res subrepta est.*

TRactatur de actione furti: Cui competat, & regula proponitur, quod ei detur, cujus interest, *l. cujus 10. h. t.* adeo ut nec ipsi domino detur, nisi quatenus & quia ejus interfit, *h. text. vers. Itaque.* (Forte Justin. respicit casus quos mox tractat, quibus dominus actionem ex contractu pro re vel æstimatione consequenda cõtra alios habet, ut apparet

Digitized by Google

paret ex §. 15. Sed & tum non interest domini, si sine culpa ejus res in specie debita fuerit subtracta. Ita enim liberatur *arg. l. arbitrio* 18. §. *ult. de dolo.* (*ut notat Faber hic*) At quomodo potest non interesse domini, rem esse subreptam? Casus dari potest in venditore, si ei post perfectam emptionē sine culpa ejus res subripiatur, periculum n. cum sit emptoris §. *cum autem* 3. *sup. de empt.* nihil interest venditoris, qui adhuc dominus est. Sed ita incidimus in aliam difficultatem. Qui actionem cedit, ille utiq; eam habet, quomodo enim alias cederet? Atquin venditor cui sine culpa sua res ablata est, actionem furti cedit emptori *d.* §. 3. *in fin. sup. de empt.* Et consequenter cōtra hunc text. dominus cujus nihil interest, habet actionem furti. Quod si dixeris ob hoc ipsum interesse domini, quia actiones cedere debeat; dicam, ita vix ullum dari posse casum, quo non interfit domini: tum vero dicam, ex hac causa interesse, ubi quis tenetur ita actiones cedere, ut si nullas habeat culpa sua, ob hoc ipsum debeat condemnari, ut notavimus ad *d.* §. 3. *de empt.* Atquin venditor qui sine culpa sua furto rem amisit, non potest condemnari, licet nullas habeat actiones. Dici possit, interim, aliud esse actionem natam esse, aliud, actionem competere effectu: Et in casu quem proposuit, venditorē moventem actionem furti, repelli posse exceptione, quod ipsius non interfit: sed eam exceptionem inutilem fore si opponatur emptori, cui actio furti cessa fuit: quia in hunc effectū omne damnum redundat, & ejus, effectu interest. Ex quo emergit scrupulus novus. Quod si enim effectu interest emptoris, quippe ad quem perfecta emptione, licet re nondum tradita, omne periculum pertinet, cur igitur ei non recta datur etiam sine cessione furti actio? Eam autem non competere emptori docet *d.* §. 3. *in fi. sup. de empt.* & aperte in *l. eum qui* 14. *in pr. h. t.* Respondendum est, quod dicitur, ei cujus interest tantum, & qui non est dominus dari actionem furti, intelligendum esse positis terminis habilibus, si videlicet res ei sit ablata: & cum eorum ita interesset, non quod commodum, aliquod amisserunt, sed quod eo nomine & quod culpa eorum res amissa fuit, aliis videlicet dominis propria actione ad restitutionem aut ad æstimationem tenebantur. Hoc nimirum principaliter attenditur: (in Creditore n. cui res ablata est aliud insuper interesse consideratur, ut mox dicemus) quod licet ex exemplis deprehendere eorum, quibus ex causa ejus quod interest, datur actio, creditoris; conductoris, commodatarii, de quibus *in* §§. *seqq. l. ita aq.* 12. *l. eum qui* 14. §. *praterea* 2. *&* §. *qualis* 16. *h. t. junct. l. rem* 78. *h.* Hoc modo nop interest emptoris cui nec res abrepta proponitur. Et omnino, id quod interest, quod causa est actionis furti, juxta jam citatos textus explicandum est, nec enim quocunque modo interesse satis est, veluti interest creditoris habere idoneum debitorem, neq; tamen ob id furti actionem habet, si debitori res subrepta sit. *Interdum* 49 *h. t.* ubi & similis casus de re subrepta quæ mulieris periculo est, proponitur, & quod ad nostrum casum de emptore pertinet, si res sit subrepta, quæ ex stipulatu vel testamēto debebatur, negatur creditori actio furti *l. is cujus* 85. *h. t.* licet ejus interfit. Itaque & errare dicendū est Fabrum, qui re subrepta quæ in specie debebatur, negat dōmino actionem furti: tanquam ejus non interesset; quin in dubio hoc solum, quod dominus quis est (extra casus singulares quibus alii res subrepta est) pro interesse haberi, docet *l. si vendidero* 80, *in pr. h. t.* ubi ob hoc dicitur dari actio furti venditori, quia dominus est: addit etiam hoc, quia tenetur cedere actiones. Ex quo superior disputatio convellitur, & fatendum adeo est in arbitrio esse venditoris, an actiones cedere malit, an æstimatione præstita, vel eo quod interest, movere actionem furti contra furem. Possit & alio colore venditori, cui nondum solutum est pretium defendendi actio furti: quod apud eum res instar pignoris est interim *l.* 14. §. 1. *h. t.* aut an forte hic color tantum cōtra emptorē militat: Prorsus, ut dixi, interesse hic commode est explicandū: & ex *l.* 85. ubi ait JCtus eum cujus interest, habere furti actionem si res fuerit apud eum domini voluntate, ut sc. amissæ ejus periculum ad eum pertineat. Amplius oportet interesse ex honesta causa, *l. cum* 11. *l. qui re* 76. §. 1. *h. t.* ex quo possessori malæ fidei actio furti negatur *Itaque* 12. §. 1. *h. t.* & furi *d.* 76. §. 1. & omnibus quorum dolo factum est, ut res subriperetur *d. l.* 12. §. 1. *& d. l.* 76. *junct. l* 14. §. *is autem h. t.* ubi tamen objicitur, quod aliquando ipsi furi datur actio *l. qui vers.* 48. § *si ergo* 4. *h. t.* Sed ibi non proponitur, qui fur omnimodo est, sed tantum ratione usus aut possessionis. Illud in genere addendum, sufficere interfuisse tempore furti facti, licet eo tempore quo furti agitur, non amplius interfit, ut docet *l. inter* 46. *in pr. de furtis.*

Illud autem inprimis hic quærendum, an eadē ratione competat actio furti: ei cujus interest, qua domi-

Digitized by Google

domino datur, an est, (hoc enim quærimus) an pretium ipsius rei itidem dupletur & quadrupletur, an saltem id quod interest. Et pro regula statuendum puto, ipsam æstimationem rei quadruplari. Neque enim usquã dicitur, id quod interest, quadruplari: sed iis quorum interest, actionem furti dari, & ꝙ propterea non varietur æstimatio, illud argumento est, quod § scribit Justin. nec domino dari actionem furti, nisi qua ejus interest. Et vero in terminis, quibus conductori, creditori, commodatario res culpa ipsorum subrepta est, ipsum quod interest, nihil aliud est, quam æstimatio vera rei, quoniam tanti ipsorum interest, siquidem actione ex contractu ad solidam rei æstimationem præstandam conveniuntur. Neque itaque commodatarius, ut æstimabit duplum usus aut quadruplum, sed ejus ad quod restituendum actione ex commodato tenetur: cæteroquin sæpe fieret, ut in damno moraretur, cũ nec quadruplum levissimi usus, exæquet simplam corporis ipsius æstimationẽ: & ita nominatim de creditore responsum est in *l. creditori* 15. *in pr. h. t.* Accedit, quod ut post dicemus, tractatur, an quod ii quorum interest actione furti cõsecuti sunt, ipsorum lucro cedat, an domino sit restituendũ, quæ quæstio inepta esset, nisi in actione furti ipsius rei æstimatio veniret. Et omnino quod subreptum est, id duplatur vel quadruplatur: subrepta autem est res ipsa, & animo invertendi totam, non minus ac si apud ipsum dominum res fuisset. Et adeo posita eadem essentia furti, eodem dolo & fraudulento proposito, absurdum sit, variari pœnam, & quidem variari non leviter, imo interdum eam pœnã ad nihilum, aut utiq; ad levissimã summam redigi, quid enim si depositario, qui in se recepit culpam, subrepta fuerit? quid si commodatario, qui pretiosum poculum aureum, ut amicum convivio exciperet, utendum rogavit, id furto ablatum sit? levissima erit pœna, si tantum usum æstimamus. Et at quid ageret fullo, qui polienda vestimenta susceperit, & qui habet actionem furti §. *seq.* Et quod dominus ipse rem possedit, nihil aliud facere potest, nisi ut aliquanto major forte ipsi videatur facta injuria, sed ut diximus, eadem est essentia furti, nec fur injuriandi, sed lucrandi animũ, ut rem auferret habuit, ut nihil interfit cui res fuerit abrepta. Denique facit, quod *in* §. *qua de fullone inf. h. t.* si res subrepta sit commodatario, Justinianus modo huic, modo ipsi domino ex hujus arbitrio dat actionem furti: ridiculum autem sit ex mero accidenti adeo variare pœnam & actionem furti. Idemque absurdum eveniret *in casu* §. *seq. in fi.* ubi pro ut conductor solvendo est vel non, ita vel ipsi vel domino actio furti datur. Quæ notari volumus prpter ea quæ dicemus *ad §. nis. sit. seq.* His tamen quæ disputavimus videntur aliquot textus obstare, in quibus non duplatur vel quadruplatur ipsum verum rei subreptæ pretium. Et in primis si debitor ipse subripuerit pignus in actione furti non æstimari & duplari ipsum corpus, sed summam debiti cum usuris, adeoque quod interest creditoris *l. creditori* 87. *h. t.* Item in *l. inter* 46. §. 1. *h. t.* fructuarius subrepto servo, agit in duplum pro fructibus, quanti ejus interfuit furtum factum non esse; Et in *l. furtivam* 74 *in fin. h. t.* bonæ fidei possessor In duplum nomine possessionis agit, non proprietatis: & similis textus de colono in *l. fullo* 82. §. 1. *h. t.* Istis expedientis hæc primum limitatio videtur adhibenda, ut verum pretium rei dupletur ubi ipsius quoque rei totius furtum est factum. Secus ubi tantum usus, vel possessionis. Ita debitor subripiens rem pignoratam, non potest dici totius rei feciſſe furtum: sed & commodatarius qui aliquanto laxius utitur, alias rem restituere paratus, tantum usus furtum facere intelligitur. Itaque probo sententiam *Ioh. Fab. Ang. & Plat. in §. furtum* 6. *supra h. t.* hic commodatarium tantum teneri in duplum usus seu potius abusus.

Deinde quam rationem dedimus, cur pretium verum rei dupletur, quod cui res subrepta est, domino in solidam æstimationem teneatur, ea in textibus propositis cessat. Nam v. c. creditori conductori, quibus res subrepta est, ita datur actio furti, ut ea domino non detur, quippe cujus intelligatur nõ interesse, cũ rem vel æstimationem actione ex contractu consequatur, de quo §. *seq.* Atquin in *dd. textibus* ipsi domino simul cũ alio datur actio furti: nec conditio furis levior, sed gravior fit, & duplici actione furti convenitur, & tum rei ipsius tum ejus, quod alterius interest, duplũ præstare cogitur, quod utriusq; æqualiter licet non ejusdem prorsus objecti respectu interest. Neq; hic habetur ratio furis, quasi nimis gravẽ pœnã substineat, quippe qui quodãmodo duplex furtum feciſſe intelligitur, & duob. rem intervertisse, quib. ẽt singulis tenetur. Et fit hic ob concursum domini, ut alter non duplũ veri pretii (quod dominus persequitur) sed tantũ ejus ꝙ sua interest, cõsequi possit, neq; potest hic cui res subrepta est à domino ad æstimationem conveniri. Quæ omnino sunt notanda. Jam ad text. nostrum redeamus & plenius tractemus ꝙ est in §. *sive vers.*

Unde

Vnde conſtat creditorem.] Rem pignoratam ſubtripit aut ipſe debitor, aut alius: qui uterque caſus hic tractatur, & prior quoque *in §. aliquando* 10. *ſup. h. t.* ubi cur & cujus rei furtum faciat ipſe debitor quamvis dominus, explicatum eſt. Creditori duplicis intereſſe intuitu furti datur actio, 1. Quod actione pignoratitia directa, ad rem reſtituendam tenetur: nimirum ubi culpa ejus res furto ablata eſt, *l. eum* 14. *§. Idem* 6. *h. t.* Deinde etiam ſi abſit ejus culpa ut conveniri non poſſit, quia intereſt ejus pignori incumbere in ſecuritatem debiti, qui principalis eſt finis pignoris: quod intereſſe in *d. §. unde* proponit Juſtin. Huc enim pertinent verba, *quia expedit ei pignori incumbere*, ut reddatur ratio quare creditori competat actio furti, non autem eo, quaſi per actionem furti, quæ mere pœnalis eſt, ipſam rem ablatam conſequi poſſit, quod non animadvertit Hottom. qui hunc difficilem ait eſſe nodum & confingit innui, quod pœna imputetur in debitum: quod nihil ad rem facit, & præterea in ſecundo caſu debitoris ſubripientis falſum eſt. Et facit hæc ratio, ut omnimodo creditori actio furti detur, nimirum licet ſine ejus culpa res ſubrepta ſit, licet ſolvendo ſit debitor *l. itaque* 12. *§. ult. h. t.* & amplius licet ipſe debitor eam ſubripuerit: itaque recte ſubjicit *in fi. d. §.* Juſtin. *adeo ut quamvis ipſe debitor &c.* utroq; igitur caſu habet actionem furti, ſed hactenus intereſt. 1. Quod ut paulo diximus, ubi contra extraneum agit duplatur pretium verũ rei, ſed ubi contra debitorem, quantitas debiti cum uſuris *l. creditori* 87. *de furt.* Deinde quod poſteriori caſu quidquid conſecutus eſt creditor ex delicto ipſius debitoris, ejus lucro cedit, ſed priori caſu quidquid exegit, cedit lucro debitoris, ut creditor id in debitum imputare & quod ſupereſt reſtituere cogatur, *l. ſi pignore* 22. *in pr. de pign. act. l. creditoris* 15. *in pr. h. t.* & eſt in eam rem generalis textus *in l. reſcriptum* 12. *§. 1. de diſtr. act. pign.*

TEXTUS.

12. Item ſi fullo polienda curandave, aut ſarcinator ſarcienda veſtimenta, mercede certa conſtituta acceperit, eaque furto amiſerit, ipſe furti habet actionem, nõ dominus: quia domini nihil intereſt eam rẽ non perire, cum judicio locati à fullone aut ſarcinatore rem ſuam perſequi poſſit. Sed & bonæ fidei emptori, ſubrepta re, quam emerit, quamvis dominus non ſit, omnino actio furti competit, quemadmodum & creditori. Fulloni vero & ſarcinatori non aliter furti actionem competere placuit, quam ſi ſolvendo fuerint: hoc eſt, ſi dominio rei æſtimationem ſolvere poſſint. Nam ſi ſolvendo non ſint, tunc quia ab eis ſuum dominus conſequi non poſſit, ipſi domino furti competit actio, quia hoc caſu ipſius intereſt rem ſalvam eſſe. Idem eſt, & ſi in parte ſolvendo fullo fuerit aut ſancinator.

COMMENTARIUS.

1. *An ſit lucro conductoris, quod ille per furti actionem conſequitur.*
2. *Quid ſi dominus ipſe rem conductori aut commodatario ſubripiat.*

IN creditore apertior ratio eſt, cur ipſi actio data furti fuerit juxta dicta *§. præc.* In cæteris & v. c. in conductore, quærit Hottoman. cur non potius ipſi domino locatori, qui & condictionem & vindicationem habet actio furti conceſſa fuerit ſed rationem ipſe hic reddit Iuſtinianus, nam condictio & vindicatio dantur jure dominii, ſed actio furti ratione eius quod intereſt: dominus autem hic ſecurus eſt, qui æſtimationem rei, judicio Locati conſequitur. Quo judicio cum omnimodo teneatur conductor, periniquum eſſet nullam actionem ipſi competere contra furem: & cum ipſi res ſubrepta ſit, actionem quoq; hanc habere debet: & perinde eſt ac ſi alias vel ab ipſo conductore res corrupta aut alias amiſſa eſſet. Et hinc eſt, quod non, ut creditori, ita & conductori omnimodo actio furti detur. Sed non datur, ſi citra ejus culpam res fuerit ſubrepta *arg. l.* 14 *§. is autem* 3. *& §. Idem* 6. *h. t.* quia hic cum actione ex contractu non teneatur, periculum eſt domini, cujus ſolius jam intereſt. Id ita in conductore ſimplici uſus rei: nam in fullone qui operam offert, ſecus videtur, & hic ad ſummam diligentiam tenetur per notata ad *§. pen. ſub. Locati*, idque eſt quod dicitur in *l.* 12 *in pr. h. t.* fullonem ſemper agere, quia cuſtodiam præſtat 2. non datur ſi non ſit ſolvendo ut ab eo non poſſit dominus æſtimationẽ conſequi *h. §. verſ. fulloni Lita aq.* 12. *in pr. h. t.* Sed quid, an † quod per actionem furti conſecut' I eſt conductor id ipſius lucro cedit, an actione Locati

Digitized by Google

cari restituere domino tenetur, sicut creditur: ut diximus §. *praced.* Et responsum est in *l. 6. Locati*, eum qui rem conduxit, quod actione furti consecutus est, non restituere. Quod tamen *Iob. Fab. & Angel.* hic restringunt ad eum qui usum rei conduxit, ad quem pertineat hoc lucrū, quia per furtum usus rei, quem ex cōducto habebat ipsi interversus est, secus autē putant in conductore faciendi, qui idem est locator operarum, qui cum nullum usum rei habeat, quod per actionem furti adeptus est, in mercedem imputare, aut ex ipsorum sententia restituere debet. Neq; attendendum videtur quod periculo fullonis res subrepta est, nam & creditor, licet ejus culpa res amissa & subrepta sit, nihilominus quod exegit, imputare debito aut restituere debet *l si pignore* 22 *in prin. de pign. act.* Itaque claudicabit ratio & intra terminos suos constringenda erit, qua utitur *Iust. in l. ult. §. sed cum* 3. *h. t.* quod lucrum pertineat ad cōmodatarium, quoniam hujus sit periculum: Et erit illa nō vera & adæquata ratio, sed hæc, quod commodarius habeat rei usum. Verendum tamen ne forte non recte hac in re fullo & creditor comparentur: quia cur huic actio furti detur ea est princeps ratio, quæ in §. *prac.* proponitur, quod ejus intersit pignori incumbere: ut parum attendatur an ipsius culpa nec ne res fuerit sublata: at fulloni hæc sola ratio tribuit actionem furti, quod ipsius est periculum, & quod judicio Locati domino tenetur & eam tum demum habet, ubi est solvendo. Et creditori tantum in securitatem debiti & ejus solius proprie loquendo gratia traditur pignus, ex quo adeo nullam commoditatem sentire debet, & vitandam quoq; usuræ suspicionem quidam aiiotant. Locator autem rem defert ad fullonem sui commodi causa. Locator scilicet operis faciendi, quo respectu *h.* §. dicitur habere actionem Locati: alio autem respectu, qua conducit operas, recte dicitur conductio, ut monuimus ad *prin de Locato.* Et ego pene censeo contra Fabrum & Angelum, lucrum omnino cujuscunq; cōductoris esse debere, de quo amplius cogitandū. Quid porro si ipse locator † rem locatam 2 subripiat, an conductori dabitur in dominum furti actio, sicut datur creditori contra debitorem juxta §. *praced.* Equidem fulloni omnino negandam actionem non dubitarim, cum nec interfit ejus rei incumbere, nec usum aut aliud ullum jus in re habeat, neque ubi ipse dominus subripuit, conveniri judicio Locati possit. Sed in alio conductore & commodatario, qui usum rei habenti dubitationē res habet. Video negati à quibusdam, ex hac ratione, quod hi nec dominum nec possessionem habēt. Sed male ita infertur: quoniam ita contra alium quoque neganda esset conductori & commodatario actio furti. Accedit quod etiam fit furtum solius usus, quem hic intervertit dominus, sicut intervertit creditori possessionem. Neque quod de furto usus dicitur, restringi debere ad casus superius relatos, in §. 1. *h. t.* ratio ulla necessaria efficit. Quin sicut furtum possessionis dicitur, & cum alter eam domino intervertit, & cum dominus eam alii videlicet creditori: ita etiam dupliciter recte dicimus fieri furtum usus. Et licet hactenus non interfit conductoris, quod non possit teneri Locatori qui ipse fur est: tamen interest ejus, usum retinere quem ex contractu habet, & qui si ipsi alia ratione negetur, certissimo jure ex conducto ad interesse agit. Neq; propterea quod agere ex contractu potest, ob id actio furti negatur necessario: nam & creditor subrepta ubi re per creditorem, haud dubie contrar, actionem pignoratitiam habet. Et cum furti actio detur creditori, ubi nec possessio quidē ipsi interversa est, nimirum ubi debitor alienavit hypothecam, *l. is qui 66. in prin. h. t.* quid ni pro fure haberi possit, qui utique possessionem naturalem aut detentionem semel cum usu, detinenti intervertit. De commodatario tamen illud possit movere, nō esse dandam actionem ei contra commodantem qui beneficium dedit. Sed tamen nascuntur ex cōmodato mutuę obligationes & actiones *l.* 17. §. 3. *commod.* nec debebat ille turpiter beneficium corrumpere. Et facit quod etiam emptor qui non soluto pretio subripit rem venditori, tenetur furti *l. eum qui* 14. §. 1. *h. t.* ubi tamen additur ratio, quod perinde teneatur, ac si pignus subtraxisset: quoniam venditor necdum soluto pretio rem pignoris loco retinere potest: Et nihil interim affirmo.

Supereſt in h. §. de bon. fid. possessore in *verſ. ſed & bona*, licet in specie de bonæ fidei emptor proponitur. Etenim illud constat, intelligi bonæ fidei emptorem cui res tradita fuit: ceteroquin ante, actionem non habet ut ad §. *prac.* diximus. Et hic simpliciter actionem habet, & *omnino*, sive ut alii, *omnimodo*, nimirum sive solvendo sit sive non, & sive in solidum sive pro parte: quod secus in conductore esse in *f.* §. docetur: quod hic scilic. tum demum habeat actionem, si solvendo sit in solidum, solvendo enim non intelligitur, nisi qui solidum potest solvere *l. solvendo* 114. *de V. S.* itaq; forte non ex fi-

ex fide retulit Tribon. in *l. ult. in f. pr. C. h. t.* opiniones antiquorum, quasi dubitaverint an commodatarius posset agere furti, si pro parte tantum solvendo esset. Et hoc autem non sine causa proponit Justin. de bonæ fidei emptore, qui habet titulum onerosum: nam ei, qui titulum habet lucrativum, negatur actio furti in terminis tituli pro herede in *l. si ut vi* 71. §. 1. *h. tit.* qui an sit verus titulus alibi tractatur. Illud quoq; addendum est quod ante diximus ex *l. furtivam* 74. *h. t.* si concurrat dominus, tantum possessionis æstimatæ duplum bonæ fidei possessorem consecuturum: ceteroquin haud dubie si solus sit; verum precium duplabitur.

TEXTUS.

13. Quæ de fullone & sarcinatore diximus, eadem & ad eum, cui cõmodata res est, transferenda veteres existimabant. Nam ut ille fullo mercedem accipiendo custodiam præstat, ita is quoq; qui commodatum utendi causa accepit, habet similiter necesse custodiam præstare. Sed nostra providentia etiam hoc in nostris decisionibus emendavit, ut in voluntate domini sit, sive commodati actionem adversus eum, qui rem commodatam accepit, movere desiderat: sive furti adversus eum qui rẽ subripuit, & alterutra earum electa, dominum non posse ex pœnitentia ad alteram actionem venire. Sed siquidem furem elegerit, illum qui rem utendam accepit, liberari penitus. Sin autem commodator veniat adversus eum, qui rem accepit utendam, ipsi quidem nullo modo competere posse adversus furẽ, actionem furti: eum autem qui pro re commodata convenitur, posse adversus furem habere furti actionem: ita tamen si dominus sciens rem esse subreptam adversus eum pervenit, cui res commodata fuerat: sin autem nescius & dubitans, rem subreptã non esse, apud eum commodati actionẽ instituerit; postea autem re comperta, voluerit remittere quidem commodati actionem, ad furti autem pervenire actionem: tunc licentia ei conceditur, & adversus furem venire, obstaculo nullo ei opponendo: quoniam incertus cõstitutus movit adversus eum qui rem utendã accepit, commodati actionem: nisi domino ab eo satisfactum fuerit: tunc etenim omnino furem à domino quidem furti actione liberari: suppositum autem ei, qui pro re commodata sibi, domino satisfecit: cum manifestissimum sit, etiamsi ab initio dominus instituerit actionem commodati, ignarus rem esse subreptam, postea autem hoc ei cognito, adversus furem transierit, omnino liberari, eum qui rem commodatam acceperit, quemcunq; causæ exitum dominus habuerit adversus furem: eadem definitione obtinente, sive in parte sive in solidum solvendo sit is, qui rem commodatam acceperit.

COMMENTARIUS.

NImis multa verba fundit Tribonianus, in re, quæ paucis poterat explicari. Constans haud dubie veterum definitio fuit, cõmodatario re subrepta competere furti actionem: quod & in *pr. h. §.* testatur Justin. & certa suadet ratio: quoniam ad commodatarium periculum rei subreptæ vel maxime spectat, ut qui levissimam culpam præstat, eoque actione commodati domino tenetur. Et cum ob hanc solam causam conductori & creditori actio furti detur, cur non detur commodatario: idque ita diserte responsum est in *leg. si ut certo* 5. §. *ult. in f. cum ll seqq. commod. l. cum qui* 14. §. *qualis.* 16. *h. t.* ubi generalis regula traditur, omnib9 his quorum periculo est res aliena furti actionem dari: ita scilic. eorum periculo, ut ob rem subreptam, tamquam culpa sua amissam domino teneantur. Nec ulla ratio videtur alia moviſſe Justinianum, ut jus hoc mutaret, & domino electionem daret, quam quod hic citra commodum suum alteri dat beneficium. Summa autem decisionis Justiniani h. §. & in *leg. ultim. Cod. eod.* hæc est, quod dominus habeat electionem, an malit eligere furem an commodatarium, ita ut uno electo alter à domino liberetur & ut

& ut poſt electionem ſemel factam variare dominus non poſſit: niſi ignorans aut dubitans rem eſſe ſubreptam, elegerit commodatarium: tunc enim poteſt mutata voluntate, & remiſſa actione commodati agere contra furem: ubi ſcil. cepit ſaltem agere contra commodatarium: nam ſi cum damnatum fecerit, aut etiam extra judicium ſatisfieri ſibi à commodatario paſſus fuerit, amplius agere in furem non poteſt. Tractat autem de eo qui dubitans aut ignorans egit commodati: qui enim elegit furem, non potuit ignoraſſe furtum eſſe commiſſum. Quid autem ſi ſciens commiſſum furtum egerit contra commodatarium qui non eſt ſolvendo. Et probo opinionem eorum quos ſequitur Faber hic, poſſe eum ſi errore facti ſit lapſus, agere cõtra furem: cum & alias cõmodatarius qui ſolvendo eſt: ex ratione juris veteris non habuerit actionem.

Illud obiter notandum, quod in *pr.* §. Juſtinianus confert commodatarium & fullonem: quod uterque cuſtodiam præſtet, non vulgarem & ſimplicem, ſed exactam diligentiam & leviſſimam culpam: quia fullo ut artifex operam ſuam & ſimul cuſtodiam quaſi offerre videtur, ut notavimus ad §. *pen ſup. de Locat. condu.*

TEXTUS.

14. Sed is apud quem res depoſita eſt, cuſtodiam non præſtat, ſed tantum in eo obnoxius eſt, ſi quid ipſe dolo malo fecerit: qua de cauſa ſi res ei ſubrepta fuerit, quia reſtituendæ ejus rei nomine depoſiti non tenetur, nec ob id ejus intereſt rem ſalvã eſſe, furti agere non poteſt, ſed domino actio furti competit.

COMMENTARIUS.

1 *An depoſitarius qui præſtat culpam, habeat furti actionem ad l. 2 §. 14.* vi bon. rapt.

2 *Quid ſi res amiſſa ſit per latam culpam.*

DEpoſitarius actionem furti non habet: quia aut ſine dolo ejus furtum fit, aut dolo ejus. Illo caſu ideo nõ habet, quoniam ſolum dolum præſtat, nec tenetur domino, adeoque nihil intereſt ejus rem eſſe ſubreptam h. §. & diximus ad §. *pen. ſup. Quib. mod. re contr. obl.* Hoc caſu, (quem h. §. omittit Juſtin.) tenetur quidem domino, ſed alia ex cauſa non habet actionem furti, quoniam ex delicto & improbitate ſua actionem quis furti non debet habere, *text. general. in l. itaq*; 12. §. 1. *h. t.* & ſpecialis de depoſito in *leg. eum qui* 14. §. 3. *eod.* Sed quid ſi depoſitarius, vel ex pacto §. *ult. tit. ſeq.* vel quia honorarium accepit, aut ſe obtulit *l.* §. *ſæpe* 35. *depoſiti*, culpam quoque præſtare teneatur, an tum habebit actionem furti? Quod videtur ſuadere ratio *d. l.* 14. §. 16. *h. tit.* quia tum ejus intereſt. Sed contra reſponſum eſt in *l.* 2. § *ſi in re* 24. *vi bon. rapt.* ubi dicitur ceſſare furti actionem. Sed Cujacius in notis ad §. *ultim. tit. ſeq.* emendat illum locum, & quæ tamquam verba novi §. proponuntur, ad *fin.* § *præced.* retrahenda, & cum eo conjungenda cenſet, & ita legendum: *Nam & furti actionem habeo, ſi in re depoſita culpam quoque repromiſi &c.* & à verbis *utilius dicendum* novum §. incipiendum. Sed nec ille ulla librorum autoritate ſe tuetur: & apparet omnino JCtum proponere voluiſſe exemplum, quo ceſſante furti actione competat actio vi. bon. raptorum, eo quod raptor gravius peccet, atquin ſecundum lectionem Cujacij, nullũ erit exemplum: & ita ſubinepte proponet Ulpianus, ceſſante furti actione dari actionem vi bon. rapt. nullo tamen caſu propoſito, quo illud locum habeat. Et itaque omnino dicendum eſt hunc eſſe caſum, ubi depoſitarius culpam etiam præſtat, quo tamen furti agere non poſſit, ſed poſſit bon. raptorum: qua ſententia poſita ferri non poteſt mutatio Cujacii. Et ad rationem ſuperiorem ex *l.* 14. §. 16. *h. t.* reſponderi non incommode poteſt: ob naturam depoſiti pacto aut alia ex cauſa alteratam, non protinus variari jus, quod conſtitutum eſt de actione furti: & quod hæc iis detur, quorum ex ratione juris communis, & ordinaria contractus natura intereſt, rem non eſſe ſubreptam, non vero quorum ex ſpeciali ratione, altera natura contractus intereſt. Et pacta hunc habent effectum, quæ contractibus adjiciuntur, ut quo ad connexa informent contractus actionem: ſed non poſſunt efficere, ut præter rationem communis juris dentur aliæ actiones, quod pactorum vim & naturam excedit. Itaque nec quidquam eſt mutandum de vulgata lectione. Sed fatendum, hoc eſſe ſpeciale in actione bon. rapt. ſpeciali odio raptoris, (quod ex ipſo textu apparet) ut ſi depoſitarius culpam præſtet, competat & bon. rapt. non etiam furti actio.

Atque hæc ita, ut ad *pr* & §. noſtrum † redeamus, ſi dolo depoſitarii res ablata fuerit. Quid autem ſi lata culpa? Et Bart. in *l.* 14. §. 3. *h. t.* Joh. Fab. & Angel.

Angel. hic affirmant eũ furti actionem habere: hac ratione, quod licet alias in contractibus lata culpa æquiparetur dolo, ut diximus ad §. *Item is* 2. *sup. Quib. mod. re contr.* tamen minus est odiosa quam verus dolus: in quo cum sit fur, potius quam ut sit impunitus, furti actionem depositario concedendam esse. Quæ ratio claudicat, imo nulla est, si ponamus ut in §. *præced.* concursum depositarii & domini: hoc enim casu, dicam latam culpam comparari dolo, ut domino potius actio furti detur, quam depositario. Sed extra hunc casum, si dominus elegerit actionem depositi, & ita æstimationem consecutus sit, est omnino illa ratio probabilis: quia cũ hoc casu dominus contra furem nõ possit agere, absurdum sit, furem nulla actione furti teneri: sed ea potius depositario, quamvis in lata culpa fuerit, concedenda est. Et ad hunc quoque casum retenta vulgata lectione referri potest, quod scriptum videtur in *d. l.* 2. §. *& generaliter* 23. *vi bon. rapt.* si interfit depositarii, dandam ei furti actionem. Quin & alium huc casum Fab. & alii quidam Interpp. referunt, si depositarius in rem necessarias impensas fecerit, propter quas donec sibi satisfiat, retinere rem depositam potest, de quo tractatur in §. *in bonæ* 30. *infra de act.* Et sententia ista hunc probabilem colorem habet, quod jus hoc retentionis quoddam jus pignoris tribuit *l. Iulianus* 13. §. *offerri* 8. *de action. empt. l. creditor* 15. *h. t.* jus autem pignoris tribuit hoc jus, ut liceat agere furti, ut dictum ad §. *unde* 14. *sup. h. t.* quomodo ex hoc fundamento venditor cõtra ipsum emptorem actionem furti movere potest *leg. eum qui* 14. §. 1. *h. t.* quod tamen non temere extendendum videatur: cum non sit verum pignus, & tantum pignoris loco sit, quo ad eum qui rem non solutis expensis repetit.

TEXTUS.

15. In summa sciendum est, quæsitum esse an impubes rem alienam amovendo furtum faciat. Et placuit, quia furtum ex affectu furandi consistit, ita demum eo crimine obligari impuberem, si proximus pubertati sit, & ob id intelligat se delinquere.

COMMENTARIUS.

HOc quidem plane extra propositam materiam est: & ipsa ratio. *h.* §. tradita facit ut id commendum fuerit cum §. *placuit* 7. *sup. h. t.* & ei quod ibi dicitur, furtum sine affectu furandi non committi, tamquam consectarium addendum: quod nimirum pupillus tum demum teneatur furti si sit capax doli, & adeo proximus pubertati: quod & in aliis delictis obtinet *leg. pupillus* 111. *de Reg. jur. leg.* 2. §. *vi bon.* 19. *de vi bon. rapt. leg. impuberem* 22. *de falsis leg. impuberem* 23. *h. tit.* de quo diximus sup. ad *princip. de tutelis.* & ad hujusmodi impuberes pertinet, quod Gell. scribit 11. *noct.* 18. eos virgis cæsos damnum sarciisse.

TEXTUS.

16. Furti actio sive dupli sive quadrupli tantum ad pœnæ persecutionem pertinet: nam ipsius rei persecutionem extrinsecus dominus habet, quam aut vindicando, aut condicendo potest auferre. Sed rei vindicatio quidem adversus possessorem est, sive fur ipse possidet, sive alius quilibet: condictio autem adversus furem ipsum heredemve ejus, licet non possideat, competit.

COMMENTARIUS.

1. *Ex causa contractus est actio in solidum in heredes, licet dolus commissus sit.*
2. *Actiones ex delicto cur non transeant in heredes.*
3. *Ad §.* his autem 9. ad L. Aquil.

DE vindicatione constat eam dari domino contra quemcunque possessorem sive fur sit, sive non sit, de quo in §. 1. *infra de act.* Neque enim sicut furti actio aliis datur etiam non dominis, & quorum saltem interest, ita etiam vindicatio dari potest: quæ etiam condictionis furtivæ ratio est, ut detur domino, de quo in §. *sic itaq;* 14. *infr. de action.* Itaq; recte hic Justinian. quod dominus rem vindicando aut condicendo auferre possit. De actionibus quoque ex delictis agemus plenius *infra in §. ex maleficiis* 18. *de actionib.* Interim pro intelligentia hujus §. notandum est, quod actiones personales vel sunt ex conventione vel ex delicto. Illæ cum super patrimonio fiant & ut quis aliquid licito more adquirat & sibi & heredibus, & vicissim ab alio aut ejus heredibus & heredibus detur & in

Digitized by Google

heredes in ſolidum, in quos & patrimonium defuncti deſcendit, & quem heredes repræſentant. Et quo fit ut licet defunctus in re v. c. quæ ex contractu apud eum fuit, dolum commiſerit, tamen heredes actione ex cõtractu in ſolidum teneantur, quoniam non hic dolum conſideramus, neque de actione ſpeciali quærimus, ſed de actione ex contractu, quæ natura ſua in ſolidum in defunctum & in heredes datur: quæ regula certo jure tradita eſt in *l. ex depoſiti* 12. *l. ex contractib.* 49. *de O. & A. l. hoc jure* 152 *& l. ad ea* 157. *de R. I. l.* 1. §. 1. *c.* 7. §. 1. *depoſiti l. ex ea* 121. §. *ult. de V. O.* Actiones ex delicto aliæ ſunt pœnales aliæ rei perſecutoriæ. Utræq; vel puræ vel mixtæ. Et eſt † delicti ea natura, ut tantum hæreat in 2 perſona delinquentis, nec tranſeat in heredem, ut proinde nec heredes defunctum hactenus repræſentent: alias, quod abſurdum eſt, ipſe deliquiſſe intelligeretur. Ex quo fit, cum nulla actio in heredem dari poſſit niſi qua repræſentat defunctum, ut actiones ex delicto, nõ poſſint competere in heredem. Id ut in ſingulis ſpeciebus oſtendamus, de pœnalibus puris apud omnes in confeſſo eſt: & ſunt pœnales puræ, quę ſolam pœnam perſequuntur, extra omnem rei ipſius quæ abeſt, vel ejus æſtimationis perſecutionem. Talis eſt actio furti ſive dupli ſive quadrupli *h. §. prin l ſi pro furo* 7. §. 1. *de condict. furt. leg. ſi ignore* 54. §. *cum furti* 13. *h. tit. l. qui vas* 48. *inf. princ. eod. in f. princ. tit ſeq.* §. *ex maleficiis* 18. *inf. infra de actionib. &* §. *ſic itaque* 14. *inf eod. tit. l. ancilla* 12. *Cod. de furtis. l. ult. Cod. de noxa lib. action.* Ex quo fit ut in hæredem nulla ratione hæc actio dari poſſit, ſcilicet initio dari: nam cœpta contra furem continuatur in heredes de quo in §. 1. *infr. de perpet. action.* Mixta pœnalis eſt, quæ datur verbi cauſa in duplum, triplum & quadruplum, ut in hoc ſimul ſit perſecutio ipſius rei, quomodo verbi cauſa actio bon. rapt. in *princ. titu. ſeq.* quæ & ita eſt in quadruplum, ut tantum triplum ſit pœna, & adeo quadruplo ſoluto, nulla amplius ſit pro re ipſa perſecutio: quod in actione furti ſecus eſt, per quam etiam ſi duplum aut quadruplum exactum ſit, adhuc vindicatio aut condictio ſupereſt, *d. leg.* 48 *&* 53. *h. tit.* idq; eſt quod in *princ. hujus* §. ait Juſtinian. præter pœnæ perſecutionem. Deniq; perſecutoriæ puræ ſunt, quæ ſimplum ejus quod nobis ex delicto abeſt perſequuntur. Pœnales mixtas itidem non dari in hæredes conſtat, niſi quatenus ad hęredes ex delicto pervenit: quod non tam ratione ordinarii juris quam ex æquitate receptum eſt, & ut turpe lucrum heredibus auferatur, quod penes eos manere non debet: & nimirum ſicut ob delictum defuncti non tenentur, ita nec lucrum ex eo facere & ſentire debent; quæ regula traditur in *leg. un. Cod. Ex delict. defunct. leg. in heredem* 5. *de calumniat. leg. videam.* 17. *& leg. quod autem* 19. *Quod met. cauſa leg. ſicut* 38. *de Reg jur.* Sed & denique perſecutorias ex delicto actiones non dari in heredes (ſcilicet extra id quod pervenit) plurimis textib9 probatur, & per multa exempla & inductionem regula conſtituitur, ex teſtibus *in leg. ſi plures* 17. §. 1. *leg. in heredem* 26. *cũ leg. ſeq. de dolo leg.* 4. §. *ult. cũ* 3. *ll. ſeqq. de alien. jud. mut. leg. ult. Cod. rerum am. leg.* 7. §. *ultim. cum leg. ſeq. de tributor. act. leg.* §. *ult. de eo per quem fact. leg.* 3. §. *pen. ſi menſ. falſ. mod. leg.* 1. §. *ult. ne vis fiat leg.* 8. §. *ult. de precar. leg* 1. §. *ult. & leg. ſeq. de vi arm.* & præcipue inſigne exemplum eſt in actione in factũ, quæ datur contra falſum tutorem & quidem tantũ in id quod revera abeſt *leg.* 7. §. 2. *Quod falſ. tut.* & tamẽ quia ex delicto & dolo datur, in heredes competere negatur *leg. hujus* 9. §. 1. *eod. tit.* Et audet tamẽ hoc loco Hottomannus ſcribere, actiones ex delictis, quæ non ſunt perſonales, ſed rei perſecutoriæ, in heredes dari: contra rationem juris, quam paulo ante dedimus; & contra tot textus, qui omnes agunt de actionibus perſecutoriis, & ex hac unica ratione quoniam ex delicto ſunt, in hæredes dari negant: adeo læpe magni quõq; nominis Juriſconſ. turpiter & fœde errant. Sunt tamen duo quæ in errorem Hottomann. induxerunt, tum exemplum condictionis furtivæ, quæ licet videatur eſſe ex delicto, tamen in heredes in ſolidum datur, ut communiſſima habet ſententia, & probatur ex *leg.* 9. *de condict. furt.* tum ratio qua utitur Juriſconſultus in *leg. ſi pro furt.* 6. §. 2. *de condict. furt.* ideo etiam teneri heredem, quia actio habeat rei perſecutionẽ: cujusmodi etiam circa L. Aquil. actionem, ratione utitur Juſtin. in §. 1. *his autem* 9. *infra ad L. Aquil.* Sed enim tot textus everti non † poſſunt per hujuſ- ; modi argumentationem, & potius fatendum eſt, rationem illam non eſſe adæquatam, aut reſtringendam ad materiam ſubjectam de condictione furtiva, quæ revera ex delicto non eſt, ut dicemus ad §. *ſic itaq;* 14. *infr. de act.* & eodẽ modo ad actionẽ Legis Aquiliæ, cuj9 itidem propria eſt ratio, reſtringenda argumentatio in *d. §.* 9. *infr. ad L. Aquil.* Et vidit hoc etiam olim Petr. de Bellapert. & poſt eum *Iob. Faber in d. §.* 9. *infr. ad L. Aquil.* ubi ait negari non poſſe, quin ibi litera male ſedeat: (ſunt e-

jus

jus verba) & ad verba, *quæ aliam transitura esset*, subintelligendum, *nisi descenderit ex delicto*. Quomodo & fatendum est, non esse adæquatam rationem in *leg. 4. §. ult. de damn. in f.* Est alioquin illius actionis, quæ in magistratum ob negligentiam datur, specialis ratio: vel quod non committendo sed negligendo peccatur, ut notat *Ioh. Faber ad §. non autem infra de perp. & temp. action.* vel potius, quia fungitur quasi hæc actio vicem ejus, quæ ex stipulatione damni infecti contra heredem etiam promissoris data fuisset: quam cum culpa magistratus non habeat qui damnum passus est, merito hactenŏ & magistratus quasi rei vices subire debet. Notetur etiã singularis casus, quo actio pœnalis ex causa gravissima, in hæredem datur *leg. 2. ad L. Iul. repet.* De differentia autem in *h. §. ult.* inter condictionem & rei vindicationem, agetur in §. 1. *infr. de act.* Est enim condictio personalis, quę ut locum habeat, non necesse est, ut reus rem possideat; quod necesse est, in actione in rem: & sive vere sive ficte: v. c. quod dolo possidere desiit: dolus enim hactenus pro possessione est, ut quis inutili in rem actione conveniri possit: de quo suo loco.

AD TITULUM II. LIBRI QVARTI INstitutionum,

DE VI BONORVM RAptorum.

TEXTUS.

Qui vi res alienas rapit, tenetur quidem etiam furti, (quis enim magis rem alienam invito domino contrectat, quam qui vi rapit? ideoque recte dictum est, eum improbum furem esse) sed tamen propriam actionem ejus delicti nomine introduxit prætor, quæ appellatur, *vi bonorum raptorum*, & est intra annum, quadrupli; post annum, simpli. Quæ actio utilis est, etiam si quis unam rem, licet minimam rapuerit. Quadruplum autem non totum est pœna, sicut in actione furti diximus: sed in quadruplo inest & rei persecutio: ut pœna tripli sit, sive raptor in ipso delicto comprehendatur, sive non. Ridiculum enim esset, levioris conditionis esse eum, qui vi rapit, quam qui clam amovet.

COMMENTARIUS.

1 *Species vis seu violentiæ.*
2 *Raptor tenetur etiam furti.*
3 *Ad l. 1. in pr. D. h. t. & n. 5.*
4 *Cur prætor gravioremactionem proposuerit contra furem quam in raptorem.*
5 *Ad l. 52. §. ult. de furtis.*
6 *An gravius peccet, qui palam delinquit, an qui clam.*

ALterum hoc privatum delictum est, Rapina, quæ fit violenter. In † genere nimirum vis 1 committitur vel imperfecte perturbationem, dum impedio, ne quis v. c. possessione & jure suo quiete uti possit, quam vim Dd. appellant turbativam, & in rebus mobilibus & immobilibus locum habet: contra quam introducta sunt Interdicta, uti possidetis & utrubi: aut vis committitur perfecte: & hæc vel fit in re quavis mobili & imobili, quam metu illato, quis alium sibi cogit tradere, quæ vocatur vis compulsiva, & vindicatur actione, quod met. causa, de qua proprius est *tit. lib. 4. Digest.* vel in re immobili tantum, cum quis de possessione dejicitur, & res invaditur §. 1. *in f. h. t.* quæ vis expulsiva dicitur, & coercetur per Interdictum *unde vi. t. de vi & vi arm.* & per constitutiones, quarũ mentio fit in *d. §. 1. h. t.* (de criminalibus judiciis & pœnis hic non agitur) vel deniq; in re mobili tantum, quæ dicitur rapi vel eripi *d. §. 1. inf.* & dicitur vis ablativa: ad quam coercendam specialem & propriam actionem introduxit prætor *h. textu vers. sed tamen.* de qua *h. tit.* agitur. Ait in pr. Justin.

Quod is qui rapiat res † alienas teneatur etiã 2 furti, & ita hæ actiones, furti & vi bon. rapt. inter se concurrant. Quod aliqui hinc confirmant, quoniam definitio furti competat etiam huic delicto. Sed mihi non placet hæc ratio: ita enim furtum fuerit genus rapinæ: illæ vero imo species disparatæ sunt unius generis: nec proinde fieri potest, ut definitio vera & perfecta unius competat alteri: & omnino in definitione *tit. præced. §.* subintelligenda est differentia hæc, quod furtum clanculum fiat, ut lateat dominum: quod omnino omnes agere fures constat, & de furto, tamquam specie distincta à rapina, tractatur *tit. præced.* alias dubium non est,

quin furtum ut genus rapinæ considerari possit: quomodo sane *Iustin. in princ. hujus tit.* considerasse videtur: dum raptorem ait teneri furti, quia utique fur sit: ceteroquin fallacia in isto argumento notari possit: quod actio furti, de qua *titul. præced.* significat actionem, quæ nascitur ex furto, qua id in specie opponitur rapinæ. Itaque magis per productionem quandam actio furti contra raptorem concessa videtur; & id odio raptoris, ut tanto pluribus actionibus teneretur. Et cum igitur hactenus raptor pro fure habeatur, & fur manifestus sit, & actione quadrupli teneatur, qui in furto deprehensus est, consequenter & raptor qui deprehenditur, ut fere solet semper, cum palam & per vim rapiat, actione furti manifesti ut fur manifestus in quadruplum convenietur: quod & perspicue probat *l. si vendidero* 80. *§. cum raptor* 3. *D. h. t.* ubi tamen objicitur & ratio & textus. Ratio hæc est. Si contra raptorem est actio furti manifesti, ergo supervacua & pene inepta est actio vi bon. rapt. sed cons. est absurdum: neque enim prætor sine causa & frustra actionem hanc proposuisse videtur. Connexi ratio est, quoniam cum quisque censeatur eligere actionem commodiorem & utiliorem, actio manifesti furti utiliter dupliciter est actione vi bon. rapt. tum quod illa est in quadruplum perpetua in *fin. pr. infr. de perpet. & temp. act.* hæc autem intra annum tantum quadrupli, postea in simplum est *h. t. vers. & est intra*: tum quod illa est in quadruplum mere pœnalis, ita ut præter eam supersit rei persecutoria *§. ultim. tit. prec.* hæc autem est in quadruplum mixta, ita ut rei persecutio & simplum in quadruplo insit, & quadruplo exacto, ad rem amplius vel ejus æstimationem agi non possit *h. text. verf. quadrupli*. Textus qui objicitur est in *l. 1. in pr. h. t.* ubi † JCtus ait, raptorem teneri furti non mani- 3
festi: & igitur videtur actionem furti manifesti negare: quam alias proposuisset: quippe cum regulare sit, ut raptor, quippe palam rapiens, deprehendatur. Responsio ad argumentum pendet ex inquisitione † rationis, ob quã prætor gravio- 4
rem actionem proposuerit contra furem manifestum, quam contra raptorem: quem tamen in *prin.* hic Just. appellat furem improbum: post JCtum in *l. 2 §. ceterum* 10. *h. t. & in f. pr.* ridiculum esse ait, ut levioris sit conditionis, qui palam rapit, quam qui clam amovet. Quæ Angel. Fab. & alii hic afferunt, quod raptor majori periculo se exponat, quod à fure cavere quis sibi difficilius possit, & quod fur manifestus magis contemnat dominum, & quod magis certum sit furem delinquere, & quod magis frequentia sint furta, de quibus etiam *Ias. in §. ex maleficiis inf. de action. n.* 17. & 18. inepta sunt. Quod Cujac. in *tit. l. C. vi bon. rapt.* putat edictum hoc tantum in raptorem non manifestum conceptum fuisse, penitus est improbabile, ut edictum conceptũ fuerit in casum plane ratum: quippe regulare cum sit, ut qui palam rapit, deprehendatur. Alii dicunt, raptorem non punire leviùs, quippe qui criminali insuper & publico judicio ex Legib. Juliis teneatur. Sed ignorantia elenchi hæc est: hoc enim, ut dixi, quærimus, cur prætor, ex cujus edicto, & actio furti manifesti, & actio vi bonor. rapt. descendunt, hanc fecerit mitiorem. Nec sufficit, quod Theoph. ait, indistincte raptorem, etiam non deprehensum tripli pœna affici. Etenim de raptore deprehenso quærimus. Non inepta forte conjectura erit, si dicamus, à prætore prius in raptores actionem constitutam fuisse, eamque ad instar pœnalium aliarum actionum prætoriarum & mixtam & annalem: postea autem introductam fuisse actionem in quadruplum furti manifesti, & hanc puram pœnalem & perpetuam: non comparatione aliqua & respectu ad pœnam raptoris & actionem vi bon. raptorum, sed ad pœnam gravissimam corporalẽ, quæ ex L. XII. tabb. in fures manifestos constituta erat (de qua *tit. prec.*) & existimasse prætorem, cum his furibus satis clementer actum, si pro corporali pœna, pecuniarum, quamvis gravissimam sustinerent. Quod si cui minus placeat hæc conjectura, dicam, prætorem, ut alibi ita hic quoque voluisse, plures extare actiones, & in raptores specialem & propriam: præsertim quod furti manifesti actio, non in raptore quovis habeat locum: cum & quidam non deprehendatur, ut mox dicemus, constituisse a. mixtam hic actionem his de causis. 1. quia hæc sufficiebat in raptorẽ nõ deprehensum. 2. quia extra actionem furti omnes actiones pœnales sunt mixtæ. 3. quoniam cum raptores etiam criminaliter judicio publico & ex constitutionibus teneãtur, & furti manifesti præterea actione, siquidem hanc priorẽ esse statuamus, actionẽ in quadruplũ mixtã sufficere prætor putavit, nec à natura aliarũ actionũ pœnarum recedere voluit. Deniq; & præcipue, quoniam hanc actionem, contra vim ablativã prætor videtur introduxisse ad instar & ad exemplum, actionis quod metus causa, qua coerceretur vis compulsiva, quæ itidem & añalis & pœnalis mixta est *l. itẽ si* 14. *§. 1. sed & 9. & §. seq. Quod met. causa.* Simile huic est, quod in *l. 1. §. 2. de public.* Ulp. licet alias provi-

proviſum fuerit contra publicanos, tamen è re putaviſſe prætorem, ſpecialiter adverſus publicanos Edictum proponere, Et in *l.* 3. §. 1. *naut. caup. ſtabul.* mirari Pomponium refert Ulp. cur introducta ſit prætoria actio, cum ſint actiones civiles : & eundem reſpondiſſe, ideo id factum, ut innoteſceret, prætorem curam agere reprimendæ improbitatis hoc genus hominum. Atque hæc de argumento. Quod ad textum attinet; in *l.* 1. *h. t.* reſponderi aliud non valeat argumentum à contrario ſenſu contra alios textus, præſertim ex centonibus, & fragmentis mutilis : vel quod mens fuerit JCti, proponere actionē furti, quę daretur contra quemcunque raptorem; cujusmodi eſt actio furti non manifeſti : (nec enim quiſquam prohibetur, etiam contra furem manifeſtum, actione dupli & furti nec manifeſti experiri) actio autem furti manifeſti non poteſt habere locum contra omnes raptores, poteſt enim quidam raptor non deprehendi: veluti ſi dominus metu perculſus occultet ſe, nec quemquam habeat, quem atteſtetur: in cujuſmodi terminis etiam eſt furtum non manifeſtum *l. ſi quis* 7. §. 1. *de furtis.* Ejusque rei & raptoris non deprehenſi exemplū † proponitur à JCto in *l. ſi quis* 51. §. 6 *ult. de furt.* ſi quis rapuerit ex ædibus in quibus nemo fuit : idque apertius erit, ſi quod concinnius eſt, verbis trajectis ibi legamus, *non furti manifeſti* (& eſt notandus ille textus ad hoc quoque, quod raptor deprehenſus teneatur furti manifeſti) & ipſe Juſtin. in *f. hujus textus*, proponit duplicem caſum, raptoris comprehenſi & non comprehenſi, ubi nō intelligenda eſt comprehenſio realis & injecta manu detentio, ſed eo ſenſu, quo *titul. præcedenti* diximus furem manifeſtum eſſe qui in ipſo furto deprehenditur, dum ipſi acclamatur, aut coram vicinis conteſtatur dominus, rem ſibi ablatam aut ereptam eſſe : itaque rectius ſcripſiſſet Tribon. *deprehendatur.* Illud addendum, quod notant Dd. odio paganorum & Judæorum receptum, ut ſi res eorum rapuerint Chriſtiani, duplum tantum teneantur *l. Chriſtian. 6. C. de pagan.*

Etſi quis unam rem licet minimam.] Objicere ſolent, quod ob minimam rem non detur actio doli *l. ſi quis 9. §. ult. cum l. ſeqq. de dolo.* non minus autem hæc actio infamis eſt. Reſponderi poteſt, vel quod hoc fiat in odium raptoris, & præſertim quod ſit ſpectandus animus, non eventus: procul autem dubio animus fuit, plura rapere: vel quod (quæ vulgata reſponſio eſt) in ordinariis curetur etiam minimum, & quod non debeat propterea habere impune qui deliquit. Et v. c. ſi quis feneſtras meas perfregit, & forte damnum ſaltem aliquot bonorum dedit, utiq; ex L. Aquilia teneri debet. Alia ratio in extraordinariis eſt, & ubi agitur de reſcindendo contractu jure civili perfecto, quod fit per actionem doli: & minus odioſus eſt, qui in contractu delinquit, quam fur aut raptor.

Ait Juſtin. *in fin. textus*, † graviori pœna dignum eſſe, qui rapit, quam qui clam amovet, & JCtus in *l.* 2. §. *ſi in re* 24. *eod.* exaggerat delictum raptoris, quod fur celet ſuum delictum raptor autem publicet. Adeo apparet gravius peccare, eum qui palam delinquit, quam qui clam : auget enim delictum impudentia, & arguit hominem deſperatum quodammodo & morum plane improborum: quem delicti non pudet. Quæ certiſſima ratio eſt. Et fruſtra objicitur, *l. ultim. de ritu nupt.* quoniam matrimonium contrahere eſt factum per ſe licitum, ſed fit illicitum propter perſonam cum qua contrahitur, cum qua committitur inceſtum : nec alia ratione palam contrahens & talem uxorem ducens mitius punitur, quam quia præſumitur peccaſſe ignorantia Juris : Itaque ubi ejusmodi præſumtioni non eſt locus, & factum per ſe turpe eſt, ſemper gravius peccatum cenſetur quod palam perpetratur, quod etiam nocet exemplo. Et, ſi ponas ſciviſſe contrahentem nuptias, & fœminam cognatam & nuptias illicitas eſſe, ſi palam id faciat, non punietur levius: quamquam hoc quoq; ad pœnam mitigandam facere poſſit quod, modus utique, nimirum ducendi publica aut alias conſueta ſolemnitate, honeſtus eſt, & vide de hoc etiā Jaſonem in §. *ex maleficiis* 13. *inſ. de action. n.* 20. *& quos ibi allegat.*

TEXTUS.

1. Quia tamen ità competit hæc actio, ſi dolo malo quis rapuerit : qui aliquo errore ductus, rem ſuam eſſe exiſtimans, & imprudens juris, eo animo rapuerit, quaſi domino liceat, etiam per vim rem ſuam auferre à poſſeſſoribus, abſolui debet. Cui ſcilicet conveniens eſt, nec furti teneri eum qui hoc eodem animo rapuerit. Sed nedum excogitentur talia, inveniatur via, per quam impune raptores ſuam exerceant avaritiam, melius pro hac parte conſtitutionibus Divalibus proſpectum

eſt, ut nemini liceat rapere vel rem mobilem, vel ſe moventem, licet ſuam eandem rem exiſtimet: ſed ſi quis contra ſtatuta principum fecerit, rei quidem ſuæ dominio cadere: ſin autem aliena res ſit, poſt reſtitutionm ejus, etiam ejusdem rei æſtimationem præſtare. Quod non ſolum in mobilibus rebus quæ rapi poſſunt, conſtitutiones obtinere conſuerunt, ſed etiã invaſionibus, quæ circa res ſoli fiunt: ut hac cauſa ab omni rapina homines abſtineant.

COMMENTARIUS.

DOcet Juſtin. hanc actionem contra quoſcunque raptores non ſuffeciſſe: non contra eum qui rapuit rem propriam, quia hic careat dolo. An vero non ſatis doli eſt, improbo more per vim rem quamvis ſuam abſtuliſſe? ſed nimirum videtur eadem hactenus natura eſſe rapinæ & furti: ut utrumque requirat, animum lucri faciendi, quo caret, qui rem ſuam rapit: ita tamen, quod omnino addendum eſt, ſi labitur imprudentia juris, & putet licitum eſſe, quocunque modo rem ſuam ab aliis poſſeſſorib. auferre: ut hic recte additum eſt à Triboniano: & ſecundum hoc explicandum & ſupplendum, quod eſt in *l. 2. §. hac actione 18. h. t.* eum demum teneri qui dolum malum adhibuit, & ideo non teneri, qui rapuit rem ſuam. Et vulgo traditur, quod quævis, & pene etiam fatua cauſa excuſet à dolo. Et juris error non prodeſt quidem ut lucrum adferat, *l. 7. & 8. de juris & facti ign.* non tamen etiam nocet, ut quis rem ſuam amittat, tantum abeſt, ut in gravem pœnam incurrat, & famoſo judicio conveniatur. Sed quoniam grave exemplo eſt, per vim res rapi, & in hoc ipſo quidam dolus, & improbum factum verſatur, maxime ut malitiis hominum, & prætextibus hujuſmodi improbis occurreretur, cum pene etiam ipſa ratio juris naturalis dictet, non violentis ſed legitimis remediis & actionibus publice propoſitis utendum eſſe: (ut hic minime ſit ſola ignorantia juris, aut tantum juris poſitivi) ideo ceſſante actione hac Impp. aliam pœnam contra raptores, vel invaſores rerum propriarum introduxerunt, *h. §. & l. ſi quis 7. C. unde vi.* Putant autem quidam & inter hos Platea hic, huic conſtitutionum pœnæ tantum eſſe locum, ſi quis rem ſuam eripiat vero poſſeſſori, non ſi v. c. commodans aut deponens eam eripiat commodatario aut depoſitario. A quib. diſſentio: ne alias, ceſſante etiam actione vi bon. rapt. omnis civilis actio negetur: & ſimpliciter loquuntur textus de eo qui rem ſuam rapit: nec captandum eſt verbum *poſſeſſoribus*, quo generalius uti exiſtimo textũ, ut quicunq; rem tenent, ſignificentur: poſſeſſio enim ſola non multum facit, ut tanto magis quis debeat teneri: quamvis ſane cum depoſitarius nullum jus nec uſum quidem habeat, difficilius videatur huic pœnæ locus eſſe: ſed de conductore & commodatario, qui uſum rei habent, non dubitem adfirmare: quibus etiam actionem furti contra ipſum dominum competere, ad *tit. prac.* defendendo.

TEXTUS.

2. Sane in hac actione non utique exſpectatur, rem in bonis actoris eſſe: nam ſive in bonis ſive nõ, ſi tamen ſit ex bonis, locum hæc actio habebit. Quare ſive locata, ſive commodata, ſive etiam pignorata, ſive depoſita ſit res apud Titium, ut interſit ejus eam rem per vim non auferri, (veluti ſi in depoſita re culpam quoq; promiſit) ſive bona fide poſſideat, ſive uſumfructũ quis habeat in ea, vel quid aliud juris, ut ejus interſit non rapi, dicendum eſt, competere ei hanc actionem; non ut dominiũ accipiat, ſed illud ſolum, quod ex bonis ejus, qui rapinam paſſus eſt, id eſt, quod ex ſubſtantia ejus proponatur eſſe ablatũ. Et generaliter dicendum eſt, ex quib. cauſis furti actio competit in re clam facta, ex iiſdem cauſis habere omnes hanc actionem.

COMMENTARIUS.

1 *Quid ſit rem eſſe in bonis aut ex bonis.*
2 *An commodatario competat hac actio.*
3 *Adl. 2. §. 22. h. t.*

TRactatur, quib. competat hæc actio: Nimirũ iis in quorum & ex quorũ bonis eſt res, quam aliquis rapuit. Et videndum hic adeo, quid ſit rem eſſe in bonis, aut ex bonis. Et vulgo conſtat, olim fuiſſe duplicis generis dominium Quiritarium & Bonitarium. Illud erat, quod propriis & ſpecialiter jure civili introductis modis erat quæſitum, veluti mancipatione, in jure ceſſione &c. qui referuntur

ab *Vlp.*

ab *Vlp. tit. de domin.* 19. Bonitarium, quod ſimplicibus juris gentium modis licet juſto titulo, & v. c. per ſimplicem traditionem translatum erat, ut idē docet *Vlp. tit.* 1 *§. qui tantum* 1. Et ita tres adquiſita non tam in dominio quam in bonis eſſe dicebatur *d. §.* 11. eoque ſenſu in *l. electio* 26. *inf. de noxalib. act.* ſervus juſſu prætoris ductus dicitur eſſe in bonis ejus qui duxit: itidem hoc ſenſu bonorum poſſeſſores, quos prætor tuebatur, non erant. Quiritium jure domini, ſed tantum in bonis rem habebant. Generalius autem in bonis eſſe dicitur, quod etiam jure Quiritium noſtrum eſt, id enim vel maxime eſt in bonis, modo non ſit nudum jus & dominium Quiritarium. Utique enim vel maxime, ſi res per mancipationem aut ceſſionem in jure mihi tradita, aut adquiſita per uſucapionem mihi erepta ſit, hæc actio locum habebit. Itaque aſſentiri non poſſum Hottomanno, qui hic & in *l.* 2. *§. in hac* 22. *eod.* verba *in bonis*, in ſpecie accepit, quaſi ſignificent rem non eſſe noſtram jure Quiritium: neque enim credi poteſt omiſſas res, quæ maxime noſtræ ſunt & pro quibus raptis vel maxime competit hæc actio. Ita quoque contra quam idem Hottoman. putat, latius exiſtimo ſumi verba *in bonis in leg. rem in* 52. *de adq. rer. dom. l. bonorum* 49. *de verb. ſign.* ſiquidem ibi in bonis eſſe ea dicit JCtus, quæ ſunt in dominio noſtro: & civiliter intelligit eſſe in bonis, quæ ita noſtra ſunt, ut eorum nomine ad reſtituendum teneamur, veluti qui rem ſtipulanti promiſit, hoc ſenſu civiliter in bonis rem habere dicitur: & quiſquis mutuum accepit: quod alio reſpectu æs alienum dicitur; naturaliter autem in bonis eo ſenſu ſunt, quæ deducto ære alieno ſuperſunt. Difficilius explicatu eſt, quid ſit *Eſſe ex bonis.* Et aliquando hoc ſignificare idem, quod in bonis ex *l.* 1. *de uſu & uſufr. leg.* probatur: ubi cum JCtus negaſſet uſumfructum ſervitutis poſſe legari: objicit, quod SCto ſit permiſſum legare eorum uſumfructum omnium quæ in bonis ſunt: & reſpondet ſervitutem nec ex bonis, nec extra bona eſſe: quæ reſponſio aperte implicat, idem ſignificare ibi, *in bonis*, & *ex bonis*. de quo & vera explicatione *d. l.* 1. *diximus ad princ. ſup. de uſufr.* Quoniam autem hic & in *l.* 2. §. 22. *eod. in bonis* & *ex bonis* inter ſe opponuntur, ita ut hæc negentur eſſe in bonis, oportet ſpecialiter hic *ex bonis eſſe* ſignificare ea, quæ ita penes nos habemus, ut eorū periculum & cuſtodia ad nos pertineat, ita ut nomine eorum ſi rapta fuerint, domino teneamur: & ut ita quæ actionis furti, eadem ſit ratio hujus actionis, juxta tradita ad *§. furti* 13. *cum ſeqq. titul. præced.* & ita in ſumma ex bonis eſſe dicantur, quæ (ex hac cauſa quam diximus) intereſt noſtra non eripi nobis: quæ eadem ratio facit, ut quoque non dominis detur actio furti: quo pertinet, quod in *fin.* §. generaliter definitur & in *l.* 2. §. *& general.* 22. *eod.* ex iiſdem cauſis actionem furti & bonorum raptorū competere: excepto eo quod ut monuimus ad *§. ſed ite* 17. *titul. præcedenti*, depoſitario qui ex pacto cuſtodiam debet, actio bon. rapt. non etiam furti, datur: idq; de depoſitario attingitur hoc *§. in verſ. ſive depoſita.* Sed an igitur ea quoque ex bonis ſunt, quæ bona fide poſſidentur: hæc enim *h. §.* cum rebus aliis quæ ex bonis ſunt, & vid. locatis commodatis, pignoratis, depoſitis, conjunguntur. Fatendum erit aut Juſtinianum confuſim exempla proponere eorum, quæ in bonis & ex bonis ſunt: aut parum ſubtiliter, & craſſa Minerva eſſe locutum: nimis enim alias inepta eſſet comparatio rerum depoſitarum & commodatarum, cum iis quas bona fide poſſidemus, quas uſucapiendo noſtras pleno jure facimus, & pro quibus, (extra caſum ſi cum domino res ſit) & exceptionem & amiſſa poſſeſſione actionem habemus: & quæ adeo recte ſub eorum claſſem referuntur, quæ ſunt in bonis, juxta *leg. rem in bonis* 25. *de adq. rer. dom.* Inſuper illud de re commodata dubium habet ex nova conſtitutione in *l. ult. Cod. de furt.* & *§. qua de fullone* 16. *tit. prec.* nam cum eadem dicatur eſſe ratio actionis furti & vi bon. rapt. re commodata furto ſublata domino a electio datur, an furti an commodati agere velit. An igitur & hic eandem limitationem adhibemus, & tum demum commodatario actionem vi bon. rapt. damus, ſi dominus contra ipſum egerit commodati? an quia injuria major infertur per rapinam, in commodatario hic nihil mutatum dicimus, & conſtitutionem Juſtinian. in *d. l. ult. Cod. de furt.* ad furtum reſtringimus? Id equidem in medium relinquo: & poſſit hæc videri deſcripſiſſe Tribonianus ex veteri JCto, & ut apparet, omnino ex *l.* 2. *§. in hac* 12. *vi bon. rapter.* parum memor novæ conſtitutionis, quam ſuper hac re emiſit: quod ego, ut dixi relinquo in medio. Sed quod ſequitur apud Juſtinianum, explicationis difficilioris mihi eſſe videtur, de quo quia à nemine explicatur, ſententiam meam proponam & judicium Lectori relinquam. Ait in *verſ. non ut dominium.* hanc actionem iis quorum intereſt dari, non ut dominium accipiant; ſed illud ſolum, quod ex bonis

bonis eorum qui rapinam passi sunt, id est, quod ex eorum substantia ablatum esse proponatur. Atquin primo absurde & inepte moneri videtur, hanc actionem competere ei cujus interest, & verbi causa conductori, commodatario &c. non ut accipiant dominium. Quis enim de hoc dubitet, dominium eos per hanc actionem consequi non posse: siquidem istud ad domini manifestam injuriam pertineret: & utique hac actione non de rei dominio, sed de pœna quadrupli agitur, secundo illud perspicue falsum est, hac actione consequi actorem tantum illud quod ex substantia & bonis ejus esse ablatum proponatur: cum utique hanc actionem constet esse pœnalem & in quadruplum: Hæc absurda ut evitent Interpp. hunc sensum tribuunt verbis Iustiniani, quod his casibus, quib. agit, qui dominus nō est, & cujus saltem interest, habeatur ratio non tam ipsius rei, quā potius juris, quod quis in re habuit, & scilicet non illius aut æstimationis integræ, sed hujus tantum æstimati quadruplum consequatur. Sed hæc sententia & explicatio, tum nimium abit à verbis textus, tum etiam falsum est, quod hi quorum interest, si hac actione experiantur, tantum juris sui quod habuerunt, non ipsius rei raptæ quadruplum consequantur. Cum enim dominus ipse cujus non interest, agere non possit, absurdum sit, in eadem violentia raptoris meliorem esse, conditionem, ut levi omnino pœna defungatur. Et probavimus supra ad *§. furti 13. tit. præced.* eos quorum interest, si furti agant, consequi quadruplum ipsius rei & veri precij: quæ argumenta ibi late proposita idem in actione bon. rapt. obtinere evincunt. Et alia igitur interpretatio est ad hunc locum quærenda, & nimirum ex *l. 2. §. in hac 22. h. t.* ex quo hunc † apparet textum, sed forte nō satis caute esse descriptū. Ulpian. verba ibi ita se habent: *dicendum est, competere mihi hanc actionem, ut nō dominium accipiamus, sed illud solum, ex bonis meis, hoc est ex substantia mea res ablata esse proponatur.* Quæ verba recipere possunt duplicem significationem, primo quod non tantum domino & ei cujus in bonis res est, de quo agit Ulp. in *pr. §.* sed etiam aliis, ex quorum bonis res esse dicitur, actio hæc competat, secundo & rectius referri ista verba possunt ad agendi formulā, quod scilicet hi ad quos custodia rei pertinet, & qui ob hoc solum hanc actionem habent, quod eorum interfit, hoc ipsum ita intendere, & jus quod habuerunt, & rem ex bonis ipsorum ablatam esse, proponere debeant ex quo minime infertur, quod tantum interesse eorum quadrupletur. Et facit quod Ulpianus cum utatur numero singulari, *competere hanc actionem*; subjicit numero plurali, *ut non accipiamus*, id est, ut non intelligamus, ita agendum, quasi jure dominii agam, sed tantum ut proponam, ex substantia mea rem mihi ablatam: verbis *ex substantia*, paulo largius acceptis: quod cum ego conveniri possim à domino ad præstandam æstimationem rei ex bonis & substantia mea ipsa quoque res videatur mihi quodammodo esse subrepta. Hanc explicationem commode patiuntur verba Ulpiani: sed vix verba Triboniani *h. §.* quemquam plurimis locis lapsum esse incuria, plurimi jam annotaverunt. Sed judicium Lectori permitto.

AD TITULUM III.

LIBRI TERTII INSTITUTIONUM,

DE LEGE AQUILIA.

TEXTUS.

Damni injuriæ actio constituitur per Legē Aquiliam. Cujus primo capite cautum est, ut si quis alienum hominem, alienamve quadrupedem, quæ pecudum numero sit, injuria occiderit, quanti ea res in eo anno plurimi fuerit, tantum domino dare damnetur. Quod autem non præcise de quadrupede, sed ea tantum quæ est pecudum numero, cavetur, eo pertinet, ut neque de feris bestiis, neque de canibus cautum intelligamus, sed de iis tantum, quæ dicuntur proprie pasci gregatim: quales sunt, equi, muli, asini, oves, boves, capræ. De suibus quoque idem placuit: nam & sues pecudum appellatione continentur, quia hi gregatim pascuntur. Sic denique & Homer. in Odyssea ait, sicut Ælius Martianus in suis institutionibus refert.

Δῆες τὸν γισύοισι παρήμενον ὀξὺ δ' ἐέμοντας
Παρ' κόρακος πέσεν ὅπῃ τε κρύπτη Ἀγελάου.

COM-

Digitized by Google

COMMENTARIUS.

TErtia hæc ſpecies privati delicti eſt, Damnum injuria datum. Damnum alias in genere ſignificat diminutionem quandam patrimonii: hic in ſpecie damnum quod poſitum eſt in corruptione rei: qua re diſtinguitur à furto & rapina, per delicta utique alias etiam damnum infertur. Sed & hoc amplius; quod hæc delicta non ſunt ſine dolo, at damnum injuria datum, ut hoc tit. ſumitur, etiam leviſſima culpa ſatis eſt, de quo poſt dicemus. Atque hoc damnum vindicatur L. Aquil. quam Plebiſcitum eſſe ait JCtus in *l.* 1. *h.* 1. ſed quando latum & à quo aquilio Tribuno plebis, Ant. Auguſtinus. Hottom. & alii ignotare ſe fatentur. Huius Legis primum caput hic proponitur: & 1. objectum, tum pœnas, & quid in actionem veniat. Objectum ſunt ſervi & quadrupedes, & hi quidem occiſi: nam & primo loquendum fuit de damno graviori, & de objecto digniori, cujusmodi ſunt ſervi, & his exæquatæ pecudes: *l.* 2. *h. t.* quoniam hic tantum agitur de diminutione patrimonii & actione civili; ceteroquin plurimum intereſt: quod qui ſervum occidit etiam publico L. Corneliæ judicio accuſari poteſt §. *libe-rum* 11. *h. t.* Quadrupes autem intelligitur non quævis, ſed quæ pecudum numero eſt *h. text.* itaq; probo ut cum Hottom. in *l.* 2. *in pr. h. t.* legamus *quadrupedemve* (alias vel) *pecudem*. Pecudum appellatio alias generalior eſt, Lucret. lib. 1.

Inde fera pecudes perſultant pabula læta.

Virgil. lib. 1. Æneid.

Ignavum, fucos, pecus à præſepibus arcent.

Eidem Lucretius de piſcibus lib. 2.

——mutaque natantes
Squammigera pecudes.

Hic autem pecudes ſignificant quadrupedes, quæ gregatim paſcuntur, & hominibus ſui natura utilitatem præbent. At cur de ſuibus dubitatum fecit? *l.* 2. §. 1. *h. t.* An quia ceteræ onera geſtando, lacte, lana &c. inſerviunt hominibus: an quia, ut Hottom. ſues non perinde ut aliæ, graminibus & viridibus pabulis paſcuntur: quamquam neutra harum rationum ſatis concludere videtur. Quid ſi quis bipedem occiderit? an damus utilem actionem L. Aquil. ex primo capite, ſicut cum bipes damnum dedit *l.* 4. *ſi quadrup. paup.* an, quod magis eſt, hic caſus ad tertium caput pertinet: ut docet §. *capite* 13. *inf. h. t.* ſicut & ille quo quis quadrupedem nō pecudem occidit. Hæc de objecto primi capitis, pœna eſt, ut tanti teneatur, quanti res toto eo anno retro plurimi fuit, de quo plenius in §. *hic* n. 9. *infr. h. t.*

TEXTUS.

1. Injuria autem occidere intelligitur, qui nullo jure occidit. Itaq; qui latronem inſidiantem occiderit, non tenetur: utique ſi aliter periculum effugere non poteſt. Ac ne is quidem hac lege tenetur, qui caſu occidit, ſi modo culpa ejus nulla inveniatur: nam alioquin non minus ex dolo, quam ex culpa quiſque hac lege tenetur.

COMMENTARIUS.

PEr Legem Aquiliam vindicatur damnum injuria datum. Ubi non ſignificatur aliquid factum per contumeliam, ut injuriæ verbum uſurpatur *tit. ſeq.* ſed aliquid non jure factum: ſed nec neceſſum eſt ex propoſito maligno & dolo factum, ſed competit hæc actio, ſi modo quacunque etiam leviſſima culpa damnum datum ſit *l. in lege* 44 *h. t. h. text. in fin.* & exempla *text. ſeqq.* perſpicue oſtendunt. Eſtque hoc ſpeciale in hoc unico delicto, ut non opus ſit adeſſe dolum: qua de cauſa etiam hæc actio non revera ad pœnam aliquam, duplum vel triplum ſed tantum ad æſtimationem & intereſſe perſequendum comparata eſt. Et hinc quia culpa per injuriam damnum datum eſſe oportet, duplicis generis facta impunita omnino ſunt. 1. quæ licet ex propoſito, jure tamen fiunt, veluti ſi quis defendendi ſui cauſa, ſervum alienum ſibi inſidiantem occidat *h. text.* Jure enim hoc permiſſum eſt pro defenſione vitæ ſuæ, aggreſſorem occidere *l.* 3. *de juſt. & jur. l. ſed & ſi* 5. *l. ſcientiam* 45. §. *pen. h. tit.* Dixi, *ſervum alienum*, nam ad ſervum occiſum pertinet L. Aquilia, in *pr. h. t.* nec enim æſtimatio ex hac L. in corpus liberum cadit: utili tamen actione ex L. Aquilia locus eſſe poteſt pro impenſis & operis ceſſantibus, quo pertinet *l. liber.* 13. *in pr. h. t.* Deinde impunita per L. Aquil. quoque ſunt facta, quæ ſine culpa caſu fortuito accidunt *h. text. in f.* ſive ſit caſus fortuitus ex ſe, ſive ex loci perſonæ & aliis circumſtantiis pro tali habeatur ut *ſeqq.* §§. oſtenditur. Culpam omnino abeſſe neceſſe eſt: ceteroquin non minus ex culpa quam ex dolo quis hac lege tenetur: quomodo ſcribendum erat *h. t. extremo*: pro quo per trajectionem ſcriptum, *non minus ex dolo quam ex culpa*, minus enim dubitari poterat, quin ob dolum huic actioni eſſet locus: quod etiam dicere malim, quam Hottom. *minus* hic eſſe poſitum: pro *magis*: quamvis & Accur. *non minus* explicat, *non plus*, qui

Digitized by Google

tamen magis probat, ut dicamus conversum esse ordinem scripturæ: sicut & in *l. 7. §. pactorum 8. vers. utrū de pactis.* Tractare autem *h. t.* materiam defensionis, quatenus quis alium invasorem aut etiam furem repellere & occidere possit, quod plerique hic faciunt, extra propositum est.

TEXTUS.

2. Itaque si quis dum jaculis ludit, vel exercitatur, transeuntem servum tuum trajecerit, distinguitur. Nam si à milite id in eo campo, ubi solitum est, exercitare admissum est, nulla culpa ejus intelligitur: si alius tale quid admiserit, culpæ reus est. Idem juris est de milite, si in alio loco, quam qui militibus ad exercitandum destinatus est, id admiserit. Item si putator ex arbore ramo dejecto, servum tuum transeuntem occiderit, si prope viam publicam, aut vicinalem id factum est, neque proclamavit, ut casus evitari posset, est reus culpæ: sed si proclamavit, nec ille curavit præcavere, putator est extra culpam. Atque extra culpam esse intelligitur, si sursum à via forte vel in medio fundo cædebat, licet non proclamavit: quia in eo loco nulli extraneo jus fuerat versandi. Præterea si medicus qui servum tuum secuit, de reliquerit curationem ejus, & ob id mortuus fuerit servus, culpæ reus erit. Imperitia culpæ quoque annumeratur: veluti si medicus ideo servum tuum occiderit, quia male eum secuerit, aut perperam ei medicamentum dederit. Impetu quoque mularum, quas retinere non potuit propter imperitiam, si servus suus oppressus fuerit, culpæ reus est mulio. Sed & si propter infirmitatem eas retinere non potuerit, cum alius firmior eas retinere potuisset, æque culpæ tenetur. Eadem placuerunt de eo quoque, qui cum veheretur equo, impetum ejus aut propter infirmitatem, aut propter imperitiam suam retinere non potuerit.

COMMENTARIUS.

VAria sunt exempla factorum citra dolum, per solam & eam fere levissimam culpam, quæ tamen per L. Aquil. vindicantur: quoniam potior est causa ejus qui damnum passus est, cui id ut resarciatur æquum est, ubi aliqua saltem culpa facientis adest: neque enim de pœna, sed damni tantum æstimatione in hac actione quæritur. Sunt omnia fere perspicua, ideoque paucis percurremus. Ait

Si quis dum jaculis ludit.] Circumstantiæ duæ faciunt ut omnis culpa abesse intelligatur, loci, huic fini destinati, & personæ, cujus est in eo loco exerceri, ibi *à milite in eo campo.* Si alterutrum absit, qui damnum dedit, erit culpæ reus, quæ pene videtur esse levissima, cum ad damnum dandum directa non fuerit ad *d. l 9 §. ult. h. t.*

Si putator ex arbore.] Putare arborem factum plane licitum est: sed in dejiciendo ramo amputato potest esse culpa: Id æstimatur ex loco in quo putatur arbor & ramus dejicitur: ut si sit in via privatus, ut alteri in eo jus versandi non sit, non teneatur qui dejecit, cum existimare aut divinare non posset, illac aliquem transiturum: si autem talis sit locus, per quem alii transire solebant, & jure poterant, teneatur actione L. Aquil. qui dejiciendo ramum, damnum dedit, nisi mature, ut transiturus caveret sibi proclamaverit. *h. text. & leg si putator 31. ad L. Aquil.*

Præterea si medicus.] Hæc sane plus quam levissima culpa est, & vere culpa negligere curationem servi quam quis semel suscepit: ideoque vel maxime tenebitur *h. text. & l. 8. eod.*

Imperitia quoque.] Imperitia alicujus rei per se culpa non est, neque enim omnes omnia scire possunt: sed est culpa in eo qui profitetur peritiam, & pro artifice se gerit; hic enim imperitia facit culpam *h. text. & l. imperitia 174. de R. I.* quod docet JCtus in *l. si quis 9. §. pen. in f. Locat.*, ubi rationem hanc reddit cur imperitia in culpa sit, quoniam, inquit, ut artifex conduxit adde *l. si servus 27. §. si calicem 29. h. t.* Et in terminis hujus §. de medico *l. qua actione 7. §. ult. cum l. seq. in pr. eod.* Quod Hott. hic addit de JCto male consulente *inf. tit. 5 de oblig. quasi ex del.* videbimus.

Impetu quoque mularum.] Cohæret cum præcedd. quod de imperitia ait. Quod autem addit de infirmitate, apertissime arguit, levissimam quoque culpam in hoc judicium venire: & est nimirum ista culpa, ubi alius firmior eas retinere potuisset: prorsus ut supra diximus ad §. *item is de oblig. qua re contr. & ad §. 1 sup. de obl. quasi ex cont.* levissimam culpam, ubi quis non præstat

præstat ea, quæ diligentissimus alius præstare potuisset. Adeo & hic non tenebitur mulio, si ipse firmo robore fuit, nec quisquam firmius mulas continere potuerit, & illæ damnum tamen dederunt, *idem in l.* 8. *§ 1. h.t.*

TEXTUS.

His autem verbis Legis, quanti id eo in anno plurimi fuerit, illa sententia exprimitur: ut si quis hominem tuum, qui hodie claudus aut mancus, aut luscus erit, occiderit, qui in eo anno integer aut precioſus fuerit, non tanti teneatur, quanti hodie erat, sed quanti in eo anno plurimi fuerit. Qua ratione creditum est, hujus Legis actionem esse pœnalem; quia non solum tanti quisque obligatur, quantum damni dederit, sed aliquando longe pluris. Ideoque constat in heredem eam actionem non transire, quæ transitura fuisset, si ultra damnum numquam lis æstimaretur.

COMMENTARIUS.

1. *Quod ipsius corporis læsi æstimatio veniat contra Hottomam.*
2. *Actio hæc cur non detur in heredes.*
3. *Actiones ex delicto persecutoriæ an transeant contra heredes.*

IN hanc actionem venit æstimatio damni dati, & quanti res toto anno retro à tempore dati damni plurimi fuit in *pr. h.t.* id quale sit & cujusmodi hoc §. plenius explicatur subjecto exemplo hominis occisi, cum claudus aut mancus, adeoque nullius pene pretii esset, cujus integri eo anno retro æstimationem solvere reus cogitur. Et spectatur nimirum quanti plurimi fuit ipsum corpus, quod occisum est: & proinde dubio errat Hottomannus, † putans non iniri æstimationem hujus animalis quod alius occidit, sed quanti animalia ejusdem generis eo anno communiter æstimabantur, reum condemnari. Et enim L. Aquilia de ipso corpore occiso locuta fuit, ut patet ex verbis relatis in *pr. h.t.* & *in l. 2. in pr. eod.* quod ex exemplo à Justin. hic proposito plusquam evidentissimum est: & alias frustræ æstimationis retro L. Aquilia habuisset rationem. Fit quidem ita, ut non ubique justa & æquali proportione delictum coerceatur: cum eandem æstimationem præstet, qui animal integrum, & qui jam mancum, sed quod eo anno integrum fuit occidit: verum ita placuit Legislatori, nec ubique exacta proportio delicti & pœnæ observari potest: ceteroquin & istud possit reprehendi, quod inter eum qui culpa, & qui dolo damnum dedit, L. Aquilia non distinxit. Hinc vero, quia sæpe fit, ut pluris condemnetur reus quam damni revera dedit, infert *h. §. vers. quæ ratione*. Justinianus hanc actionem videri pœnalem, quoniam rei persecutoriæ actiones, quæ pœnalibus opponuntur, non nisi id quod revera abest actori, persequuntur. Et inde concludit porro in *f.* §. quod hæc actio non detur in heredes: hæc enim actionum vel maxime pœnalium qualitas est, ut ne dentur in heredes *l. 1. de privat. del. l. 2. §. ultim. vi bon. raptor.* Et quid † si igitur damnum qui dedit moriatur actione nondum contra eum instituta? Sunt qui notant hunc nævum juris nostri, cum iniquum videatur, ut damnum saltem mihi ab herede qui bona ejus qui damnum dedit, tenet, non resarciatur. Sed nimirum eadem species iniquitatis in actionibus omnibus ex delicto occurrit, quæ ut diximus ad §. *ult. sup. de furt.* in heredes non competunt: & imputet sibi, qui non statim lite contestata actionem sibi fecit perpetuam & in heredes porro continuandam, de quo in §. 1. *in f. de perp. act.* Et ad *d. §. ult.* hujus rei rationem dedimus, quod in delictis non repræsentat heres defunctum. Non tamen abs eo jus Canonicum constituit, ut quatenus vires bonorum defuncti patiuntur, heres damnum in simplum tantum resarcire cogatur *c. ultim. de sepultur. c. tua nos de usuris, &c. si episcopus caus.* 16. *quæst.* 6. & *Acc. in d. l. 1. de privat. delict.* heredem etiam naturaliter ad hoc obligatum putat. Sed jus civile non ultra eum obstringit, quam ut restituat, quod ex ipso delicto cum ceteris bonis ad eum pervenit. Pergit porro Justin. & cum dixisset, hanc actionem quia pœnalis est, in heredes non transire, in extremo † subjicit eam transituram fuisse, si numquam ultra damnum lis æstimaretur. Diximus autem ad *d. §. ult. de furt.* ex hac ratione si in genere sumatur, effici hanc sententiam, quod actiones ex delicto quæ pœnales non sunt, sed rei persecutoriæ, & in id competunt solum quod actori abest, in heredes in solidum transeant: (nam ut transeant in quantum pervenit, non necessum est actionem esse puram persecutoriam, cum & pœnales actiones mixtæ hactenus in heredes dentur.) Hanc autem sententiam in *d. §. ult.* probavimus manifesto esse falsam: itaque hanc rationem restringendam esse ad ejusmodi genus actionis, qualis est actio L. Aquiliæ, quæ cum competat etiam ob culpam levissimam citra ullam considerationem doli, pene ex delicto esse non

Digitized by Google

videtur. Quin & amplius quamvis Justin. eam vocat pœnalem hoc §. possit tamen per interpretationem quandam conferi persecutoria: quod scilicet L. Aquil. quodammodo fingere videtur; hominem jam mancum, eo tempore occisum quo integer fuit & pluris valuit, & propterea in eam æstimationem reum voluit condemnari: cum insuper ex accidenti hoc sit, quod res retro pluris fuit, & possit etiam tempore damni dati res integra & tum plurimi esse.

TEXTUS.

4. Illud non ex verbis Legis, sed ex interpretatione placuit, non solum per empti corporis æstimationem habendam esse, secundum ea quæ diximus: Sed eo amplius, quidquid præterea peremto eo corpore damni nobis illatum fuerit, veluti, si servum tuum heredem ab aliquo institutum, ante quis occiderit, quam is jussu tuo hereditatem adierit: nam hæreditatis quoque amissæ rationem habendam esse constat. Item si ex pari mularum unam, vel ex quadrigis equorum unum quis occiderit, vel ex comœdis unus servus occisus fuerit, non solum occisi fit æstimatio, sed eo amplius computatur id quoque quanti depretiati sunt, qui supersunt.

COMMENTARIUS.

VErba Legis de æstimatione corporis tantum locuta videntur. Sed placuit ea ita accipi, ut præterea quidquid interesset, in hanc actionem veniret, ut late & per exempla docetur in *l. ait Lex* 21. §. *ult. cum ll. seqq. h. t.* Et recte hic Hottom. ex scripti ambiguitate sa tem hanc controversiam natam esse scribit, non ex scripto & sententia: quippe interrogatus Legislator procul dubio id se omnino voluisse respondisset, & per damnum datum intellexisse, quidquid damni propter occisum v. c. servum dominus passus esset. Ideoque probo eorum sententiam, qui hoc quoque in directam L. Aquil. actionem venire putant, de quo ad §. *ult.* Et hinc est quod occiso servo herede instituto antequam adit hereditatem æstimatio quoque hereditatis venit, quia propter occisum servum ea mihi abest *h. §. vers. veluti l. inde* 23. *in pr. h. t.* item ex iis quæ junctim utilitatem præst. bant, uno occiso, debeatur æstimatio, quanti ceteri jam sunt minoris *h. §. in f. & l. proinde* 22. §. 1. *eod.* ut tamen non affectionis, sed communis valoris habeatur ratio, ut Paulus monet in *l. si servum* 33. *h. t.*

TEXTUS.

5. Liberum autem est ei cujus servus occisus fuerit, & ex judicio privato Legis Aquiliæ damnum persequi: & capitalis criminis eum reum facere.

COMMENTARIUS.

1. *An ex L. Aquilia possit agi criminaliter.*

IDem in *l. inde* 23. §. *si dolo* 9. *h. t. l.* 3. *C. eod.* Neque enim tantum considerandum, quod in patrimonio servus est, quæ ratio facit ut domino detur civilis actio L. Aquiliæ, sed etiam quod homo occisus est, siquidem L. Cornelia simpliciter de homine occiso loquitur: & cum judicium Legis Corneliæ publicum sit, non tantum dominus, sed quivis reum postulare poterit occisorem servi: & quidem ita, ut utrumque judicium concurrat, & unum per alterum non consumatur: ut docet *h. §.* & apertius *d. l.* 23. §. 9. ubi negatur per actionem L. Aquiliæ præjudicium fieri Legis Corneliæ judicio, quoniam duo distincta ex uno facto oriuntur delicta: & ad diversa plane utrumque judicium tendit: alterum ad æstimationem damni pecuniariam, alterum ad vindictam publicam: de quo forte pluribus agemus in §. *ultim. inf. si quadrup. paup.* sed quid si non servus occisus, verum aliud animal occisum, aut alias damnum datum sit, an tum etiam criminaliter *ex Lege Aquilia* agi poterit, sicut potest ex aliis privatis † delictis *leg. ult im. de furtis.* t *leg. ultim. de priva. delict.* Negat simpliciter *Joh. Fab.* hic, quoniam ex causa L. Aquil. teneatur etiam qui sine dolo per culpam deliquit. Sed hæc ratio tantum particularis est & non efficit, ut non possit criminaliter conveniri, qui dolo damnum dedit: quæ etiam verior sententia est. An autem civilis & criminalis actio concurrant, nec una alteram consumat, videbimus ad *d. §. ult. inf. si quad. paup.*

TEXTUS.

6. Caput secundum Legis Aquiliæ in usu non est.

COM-

itized by Google

COMMENTARIUS.

IDem in *l. si servus* 27. §. *hujus* 4. *h.t.* poterat tamen Tribonianus, qui alibi prolixe etiam jus vetus refert, verbulo saltem indicasse, quid eo capite sanctum fuisset. Conjectura inanis est Cujacii in *parat. h. t.* quod fuerit de interversa utilitate.

TEXTUS.

7. Capite tertio de omni cetero damno cavetur. Itaque si quis servum vel eam quadrupedem quæ pecudum numero est, vulneraverit: sive eam quadrupedem, quæ pecudum numero non est, veluti canem aut feram bestiam, vulneraverit, aut occiderit, hoc capite actio constituitur. In ceteris quoque omnibus animalibus item in omnibus rebus, quæ anima carent, damnum per injuriam datum, hac parte vindicatur. Si quid enim ustum, aut ruptum, aut fractum fuerit, actio ex hoc capite constituitur, quam poterat sola rupti appellatio in omnes istas causas sufficere: ruptum enim intelligitur, quod quoquo modo corruptum est, unde non solum fracta aut usta, sed etiam scissa & collisa & effusa, & quoquo modo perempta, atque deteriora facta, hoc verbo continentur. Denique responsum est, si quis in alienum vinum aut oleum id miscuerit, quo bonitas naturalis vini aut olei corrumperetur, ex hac parte legis Aquiliæ eum teneri.

COMMENTARIUS.

MAgis perspicuus est hic locus, quam ut interpretatione egeat, primum caput tantum pertinet ad occisionem, & quidem servi aut quadrupedis pecudis. Hoc caput vindicat damna quæ data sunt occidendo cetera animalia, sive quadrupedes sint sive bipedes, aut vulnerando etiam servum aut quadrupedem pecudem: & denique ad quæcunque damna rebus anima carentibus illata: quod exemplis ostenditur hic & in *leg. si servus* 27. §. *tertio* 5. *cum multis seqq. & §. inquit* 13. *cum seqq. l. quemadmodum* 29. §. *actione* 6. *h. t.* & illud de vino cui quid immixtum fuit, *h. t. inf.* & *in d. l.* 27. §. *cum eo* 15. *eod.* ostenditur *rumpere* latius sumptum, pro *corrumpere*, cum alias hoc casu, nihil ruptum, ustum, fractum aut scissum sit.

TEXTUS.

8. Illud palam est, sicut ex primo capite ita demum quisque tenetur, si dolo aut culpa ejus homo aut quadrupes occisus occisave fuerit: ita ex hoc capite de dolo aut culpa de cetero damno quemque teneri. Ex hoc capite non quanti in eo anno, sed quanti in diebus triginta proximis res fuerit, obligatur is qui damnum dederit. At nec *plurimi* verbum quidem adjicitur: Sed recte Sabino placuit, perinde æstimationem habendam, ac si etiam hac parte plurimi verbum adjectum fuisset: nam plebem Romanam, quæ Aquilio Tribuno rogante legem hanc tulit, contentam fuisse, quod eo verbo prima parte usa esset.

COMMENTARIUS.

TRia proponuntur hoc textu. Unum in quo discrepet hoc caput tertium à primo: duo in quo conveniat cum primo capite. Discrepat à primo, quod in eo condemnatur Reus, quanti res toto anno retro plurimi fuit: sed ex tertio, quanti triginta diebus proximis, *h. text. vers. ex hoc & l. si servus* 27. §. *tertio* 5. *eod.* cujus differentiæ rationem reddi posse negavit Johannes: sed *Azo in summ. C. h. t.* relatus etiam ab *Accursio in l.* 2. *h. t.* hanc esse passus est: quod gravius peccetur contra primum caput occidendo, quam contra secundum vulnerando vel corrumpendo: quæ tamen ratio non est perpetua: quod utique gravius peccat, qui servum graviter vulnerat, aut etiam generosum canem occidit (nam & istud ad tertium caput pertinet) aut gemmam pretiosam corrumpit, quam qui forte oviculam aut porcellum occidit: maxime si illud dolo hoc culpa, quæ pariter hac Lege coercentur, factum proponatur. Ex duobus in quibus primum caput & tertium conveniunt, alterum est, quod itidem in hoc dolo aut culpa damnum datum esse oportet, *h. textu, in prin. & l. qui occidit* 30. §. *ultim. eod.* Alterum, quod sicut in primo æstimatur, quanti plurimi, ita & hic, scilicet diebus triginta proximis *h. text. vers. At nec & leg. quemadmodum* 29. §.

ult. eod. utcunque hoc verbum *plurimi* in tertio capite adjectum non fuerit: quod nescio quare dubitationem recipere dicat Hottomannus: cum utique oporteat ad certam æstimationem referri damnum, *quæ triginta diebus fuit*, quod Lex expressit, nec ulla potest esse certa, nisi *plurimi:* & ex capite primo caput tertium meritissimo accepit hanc interpretationem, ut hic locus docet:

Ait Justinianus:

Plebem Romanam.] Recte & proprie: quia plebiscita sanciebantur à sola plebe, non connumeratis patritiis, de quo supra in §. *Lex est de jur. nat.*

Rogante.] Alias interrogante: nec hoc male: nam licet proprie dicebatur rogari plebs vel populus, & Legem sancire sive jubere, cum suffragium ferret per tabellam his verbis, *Vti rogas*, attamen illa ipsa rogatio, *Velitis, Jubeatis, Quirites, &c.* etiam interrogatio erat, quam sequebatur responsio: *quo verbo interrogante.* bis usus est Tribonianus in *d* §. 4. *de jur. nat.* nec ipsos ICtos crediderim adeo accurate istud observasse, ut semper dicerent *rogare*, quidquid etiam sic Hottomanno videatur.

Hanc legem tulit.] Hic quoque nimium superstitiosus est, imo nugatur Hottomannus, qui hoc turpe ait erratum esse Triboniani, aut legendum esse, *legem jussit.* & pro *usa est* reponendum, *usus esset.* Equidem verum est, quod populus sive plebs proprie Legem jubere dicebatur: & quod verba sanctionis non populus qui rogabatur, sed qui Legis autor erat, concipiebat. Sed nimirum dum hoc consideramus, quod à populo omnem autoritatem sanctio & Lex habebat, perinde esse videtur, ac si populus ipse verba Legis concepisset: & injurium est, accurrationem ejusmodi exigere à Tribon. cum ejus tempore, plane alia esset Reip. forma.

TEXTUS.

9. Ceterum placuit ita demum directam ex hac Lege actionem esse, si quis præcipue corpore suo damnum dederit. Ideoque in eum, qui alio modo damnum dedit, utiles actiones dari solent: veluti si quis hominem alienum, aut pecus ita incluserit, ut fame necaretur: aut jumentum ita vehementer egerit ut rumperetur: aut in tantum pecus exagitaverit, ut præcipitaretur: aut si quis alieno servo persuaserit, ut in arborem ascenderet, vel descenderet in puteum, & is ascendendo vel descendendo, aut mortuus aut parte aliqua corporis læsus fuerit, utilis actio in eum datur. Sed si quis alienum servum, aut de ponte aut de ripa dejecerit in flumen, & is suffocatus fuerit: eo quod projecit corpore suo dedisse damnum, non difficulter intelligi potest: ideoque Lege ipsa Aquilia tenetur. Sed si non corpore damnum fuerit datum, neque corpus læsum fuerit, sed alio modo alicui damnum contigerit; cum neque directa, neque utilis actio Legis Aquiliæ sufficiat: placuit eum qui obnoxius fuerit, actione in factum teneri: veluti si quis misericordia ductus alienum servum compeditum solverit, ut fugeret.

COMMENTARIUS.

1. *Actio directa & utilis variis modis dicitur.*
2. *Actio utilis qua sit.*
3. *Actio in factum dupliciter dicitur.*
4. *Actio utilis L. Aquiliæ quibus casibus detur.*

AD intelligendum rectius hunc textum præmitto, Actionem directam, itemque utilem, non uno modo, sed varie dici. Et 1. directa actio ea est, quæ opponitur contrariæ in contractibus, commodati, depositi, pignoris, mandati, &c. *l. sin autem* 20. *de negot. gest.* juxta sup. explicata: quæ significatio ab hoc loco aliena est. 2. dicitur ea quæ competit ex delicto servi contra dominum scientem, in solidam æstimationem, & opponitur ei quæ noxalis est §. *omnis* §. *inf. de noxal act.* 3. est & dicitur ea quæ opponitur actioni præparatoriæ, veluti actioni ad exhibendum *l.* 3. §. *ibidem* 13. *l. si quis* 17. *ad exhibend.* Denique, quod ad explicationem nostri §. pertinet opponitur actioni utili: quæ in genere describi potest, quod si actio, quæ deficiente stricta ratione ex æquitate conceditur: & hoc fere dupliciter 1. quæ non ex † jure ali- 2
quo proprie dicta, sed per interpretationem ICtorum introducta est. 2. quæ expresso etiam jure, quod æquitatem sectatur, introducta est. Quod porro jus duplex est: prætorium & civile. Et quoniam prætor legem facere non potest, in *pr. sup. de bon. possess. vers. Quos autem.* sed jure magistratus & quadam tacita conniventia populo edicta sua proponit & defendit, ideo

Digitized by Google

ideo prætoriæ actiones, si conferantur cum illis quas jus civile strictum introduxit, omnes appellari possunt utiles, ut apparet ex §. *nam*, 4. *infr. de actionib. l. ult. Cod. ex quib. maj. l. electio* 26. §. 2. *de noxal. action.* quamvis quatenus prætorium jus consideratur in se, actiones eo jure expressim introductæ vocari possent: quoniam sunt actiones aliæ personæ, quæ ipsæ utiles dicuntur introductæ, ex interpretatione edicti prætoris, oppositæ his, quæ ex ipsis Edicti verbis descendunt, ut apparet ex *l. nec quasi* 70. *de rei vindicat. l. 1. in pr. & l. si Titio* 11. *de pignor. leg pen. in pr. de instit. act. l.* 5. §. *pen. de const. poss.* Civile quoque jus aliquando expressis verbis actiones utiles introduxit, non quod ad producendas actiones directas ex se alias sat potens non sit: sed quoniam actionibus directis non potest esse locus. Accidit hoc duplici de causa 1. quoniam actiones directæ jam sunt penes alium, à quo ex ratione juris avelli, & in alium transferri non possunt: neque actiones directæ proprio jure possunt esse apud duos: idque notant Jason & Interpp. alii in §. *omnium in pr. inf. de actionib.* Atque hinc est quod his qui nomen vel actionem emerunt, aut quibus legatum aut donatum nomen est, sunt datæ actiones utiles ex constitutionibus, (quoniam directæ penes alios sunt) *l. 1. C. de O. & A. l. si cum* 16. *in pr. de pact. l. ult. C. quand. fisc. vel priv.* Hinc etiam est, quod ex SCto Trebelliano, (quandoquidem directæ actiones subsistunt apud heredem) in fideicommissarium, solum actiones utiles transferuntur *l. filium* 18. *ad L. Falcid.* §. *& Neron. 4 sup. de fi deicomm. hered.* Altera causa est, quod subt lis ratio juris directam actionem impedit. Hinc quoniam ex alterius conventione alteri actionem quæri ratio juris non patitur, casibus aliquibus constitutiones introduxerunt actionem utilem *l. 3. C. de donat. quæ sub mod.* Extra hos casus &, si qui sunt similes, actiones directæ sunt, quæ descendunt ex verbis Legis & ex scriptorita ut quod voluisse Legislatorem probabile est id simul scriptum intelligatur; adeo ut aliquando competere directa actio dicatur pro eo quod verbis comprehensum non est, id est, verbis expressis. Ita Aquilius Tribunus verbis expressis tantum jussit dari æstimationem: sed id ita acceptum fuit, ut etiam intelligeretur, quidquid ex ea causa interesset: quoniam cum damnum sarcire voluerit Legislator, damnum est, quidquid ex causa læsionis & occisionis mihi abest. Quod adnotare ideo volui, ut intelligamus etiam pro eo quod interest esse directam actionem L. Aquiliæ: licet id ex interpretatione non ex verbis dicat esse Justinian. in §. *illud* 10. *sup. h. t.* Sed ubi latius proceditur, & ex scripto & sententia nascitur controversia, & ex mente præsumpta Legislatoris inducitur actio per interpretationem, & aliquam extensionem, eademum non directa, sed utilis est. Hæc ut ad nostrum hunc §. accommodemus, Lex Aquilia actionem proposuit in eum qui corpore damnum daret *h. §. vers. sed si quis l. ita* 51. *in pr. eod.* quia tamen iniquum fuit deficere actionem, si quis alio modo corpori damnum dedisset, utilis in hunc casum actio admissa fuit *h. §. vers. ideoque* (ubi id multis exemplis declaratur & illustratur) & porro hac deficiente, ubi damnum citra læsionem quoque corporis datum est, actio subsidiaria in factum, *hoc §. vers. sed si non* quæ gradatio actionum notanda est, directæ, utilis & in factum, quæ & in aliis partibus juris, legibus & edictis prætoris subsidiaria esse solet. Simul & hoc † notandum, actionem in factum 3 dici dupliciter: uno modo strictius & in specie pro penitus subsidiaria, quæ opponitur actioni utili, quæ ex sententia Legis per interpretationem deducitur, ut *h. §.* altero & laxius, ut omnem actionem, quæ directa non est, & adeo quoque utilem comprehendat; quomodo & quo sensu actio in factum sumitur *in l. qua actione* 7. §. 3. *l. item si* 9. *in pr. l. item Mela* 11. §. *sed si* 8. *leg. quemadmodum* 29. §. *magistratus in princ. h. titul.* Denique & istud hic observandum, præter, hanc causam actionis utilis † quod non corpore in cor- 4 pus damnum datum sit, aliis quoque casibus quibusdam & ex aliis causis, & itidem verbis L. deficientibus, ex æquitate dari utilem actionem, 1. ob qualitatem objecti, si liber homo fuerit læsus *l. liber.* 13. *h. t.* quo casu, non corporis, quod nullam recipit æstimationem, verum operarum cessantium & impensarum fit æstimatio. 2. ob qualitatem personæ, cui damnum datum est, si non sit dominus, sed fidei bonæ possessor *l. item* 11. §. *sed si* 8. *h. t.* Est & 3. singularis plane casus ex *l. servum* 17. *de pignorib.* quo actio quasi damni injuriæ, id est, utilis datur creditori contra dominum ipsum debitorem, qui servum pignoratum in fraudem creditoris corrupit: nam contra alium qui pignoratam rem corrupit, facilius creditori utilis actio datur, ut in specie *l. qui occidit* 30. §. 1. *h. t.*

AD TITULUM IV.

LIBRI QUARTI INSTITUTIONUM, *DE INJURIIS.*

TEXTUS.

Generaliter injuria dicitur omne, quod non jure

jure fit: specialiter: alias contumelia, quæ à contemnendo dicta est, quam Græci ὕβριν appellant: alias culpa, quam Græci ἀδίκημα dicunt, sicut in Lege Aquilia damnum injuria datum accipitur: alias iniquitas & injustitia, quam Græci ἀνομίαν καὶ ἀδικίαν vocant: cum enim prætor vel judex non jure contra quem pronuntiant, injuriam accepisse dicitur.

COMMENTARIUS.

1. *Distinctio actionum quæ non jure fiunt.*
2. *Errata Triboniani hoc loco.*

Hic locus Ethicus est, & paulo accuratius explicandus, & quæ hic proponit Tribonianus excutienda & sub censuram sunt vocanda. Licet enim libet libere philosophari: neque piaculum est, in his rebus, quæ ex principiis aliarum disciplinarum dependent, à Triboniano dissentire. Humanæ actiones, quæ non jure fiunt, ex Aristotelis doctrina §. *Ethic.* 8. habent duplicem differentiam, & in species duas primo distinguuntur: quædam enim fiunt ex proposito deliberato, ab eo qui novit & intelligit circumstantias singulas, objecti, medii & finis, è quibus actionibus contrahitur vitiosus habitus, & homo dicitur improbus & injustus, & proinde istæ actiones ἀδικήματα Aristoteli dicuntur, tamquam quæ profluunt ex habitu ἀδικίας: quædam vero deliberato agendi proposito carent & destituuntur, & hæ rursus ex Aristotelis sententia subdistinguuntur: quod diriguntur quædam ab externa causa, quæ sunt ἀτυχήματα infortunia & casus fortuiti, ubi agens finem & effectum, qui sequitur minime habet propositum, sed præter ejus intentionem aliud contingit: vel à causa externa non diriguntur, sed in ipso homine est principium agendi. Et hæ amplius recipiunt subdivisionem: quod quædam fiunt ab eo qui omnino ignorat circumstantias & in iis errat, & dicuntur ἁμαρτήματα in specie (nam alias hæc appellatio quibusvis injustis actionibus in genere tribui potest) quo actiones infantum & furiosorum referri possunt: quædam ab eo qui aliquo modo scilicet circumstantias, sed confuse tantum, & fiunt citra deliberationem, subito quodam impetu: & nimirum ex affectibus & perturbationibus animi: quibus tamen quia homo resistere potest & debet, ideo has quoque actiones Aristoteles sub ἀδικήματα & injusta facta refert: hac saltem differentia, quod ex his agens non appellatur injustus, nec per eas contrahitur habitus vitiosus: quippe quas deferveſcente animi perturbatione ipse qui fecit, improbare, & pœnitenna duci solet.

Ex quibus † apparet, non semel hic peccatum à Triboniano esse. Et primo genus *in princip.* propositum, *omne quod non jure fit*, sub quo omnia omnino delicta comprehenduntur, per tres subjectas species non exhauritur, secundo actio quæ dicitur ἀδίκημα non recte explicatur à Triboniano, an de actione culposa, siquidem sub ea, & vel maxime, quæ dolo perpetrantur, continentur. Et hinc tertio hæc appellatio non recte indistincte tribuitur damno dato contra Legem Aquiliam, cum sub hoc etiam comprehendatur, quod culpa leviſſima admissum est, cujusmodi actio non tam ἀδίκημα quam potius ἁμάρτημα appellanda est, quanto magis vitiose ἀδικία & ἀνομία explicatur de speciali actu injustitiæ, judicis injustam sententiam ferentis: & ἀδικία quatenus usurpatur pro actione, nihil aliud est quam ἀδίκημα: cum & amplius plurimum interſit an judex dolosa saltem imperitia peccet: de quo ad *prin. tit. seq.* Et denique abusio est verbi ἀδικίας, pro injusta actione, cum hoc verbum ipsum habitum injustitiæ significet, qui opponitur τῇ δικαιοσύνῃ, ut passim & perpetuo apud *Arist. 5. Ethic.* & ineptus est Pacius, qui hic annotavit, per ἀδικίαν hic significari habitum injustitiæ: quo sensu accipi hic à Triboniano perspicue falsum est. Non est autem contrarium huic loco, quod Jurisconsultus ait in *leg. pen. de just. & jur.* prætorem etiam jus reddere, dici, cum inique decernit: nam ut ibidem explicat, id dicitur relative ad id quod prætor facere debet: vel potius, quia utique prætor de jure & tanquam super jure decernit, & pro sententia præsumitur.

TEXTUS.

1. Injuria autem committitur, non solum, cum quis pugno pulsatus aut fustibus cæsus, vel etiam verberatus erit: sed & si cui convitium factum fuerit: sive cujus bona quasi debitoris, qui nihil deberet, possessa fuerint ab eo qui intelligebat, nihil eum sibi debere: vel si quis ad infamiam alicujus libellum

Digitized by Google

libellum aut carnem, aut historiam scripserit, composuerit, ediderit, dolove malo fecerit, quo quid eorum fieret: sive quis matremfamiliæ aut prætextatum prætextatamve adsectatus fuerit, sive cujus pudicitia attentata esse dicetur: & denique aliis modis plurimis admitti injuriam manifestum est.

COMMENTARIUS.

1 *Ad l.* 15. §. h. t.

INjuria fit vel verbis vel factis. Illud dupliciter verbis nimirum 1. lingua nuncuparis, ut si cui convicium dicatur *h. § in pr. l.* 5. *Cod. eod.* & in specie, si quis blandis verbis pudicitiam alicujus attentet *h. § .vers. sive cujus & l. sed est* 9. *§ ult. & l. item* 15. *§ appellare* 15. *cum seqq. D. eod.* quoniam ita tamquam qui persuadeatur facile, impudicitiæ argui censetur. 2. verbis in scripturam redactis: & dicitur in specie libellus vel carmen famosum *h. §. vers. vel si quis & l. un. Cod. de famos. libell.* Factis itidem dupliciter fit injuria, vel in corpus molestiam inferendo, per verbera vel pulsationem *h. §.* vel faciendo aliquid citra corporis læsionem, quod ad infamiam alterius pertinet, cujus rei exempla referuntur in *d. leg.* 15. §. *ait prætor.* 25. *cum seqq. h. tit & duo in hoc §.* si quis contra aliquem tamquam debitorem, cum non esset impetraverit immissionem in ejus bona, cujus ita suggillatur fama, tamquam qui non sit solvendo & non servet fidem: & si quis aliquem assectatus fuerit, sive sit puer sive fœmina: & hæc sive puella, sive materfamilias: quoniam ita adsectans, arguere impudicitiæ eum videtur, quem assectatur, quod ad injuriam & infamiam ejus pertinet, ut docet. *d. l Item* 15. §. *aliud* 22. *h. titul.* quod tamen obtinet, si puella vel materfamilias veste debita, non verbi causa meretricia fuerit induta, *d. leg.* 15. §. *si quis* 15 *h. titul.* ubi notandum † obiter mendum Florentinæ editionis, & cum vulgari in extremo §. addita negatione legendum, *injuriarum non tenetur.* Jam verba quædam textus videamus. Ait:

Cum quis pugno pulsatus] Hottoman. legendum censet: *cum quis pulsatus, aut pugno, fustibusve cæsus &c.* Cujacius, *cum quis pugno, puta, aut fustibus cæsus.* Utitur Hottomannus autoritate Jurisconsulti in *leg.* 5. §. 1. *h. t.* ubi ait, quod verberare sit cum dolore cædere: pulsare, sine dolore: ita ut videatur, *pulsare*, usurpasse, pro, *impellere* aut *trudere.* Sed futile argumentum est: quoniam Justiniani scopus non est omnes injuriarum species, sed tantum exempla proponere: nec necesse est, verbum *pulsare*, ubique eodem modo accipi: & fatetur ipse Hottomannus hanc differentiam verbi *pulsare & verberare*, non observari in lingua Latina: quam nec immerito confutat *Valla 6. elegant.* 47.

Si cui convicium factum] Convicium quasi convocium dictum ait ICtus in *l. item* 15. §. 4. *h. t.* ita ut convicium tantum esse putet, quod fit cum plures voces conferuntur, & utique quod fit per vociferationem *d. l.* 15. §. 4. *& §. feciss* 8. Et hoc quoque reprehendit *Valla 6. eleg.* 52. & aliunde deduci id verbum putat: constat plane id verbum latius usurpari pro maledicto, ut apud *Cicer. pro Calio* maledictio, inquit, nihil habet propositi præter contumeliam: quæ si petulantius jactatur, convicium, sin facetius, urbanitas nominatur: quo sensu & in *l.* 5. *C. h. t.* vox convicii usurpatur: & passim reperias ICtos, pene subineptas notationes quasi affectantes.

Qui intelligebat.] Injuria enim, ut *hoc tit.* usurpatur, non fit sine proposito & dolo.

Libellum aut carmen] Lege XII. Tabb. pœnam capitalem dictam, docet locus *Cicer. 4. de Republ.* quem refert *Augustin. 2. de Civit. Dei cap.* 9. quem adscribam, quia simul reddit rationem pœnæ. Nostræ XII. Tabb. cum perpaucas res capite sanxissent, in his hanc quoque sanciendam putaverunt. Si quis carmen condidisset, quod infamiam faceret flagitiumve alteri. Præclare: Judiciis enim & magistratuum disceptationibus legitimis propositam vitam, non poëtarum ingeniis habere debemus nec, probrum audire, nisi ea Lege, ut responderi liceat & judicio defendere. Ex Lege Cornelia ex hac causa damnatum instabilem esse ait *l.* 5. *si quis* 9. *h. t.* ut pœnam capitalem postea sublatam fuisse oporteat. Hodie quæ pœna sit, ostendit *l. un. C. de famos. libell.*

Matremfamilias] Latius hic sumitur, pro quavis nupta, sicut & passim: nam quam Gellius refert differentiam 18. *noct.* 6. *in f.* matremfamilias dictam quæ in manum mariti convenisset, & in familiam ejus transisset, ea verborum observantia procul dubio posteriori ætate desiit, cum ipso hoc nubendi more.

Prætextatus.] Prætexta etiam pueri utebantur nobiles usque dum sumerent togam virilem: cujus rei causam & originem refert *Macrob.* 1. *Saturn.* 6. unde prætextata ætas apud *Gell.* 1. *noct.* 23. *in fi.* Crediderit quis puellas non recte dici prætextatas: sed extat locus *Cicer. in* 2. *Verrina, qua est de pratura urb.* Eripies igitur pupillæ togam prætextam? ubi Asconius. Toga communis habitus fuit & marium & fœminarum.

Digitized by Google

Sed prætexta, honestorum, toga viliorum: quod etiam circa mulieres servabatur.

TEXTUS.

2. Patitur autem quis injuriam, non solum, per semetipsum, sed etiam per liberos suos quos habet in potestate: item per uxorem suam, id enim magis prævaluit. Itaque si filiæ alicujus, quæ Titio nupta est, injuriam feceris, non solum filiæ nomine agi tecum injuriarum potest, sed etiam nomine quoque patris & mariti. Contra autem si viro injuria facta sit, uxor injuriarum agere non potest. Defendi enim uxores à viris, non viros ab uxoribus æquum est: Sed & socer nurus nomine, cujus vir in ejus potestate est injuriarum agere potest. Servis autem ipsis quidem nulla injuria fieri intelligitur: sed domino per eos fieri videtur: non tamen iisdem modis quibus per liberos etiam & uxores, sed ita cum quid fuerit commissum atrocius, & quod ad domini contumeliam aperte respicit: veluti si quis alienum servum atrociter verberaverit: & in hunc casum proponitur actio. At si quis sectio fecerit convicium, vel pugno eum percusserit, nulla in eum actio domino competit. Si communi servo injuria facta sit, æquum est, non pro ea parte, qua quisque dominus est, æstimationem injuriæ fieri: sed ex dominorum persona, quia ipsis fit injuria. Quod si ususfructus in servo Titii est, proprietas Mævii, magis Mævio intelligitur injuria fieri. Sed si libero homini, qui tibi bona fide servit, injuria facta sit, nulla tibi actio dabitur: sed suo nomine is experiri poterit, nisi in contumeliam tuam pulsatus sit, tunc enim competit & tibi injuriarum actio. Idem ergo est & in servo alieno, bona fide tibi ferviente, ut toties admittatur injuriarum actio, quoties in tuam contumeliam injuria ei facta sit.

COMMENTARIUS.

1 *Servis an fiat injuria.*
2 *Quid si servo communi facta sit injuria, quomodò æstimetur ad l. 16. h. t.*
3 *De injuria facta non plene servo, aut non plene ho-* (*ſtro servo.*
4 *De injuria liberis aut uxori illata.*

HÆc conjunctim proponere volui, ut materia de personis per quas & in quibus alii patiuntur injuriam, methodice & sub uno conspectu traderetur. Injuria alicui fit vel immediate in propria persona: vel mediate in personis aliis, quarum aliæ rursus per se fere sunt incapaces injuriæ, & eam in sua persona non hærentem ad alium transmittunt: aliquæ ferè & ipsæ sunt capaces, ut tamen per eas & aliis fiat injuria, ita ut pluribus actionibus injuriarum fiat locus. Ex priori genere personarum sunt servi: de quibus h. text, *in §. servis autem*, docet ita Justin. 1. Quod servi qua servis † nulla intelligatur fieri iniuria hoc sensu, ut effectu, ut iniuriarum actio competat, cuius ratio pendet à statu servorum, qui instar aliarum rerum in patrimonio habeatur, & nullum caput habent, & pro nullis habentur, & cum iniuria pertineat ad imminutionem famæ, dignitatis & existimationis, hæc nulla sunt in servis. 2. esse tum demum iniuriarum actionem, & hoc effectu iniuriam factam intelligi, si per servum iniuria illata sit domino, & omnino si contemplatione domini iniuria servo facta fuerit, quippe quæ ita non servo, sed ipsi domino facta censetur *l. item 15. §. si quis 35. h. tit.* Et ait Justin. tum demum actionem dari si quid atrocius commissum fuerit, & quod aperte ad contumeliam domini spectet. At si convicium dictum servo, aut is pugno saltem percussus fuerit, nullam actionem domino competere. Ex quo efficitur leviorem contumeliam etiam ita!em servo illatam, contemplatione domini illatam non videri, cæteroquin utique domino actio competeret, sed & amplius, nec quidem atrociorem iniuriam posse vendicari, nisi appareat, contemplatione domini, & in huius contumeliam id factum esse. Quod accipiendum tamen est de summa ratione iuris, secundum quam pro nullis habentur servi. Prætor autem videtur hic quoque considerasse æquitatem, & quod servi homines quoque sunt, quibus etiam citra contemplationem domini & privato quodam odio, facta atrocior iniuria, impunita esse non debet. Quod probatur expresso textu *in l. item 15. §. prætor 34. h. t.* ubi ait prætor, se iudicium daturum, si quis servum alienum contra bonos mores verbaverit: & mox *in §. seq.* licet non ad suggillationem domini id factum sit, tamen ipsi servo factam iniuriam inul-

tam

tum relinqui non debere, maxime si verberibus vel quæstione ipsi sit facta iniuria. Et sane absurdum fuerit, inultum esse, si quid privato odio & libidine atrocius in servum sit designatum: & *in §. prætor. 43. d. l. 15.* etiamsi non verberatus sit servus, sed alias iniuria affectus, causa cognita in eum iudicium dandū. Et apertius *in §. seq. 44.* servi nomine quoque iniuriarum iudicium dari: ubi verba *servi nomine* significant non factam iniuriam contemplatione domini: tunc enim suo nomine dominus agit, ut docet *d. l. 15. d. §. si quis 35.* Et *in d. §. 44.* ob qualitatem servi competere actionem, ita ut interesse dicat IC. an servus sit frugi & v.c. dispensator, an nequam, quæ etiam in persona ipsius servi considerari, non tantum domini, apertissime iste locus ostendit: cæteroquin etiam domino gravior fieri intelligitur iniuria ex conditione servi, ut est *in §. pœna 7. in fin. infra h.t.* ubi autem ad hunc modum citra contemplationem domini atrocior iniuria facta est servo, non ipse servus agit, quippe qui in iudicio consistere non potest, sed ipse dominus vindicat & exsequitur iniuriam servo illatam, nomine servi, ut *dd. textus* ostendunt. Et non esse istam persecutionem criminalem aut imploratione nudam officii prætoris, iidem textus ostendunt: tum quod prætor dicit se iudicium daturum, quibus verbis significatur ordinaria actio: tum quod ad prætorem Romanum, qui imperium merum non habebat, criminalium iudiciorum exercitio non spectat. Itaque datur domino servi nomine civilis iniuriarum actio. Atque hæc omnino ad istum §. sunt addenda.

Servus aut est proprius aut communis, in quo eadem proportionaliter obtinent, † quæ hactenus diximus, & de eo nominatim tractatur h. text. *in vers. sive. §. si communi 4.* & nimirum de casu. ut apparet, quo dominorum contemplatione servo communi facta est iniuria. Et ait ibi Iustinian. quod non partium dominicarum quas singuli in servo habent, sed potius qualitatis & conditionis dominorum, in æstimanda iniuria sit habenda ratio: quoniam, ut additur, ipsis dominis facta censetur iniuria: variat autem iniuriæ æstimatio, ex qualitate & conditione personæ, cui iniuria facta est, ut docet *§. pœna 7. in fin. h.t. & §. atrox. 9. vers. vel ex persona*: & igitur ubi servum iniuria facta est dominis, oportet, ut horum qualitas & dignitas, circa modum & quantitatem condemnationis spectetur. Huic tamen sententiæ non leviter obstat *sed non 16. h.t.* ubi iurisconsultus negat æquum esse, ut pro maiori parte quam dominica, condemnatio fiat. Variæ sunt responsiones & compositiones 1. Pro *non est æquum*, legendum esse, *non est iniquum*, quam codicum variantem lectionem Accurs. notat & probat *Hottoman. 6. obs. 15.* Deinde, quod Accurs. idem censet, textum restringendum ad casum, quo utriusque domini eadem est conditio: quam restrictionem equidem textus non admittere videtur. 3. Putat Iohan. Plat. distinguendum, an aperte in contumeliam domini fiat iniuria, an præsumptive: ut hoc demum casu procedat *d. l. 16. h.t.* quod & divinatorium est, nec rationem habet. 4. Probabilius possit dici, tractari *in d. l. 16.* casum, quo non in domini contumeliam iniuria illata est, sed servus alias atrociiniuria affectus est, de quo casu agitur in *d. l. 15.* paulo ante fin. at eo casu actionem iniuriarum domino dari paulo ante probavimus. 5. Probabilius adhuc dici potest, quod *d. l. 16.* respiciat ad determinationem textus præcedentis *in l. 15. §. ult.* in quo scilicet cum proponatur omnibus dominis actionem iniuriarum competere, hoc explicatur ita *in l. seq. 16.* quod non competat singulis in solidum, sed pro partibus, non autem hoc ibi tractari, quomodo & an portiones ex dominorum personis sint æstimandæ & faciendæ, nec adeo negari, quod conditio singulorum dominorum sit inspicienda. Denique & 6. responderi potest, concurrere posse utrumque, ut & dominicæ portionis habeatur ratio, & nihilominus qualitas etiam personarum in considerationem veniat: neque enim necessario hæc est sententia *d. l. 16. h.t.* quoniam in casu iniuriæ illatæ servo plurium dominorum, qui diversæ sunt conditionis, æqualis in singulorum persona (ponamus enim æquales partes dominii singulos habere) fiat iniuriæ æstimatio, sed quod non ita fiat æstimatio, atque si servo, qui unius in solidum est, injuria illata fuisset: quoniam cum ad utrumque dominum iniuria spectare præponatur, non unius injuriam in solidum sed uterque pro parte, & quisque tamen pro suo statu & conditione, & ita inæqualiter eam æstimabit, habita tamen proportione ad eam æstimationem, quæ iniretur si servus unius in solidum fuisset. Et ponamus iniuriam illatam servo, qui in solidum est nobilis personæ, æstimari centum florenis, sed servo Plebeii hominis, quinquaginta florenis: si servus æquis partibus communis sit nobilis & Plebeii: ille iniuriam suam quinquaginta, hic tantum XXV. florenis æstimabit.

Servi aut sunt plene servi nostri, † aut non plene: & hi dicuntur, tum qui communes sunt, de quibus jam diximus, tum in quibus proprietatem nudā aut usumfructum tantum habemus. Item servi vel sunt

vere noſtri, vel non vere, veluti ſervi alieni aut homines liberi quos bona fide tanquam ſervos noſtros poſſidemus. Quid igitur, ſi ſervo ſit facta injuria in quo alius proprietatem alter uſum fructum habebat: Et reſpondet Juſtin. illi magis factam injuriam intelligi, h. text § *quod ſi uſusfructus* quoniam quod uſusfructus alterius eſt non facit, quo minus res tota recte mea eſſe dicatur *l. recte* 25. *de V. S.* § 1. *in fin. ſup. de hared. inſtit.* At quæ poteſt eſſe ratio dubitandi? cum Juſtinian. *in* § *ſervis autem h. text.* ſcribat, tum demum domino competere actionem, ſi aperte ad ipſius contumeliam injuria ſpectet: & ridiculum ſit dubitare an actio fructuario detur, ſi aperte contemplatione proprietarii ſit facta injuria: ſicut ex adverſo, ſi conſtet contemplatione fructuarii injuriam factam, huic, non proprietario, datur injuriarum actio *l. item* 15. § *pen. h. t.* ex quo loco *d.* § *quod ſi uſusfr. h. text.* ſupplendus eſt. Exiſtimo, Juſtinianum in *d.* § *ſervus autem.* caſum certiorem proponere voluiſſe: poſſe autem aliquando ex circumſtantiis colligi, per ſervum alteri injuriam factam voluiſſe qui eam intulit, quo caſu cum ſumus in dubio, potius proprietario injuriarum actionem dabimus. Diximus autem, licet domini vel alterius contemplatione non ſit ſervo facta iniuria, ſed privato odio atrociter uſus ipſe ſervus, eſſe nihilominus actionem iniuriarum: quam ſcilicet exercebit proprietarius non fructuarius. Eadem proportionaliter ratio eſt, in libero homine & ſervo bona fide poſſeſſis: ſcilicet ut poſſeſſori detur actio, ſi eius contemplatione facta ſit iniuria: cæteroquin ipſi homini libero iniuriarum dabitur actio *h. text. in fin. & Item* 15. § *pen. h. t.* Quod intelligendum eſſe apparet, ubi poſt iniuriam illatam dominus verus apparet, vel pro ſervo poſſeſſus vindicavit ſe in libertatem: alias enim domino adhuc ignorato, vel homini libero adhuc pro ſervo poſſeſſo, actio dari non poteſt. Ex hoc autem confirmatur, quod paulo ſuperius diſputavi, poſſe etiam citra contemplationem domini ſervo fieri injuriam, quæ inſtituto judicio vindicetur: quoniam ubi ſervus ab alio bona fide poſſidetur, utique interim pro ſervo poſſeſſoris neceſſario habetur, & adeo injuria ei facta non poteſt ita accipi, ac ſi vero domino tum adhuc ignorato facta eſſet, cum injuria ex animo æſtimetur. Quod ſi igitur aliqua injuria non cenſetur facta contemplatione poſſeſſoris, nec à poſſeſſore vindicari poteſt, per actionem injuriarum, ſed à domino, poſtea comparente & vindicante ſervum: ſequitur neceſſario, quod injuria quædam illata ſervo vindicetur, quæ contemplatione domini facta non eſt, quo pertiner, quod in his terminis tradiderit *d. l. item* 15. § *pen.* ſervi nomine vero domino actionem injuriarum dari. Idque apparet evidentius in homine libero pro ſervo poſſeſſo, cui ſi injuria contemplatione poſſeſſoris illata ſit, datur huic actio: cæteroquin ipſi datur libero homini: cui tamen qua libero non poteſt dici facta injuria eſſe, cum ejus ſtatus tum ignoretur, & ipſe pro ſervo haberetur. Hæc de primo genere perſonarum, per quas alteri fit injuria, & nimirum de ſervis.

Sub poſterius genus perſonarum pertinent liberi qui ſunt in poteſtate, & uxores, de quibus *in pr. hujus text.* Liberis ipſis vere quoque fit injuria, & per ipſos etiam parentibus *l.* 1. § *ultim. h. t.* ſed executio injuriarum non datur liberis, ſed patet & ſuo & filii nomine injuriarum agit, licet ipſi quoque filio actio quæſita videatur, ſed quæ per ipſum, ut in aliis cauſis, acquiruntur patri.

Atque ita accipiendum eſt, quod *in l.* 1. § *ult. h. t.* dicitur, ipſi filiæfamilias competere actionem, quam tamen non ipſa, ſed pater exerceat, ut docet *l. ſed ſi* 17. § *ait prætor* 10. *cum ſeqq. h. tit* niſi pater abſens, aut vilis perſona ſit *d. l.* 17. § *filiofam.* 11. & § *Interdum* 13. *h. t.* ex quo ipſo apparet actionem quodammodo ipſi filio quæſitam eſſe: itaque idem dixerim, & filium ipſum agere poſſe, ſi pater ſit præmortuus. Traduntur hæc plenius, & quod patri duæ actiones injuriarum competant, & ſi filius ultro, quid injurioſum paſſus ſit, pater ſuo nomine agere poſſit *in l.* 1. § 3. *l. ſi quis* 26. *l. pater* 41. *h. t. l.* 2. *C. eod.* Tanto magis vere fit uxoribus injuria, quæ ſiquidem ſui juris ſint, & ipſæ injurias ſuas exſequentur, ſimul & mariti quibus quoque per uxores injuria facta intelligitur, *h. text. in princ.* non vice verſa, ut ibidem docet Juſtinian. uxor enim in familia, cujus caput maritus eſt: & a quo dignitatem mulier caput, & quodammodo ipſa poteſtate mariti eſt, quia deo ſuo quoque nomine injuriam uxori factam, tamquam ſibi ſimul illatam exſequitur *l.* 1. § *ult. l. non ſolum* 11. § *quamquam* 7. *l. eum, qui* 18. § 2. *h. t.* quod & in ſponſo admiſſum fuit *l. item* 15 § *ſponſum* 24. *h. t.* Sunt tamen quædam injuriæ, quæ marito dictæ uxorem contingunt, veluti ſi quis maritum lenonem uxoris, aut, ut loquuntur, cornutum vocet; & hic enim ipſam uxorem injuriarum agere poſſe recte ſtatuunt Dd. Hæc ita obtinent in iniuriarum prætoria actione. Actio autem ex Lege Cornelia ob iniurias reales illatas filio, huic ſoli non etiam patri datur *l. Lex Corn* 5. § *illud* 6. *cum* § *ſeq. h. t.* quod ita Lex Cornelia nominatim definivit: an quis hæc iniuria in ſola perſona filii hærere exiſtimata fuit? (ſunt autem & aliæ quoque actiones, quas ipſe filius-

filiusfam. exercet *l. filiusfam. 9. de O. & A.* ubi nominatim mentio fit actionis iniuriarum) an quia patri sufficit actio iniuriarum prætoria, quam & pro reali iniuria competere verius est; & utique in casu filii realiiniuria affecti, competere patri expressum est in *d. l. §. 6. h. t.* Ex quibus apparet, aliquando pro una iniuria pluribus oriri actionem iniuriarum: quia pluribus facta est, & eo respectu plures intelliguntur iniuriæ. Ita in *l. 1. §. ult. h. t.* tribus datur actio; quin & casus est, ubi dabitur actio quatuor personis, ubi nimirum iniuria facta est filiæfamil. quæ nupta est filiofamilias. Dabitur enim actio ipsi mulieri, patri eius marito eius, & socero eius, argum. *hujus text. vers. sed & socer.*

TEXTUS.

3. Pœna autem injuriarum ex L. 12. tabb. propter membrum quidem ruptum, talio erat, propter os vero fractum, nummariæ erant pœnæ constitutæ, quasi in magna veterum paupertate. Sed postea prætores ipsis permittebant, qui injuriam passi sunt, eam æstimare: ut judex vel tanti reum condemnet, quanti æstimaverit injuriam passus, vel minoris, prout ei visum fuerit. Sed pœna quidem injuriarum, quæ ex Lege duodecim tabularum introducta est, in desuetudinem abiit; quam autem prætores introduxerunt, (quæ etiam appellatur honoraria) frequentatur in judiciis. Nam secundum gradum dignitatis, & vitæ honestatem, æstimatio injuriæ crescit, aut minuitur: qui gradus condemnationis, & in servili persona non immerito servatur: ut aliud in servo actore, aliud in medii actus homine, aliud in vilissimo, vel compedito jus æstimationis constituatur. Sed & Lex Corn. de injuriis loquitur, & injuriarum introduxit actionem: quæ competit ob eam rem, quod se pulsatum quis verberatumve, vel domum suam vi introitam esse dicat. Domum autem accipimus, sive quis habitet in domo propria, sive in conducta, sive gratis, sive hospitio receptus sit. Atrox injuria æstimatur, vel ex facto, veluti si quis ab alio vulneratus sit, vel fustibus cæsus; vel ex loco, veluti si cui in theatro, vel in foro, vel in conspectu prætoris injuria facta sit: vel ex persona, veluti, si injuriam magistratus passus fuerit: vel si senatori ab humili persona facta sit injuria: aut parenti patronove fiat à liberis, vel libertis; aliter enim Senatoris & humilis personæ injuria æstimatur. Nonnunquam & locus vulneris atrocem injuriam facit; veluti, si in oculo percussus quis fuerit parvi autem refert, utrum patrisfamiliæ an filiofamilias talis injuria facta sit: nam & hæc atrox injuria æstimabitur. In summa sciendum est, de omni injuria eum, qui passus est, posse vel criminaliter agere vel civiliter. Et si quidem civiliter agatur, facta æstimatione, secundum quod dictum est, pœna reo imponitur. Sin autem criminaliter, officio judicis rei pœna extra ordinaria irrogatur: hoc videlicet observando, quod Zenoniana constitutio introduxit, ut viri illustres, quique supra eos sunt, possint & per procuratores actionem injuriarum criminaliter, vel persequi, vel suscipere, secundum ejus tenorem, qui ex ipsa manifestius apparet.

COMMENTARIUS.

1 *Ad quid competat actio injuriarum.*
2 *An recte in sententia reservetur fama.*
3 *Actio ad palinodiam.*
4 *Remedia juris civilia.*
5 *Qualis fuerit actio ex Lege Cornelia.*
6 *An l. 42. §. 1. de procurat. & n. 8.*
7 *Edictum prætoris etiam pertinere ad injurias reales.*

ET hunc totum locum simul proponere placuit, ut in universum de varia iniuriarum pœna coniunctim, & methodice differere liceret. Et nimirum pœna iniuriarum, & remedia quibus vindicantur iniuriæ illatæ vel sunt ex iure prætorio, vel ex iure civili. Ex iure prætorio est actio, qua quisque iniuriam

Digitized by Google

sibi factam æstimat, ita tamen, ut judex eam æstimationem moderetur, & quantum sibi videtur æquum in condemnationem deducat *h. text. §. pœna vers. sed postea*, & hæc pœna quæ pecuniaria est, ipsi applicatur & adjudicatur actori; qua de causa hæc actio dicitur civilis *h. text. §. in summa* 10. *in pr.* non à causa efficiente est enim prætoria actio, sed quatenus actio civilis hoc sensu opponitur actioni criminali, quod ex hac persequimur vindictam publicam ita ut reus, vel in corpus coerceatur, vel pecuniaria pœna fisco applicetur: ex illa autem quisque aliquid sibi adjudicari petit. Æstimatio autem hæc fit, pro qualitate injuriæ, quæ est, aut gravior & atrocior, aut levior; de qua re tractatur *h text. in § pœna 7. in f. & in §. atrox 9. l. prætor 7. §. atrocem 7. cum seq. l. 8. & 9. h. t.* & docetur quod atrocitas, vel levitas æstimetur tum ex ipsa qualitate injuriæ in se, (ait æstimari ex facto) veluti si quis verberibus cæsus est; tum ex loco in quo facta est, veluti in publico: (quod autem de loco vulneris in f. §. 9. affertur, ad priusillud membrum referendum est, fit enim gravior injuria, si quis verbi causa in oculo læsus fuerit) tum præcipue ex personis, qua facientibus qua patientibus iniuriam *d. §. atrox 9. vers. vel ex persona, l. prætor 7. §. atrocem 8. h. t.* quæ in re non interest, an patrisfam. an filiofam, sit facta injuria *d. §. atrox in f. & l. sed est 9. §. 2. h. t.* Eoque pertinet, quod est in §. *pœna in f.* secundum gradum dignitatis crescere, aut minui æstimationem iniuriæ, etiam in persona servi, qui quodammodo aliquam dignitatem habet ex ordine & qualitate quam in familia domini ex eius dispositione obtinet, ut proinde per eum maior & gravior iniuria domino ipsi inferri intelligatur.

Finis huius actionis & æstimationis est, ut ita coerceatur petulantia conviciantis, † non autem quasi tanti æstimetur fama, & existimatio eius, qui passus est iniuriam. Fama enim pecuniario precio æstimabilis non est, sed nec per iniurias improbi hominis fama alterius læditur revera; quæ alias nimis esset lubrico loco sita, si conviciis cuiusvis convelli posset; cum contra eius fundamentum in honestate morum tum & vitæ probitate positum sit, itaque nec per verba iniuriosa, nec per verbera fama alicuius tollitur, aut læditur. Et adeo revera hæc actio ad vindictam tendit est pœnalis & famosa *l. prætor. 7. in pr. h. t. junctis l. item 15. §. si quis 46. eod. l. 2. §. emancipatus 4. de collat. bon.* (ex quo etiam est, quod hæc actio, † nec hæredibus datur *§. ult. in f. h. t.*) fac. optime *l. auxilium 37. in princip. de minoribus*, quod & notat *Ioh. Fab. in §. sed & Lex h. t. l. 1. in prin. l. 4. §. ult. de his qui not. infam.* quamvis frequens sit, ut per sententiam condemnato conservetur fama; quod haud scio, an satis rationi iuris nostri conveniat: Equidem ut per graviorem pœnam irrogatam possit conservari damnato fama, convenit iuri nostro, *l. quid ergo 13. §. pen. de his, qui not. in f.* si autem ordinaria pœna irrogetur, id fieri vix potest, sed tunc obtinet autoritas Legis *l. 1 §. 4 ad SC. Turp.* & id nominatim de actione furti cuius eadem ratio est, respondet JCtus in *l. non poterit 63 de furt.*

Porro opinione vulgi per iniurias & convicia fama lædi creditur, † quod forte talis quisque esse § creditur, qualis dicitur, & agnoscere iniuriam, qui eam non vindicat, sed inultam relinquit. Unde moribus, non autem legibus nostris nata est actio ad palinodiam, qua fama læsa quodammodo restitui: aut redintegrari creditur. Et nihil huc pertinet, quod Hottom. ex Terentio adducit in Adelph. *Act. 2. Sc. 1.* ubi Leno plagis multatus ab Æschino ita loquitur:

Novi ego vestra hæc: Nollem factum, iusiurandum dabitur te esse
Indignum injuria hac:

Quæ pertinent ad expurgationem; cuiusmodi apud Plautum in Amphitruone, ubi Jupiter falsus Amphitruo purgat se Alcumenæ iuramento de iniuriis, quas in eam verus Amphitruo dixerat *Act. 3. Sc. 2.* ubi Alcumena.

——Ego illum aut deferam,
Aut satisfaciat mihi, atque adjuret insuper,
Nolle esse dicta, quæ in me insontem protulit.

Quod & mox fictus Amphitruo facit. Quid autem hoc ad actionem pro palinodia? Hæc de actione iniuriarum ex iure prætorio.

Jus civile ex quo sunt pœnæ † & remedia vindicandi iniurias, non est simplex. Antiquissimum est Lex 12. tabularum de quo iure in *pr. h. text.* Justin. ex L. 12. tabularum propter membrum ruptum talionem fuisse; propter os fractum nummarias pœnas fuisse constitutas. De talione illud probatur ex *Festo in verb. Talionis. & Gellio lib. 20. cap. 1.* qui docet, talionem quidem imperatam, sed non parente reo, pecuniaria pœna & multa iniuriam æstimatam fuisse, sed &, si Reus pactus esset, effugiebat pœnam talionis; ita enim cautum erat *Ni cum eo pacit, talio esto*: quam pactionem insubtiliter hic Hottoman. inter pœnas iniuriæ per membrum ruptum illatas refert. Porro quoniam pœna L. 12. tabb. abierat in desuetudinem, ut hic testatur Justin. supervacuum putavit accuratius de ea re agere: Ceteroquin omittendum non erat, pœnam iniuriæ verbalis fuisse 25. asses, ut testatur *Gell. d. loco & lib. 16. cap. 10.* quod si non corruptus est Pauli locus ex *lib. singul. de iniur.* qui extat

apud

apud collatorem LL. Judaic. & Roman. oportet illam pœnam fuisse postea auctam; ita enim ibi scriptum est: Qui iniuriam alteri facit, 25. sestertiorum pœnam subit. Sestertius autem duorum assium cum dimidio, post quatuor assium fuit. Os fractum (quod & citra membri ruptura contingere potest) pecuniario quoque sed impensiori domino vindicatum fuisse *Gell. d. lib.* 20. *cap.* 1 testatur & *h. text. in pr.* Tribon. quasi inquit, in magna veterum paupertate, quibus verbis innuit, pecuniariam eam pœnam non fuisse valde gravem; sed quæ tamen ad tempora illa satis magna videbatur; Ceteroquin inepti fuerit ratio, nummaria fuit constituta pœna, qu a magna fuit paupertas veterum; posset enim gravissima pœna nummaria constituta fuisse. Quæ autem quantitas fuerit huius pœnæ, nec Justin, nec Gellius exprimunt: Videtur expressum fuisse apud Paul. *de lib. injur.* Sed locus corruptissimus, quē nuper Jacob. Goth. in Notis ad LL. 12. tabb. conatus est restituere, ut intelligamus pœnā fuisse 300. sesterciorū, si quis hominis liberos fregisset. Præter membrum ruptū & os fractū reliquas reales iniurias, ut verbales punitas L. 12. tabb. fuisse Gellius refert. Quæ procul dubio causa fuit, cur prætor, quod nimirum pœnę L. 12. tabb. leviores eo seculo auctis opibus, ei viderentur, introduxit novā actionē pro injuriis vindicandis, de qua ante diximus.

Successit recentius jus civile Lex Cornelia, quæ dedit actionem pro realibus injuriis quæ recensentur hoc textu in §. *sed & Lex* 8. *ex l.* 5. *in princip. D. eod.* Et ait Justinian. quod Lex Cornelia actionem introduxerit. Sed quænam actio illa fuerit, non explicat, sunt, qui putant fuisse judicium publicum; quibus refragatur tum quod generaliter reseriptum est, in *l.* 7. *C. h. t.* quæstionem injuriarum non publici sed privati judicii esse; tum quod nec *sub tit. ult.* hujus lib. nec in *l.* 1. *de publ. jud.* inter ea refertur. Aut an forte ista enumeratio perfecta non est? & *d. d. l.* 7. *C h. t.* refertur ad actionem prætoriam, quæ pro quibusvis injuriis datur, non ad judicium L. Corneliæ, quæ certas injuriarum species coercet. Et sane *sub tit. de accus. & inscrip.* tantum de judiciis publicis tractatur: & haud facile excusa verit quis alias, aut Tribon. aut Jurisconsult. in *l. hoc accus.* 12. §. *ult. de accus.* quod in materia publicorum jud. etiam tractarunt de JC. Corn. injuriarum. Et recipi reum, vel recipi inter reos, qua formula loquendi ibi utitur JCtus, fere ad judicia publica tantū pertinent. Et fit vero simile, Syllam post turbas illas & bella civilia, ita tulisse hanc Legem, ut judicio publico, propter tres has species improbitas hominem posset coerceri. Et quid igitur est, quod dicitur in *l. liset* 42. 1. *de procur.* ad actionem † L. Corneliæ injuriarum posse dari procuratorem, quoniam privata sit, licet pro publica utilitate exerceatur. Quinimo hæc contraria videntur: esse privatam, & pro publica utilitate. Quod si enim hoc respectu id dictum putamus, quod puniri maleficia publice interest; jam & omnia delicta privata &, quæ pro iis competunt actiones, dicentur dari pro publica utilitate, etiam actio L. Aquiliæ, de qua istud proponitur in *l. item* 51. *inf.* §. *ad L. Aquil.* Et cum simpliciter de actione injuriarum ex L. Cornelia loquatur ibi JCtus videtur de ea loqui, qualis est constituta ordinarie ex L. Cornelia at si non fuit judicium publicum, criminale utique fuisse judicium vix dubitari potest, propter *l. constit.* 37. §. 1. *h. t.* ubi dicitur, ex L. Cornelia agi etiam posse civiliter; quæ verba innuunt, regulariter criminaliter agi ex L. Cornelia. Atqui in criminali judicio ubi in crimen subscribendum est, regulariter procuratorem non intervenire constat, & probatur ex §. *in summa* 10. *h. t. junct. l. ult. C. eod.* quibus locis specialiter illustribus est permissum criminaliter injuriarum actionem instituere per procuratorem. Et necesse est igitur ineptam esse rationem JCti in *d. l.* 42 §. 1. *de procurat.* posse, moveri per procuratorem, quia privata est; quoniam judicia criminalia, ut maxime privata per procuratorem institui non possunt; fuisse autem actionem civilem tantum ex L. Cornelia, repugnat *d. l.* 37. *h. t.* & ipsi rationi, quod alias nulla necessitas fuisset, & utilitas L. Corneliæ, cum sufficere potuisset actio injuriarum ex edicto prætoris. Errant † haud 7 dubio enim, qui ad injurias solum verbales edictum prætoris pertinuisse putant, 1. quia cum osse fracto, & aliis levioribus injuriis realibus ex L. 12. tabb. tantum essent leves nimis constitutæ pecuniariæ pœnæ, non secus ac pro injuriis verbalibus, absurdum plane sit, verbalibus tantum injuriis, quæ utique leviores sunt realibus, permisisse prætorem injoriato æstimare injuriam, & hoc negasse pro injuriis realibus, adeoque has levius quam reales coercitas fuisse, 2. quia edictum prætoris indistincte de injuriis loquitur, 3. quoniam pro injuria reali servo quoque illata, actionem prætor dat, ut supra probavimus, 4. quoniam in *l. item* 15. §. *prætor* 34. & *seq.* in iisdem terminis injuriæ realis, tradit JCtus, dominum posse agere injuriarum suo nomine, si quis contemplatione domini injuriam fecerit servo. Ergo si ipsi domino immediate fuerit illata talis injuria, actio quoque erit. Denique in *l. prætor* 7. §. 1. *vers. quid ergo* & §. *præterea* 2. *h. t.* diserte de injuriis atrocibus realibus vindicandis agitur, & quidem per actionem prætoriam, de qua toto illo loco

by Google

loco tractatur. An dicimus priorem fuisse Legem Corneliam, pro iniuriis realibus introductam, pro emendando iure veteri, & postea prætorem principaliter quidem propter iniurias verbales edictum proposuisse; sed ut ex eo, qui vellet, etiam pro iniuria reali agere posset; nec novum est, concurrere actionem civilem & prætoriam. Sed ego potius dixerim edictum prætoris prius fuisse, & cum civilis actio non videretur sufficere pro iniuriis realibus, Syllam dedisse etiam criminalem actionem. Ut enim tantum civiliter agi potuisse dicamus ex L. Cornelia, ratio non patitur. Non fuisse tamen publicum iudicium, probat *d. l.* 42. *de procurat.* : cum inauditum sit ut publicum iudicium dicatur privatum, quin contradictio ea fuerit in adiecto. Nec necesse est, ut quæcunque sub *tit. de accusat.* referuntur, ad iudicia publica pertineant; & accusatio etiam est, cum ad pœnam corporalem agitur, aut pœnam fisco applicandam. Et longe sane differunt, esse iudicium publicum; &, institui pro publica utilitate. Ille scrupulus supereſt, quomodo ad iudicium criminale dari possit procurator. Et necessario fateri oportet, rationem JCti in *d. l* 42. §. 1. quod privatum sit iudicium, non esse bonam & adæquatam, sed in Leg. Corneliæ actione speciale quid fuisse, & fortasis eam tantum fuisse ad pœnam pecuniariam, ex arbitrio iudicis pro qualitate admissi Reo irrogandum; quamvis sane hæc omnium criminalium iudiciorum sit natura; ut iudex ex officio pro circumstantiis modo leviorem, modo graviorem, & in corpus quoque pœnam Reo possit irrogare; quod si etiam in L. Cornelia iniuriarum admittimus, non animadverto, qui fieri potuerit, ut recte institueretur per procuratorem; quod affirmat JCtus in *l.* 42. *de procuratoribus.* Vix enim de actione iniuriarum ex L. Corn. civiliter mota cum locum excipere possis; vel quia ut dixi loquitur de actione L. Corneliæ, ut introducta est à Sylla; vel quia hic nulla esset ratio dubitandi; nec quisquam dubitavit, quin actio iniuriarum ex edicto prætoris, quæ civilis est, per alium institui possit *l. non solum* 11. §. 2. *h. t.* Ego istud in medium & aliis extricandum relinquo. Et hæc quoque de actione iniuriarum ex L. Cornel.

Tertium ius, quod non tam certa Lege quam minoribus & consuetudine receptum videtur, innuitur in *f. h. text.* §. *in summa* 10. ut sicut pro furto & quovis delicto *l. ult. de furt. l. ult. de privat. delict.* ita & pro quavis iniuria, etiam verbali extra ordinem criminaliter agi posset *d.* §. 10. *ult. D. eod.* ut extra ordinem & in corpus quoque reus coerceri posset *dd. textibus*: quæ res facit, ut utrimque procuratori non sit locus; quoniam procuratores fiant domini litis, & in ipsos fertur sententia: & actorem, qui falsum crimen intendit, eadem pœna manet; quo fit: ut alieno nomine iudicia criminalia exerceri non possint. Cuius tamen rationis securus Zeno in *l. ultim. Codic. h. t.* permisit illustribus, ut agere & conveniri criminaliter iniuriarum possent: forte quia plerumque pœna erat pecuniaria etiam in criminali iudicio; forte etiam quia tum temporis subtilis illa ratio, ex qua procuratores domini litis fiebant, non observabatur, sed sententiæ in ipsos principales ferebantur; quod quidem nominatim in hoc casu fieri vult *d. l. ultim. Codic. h. t.* Et oportet ut procurator à parte Rei admissus fuerit sine cautione de iudicato solvendo, (quam ex ratione iuris omnis, qui alieno nomine suscipit iudicium præstare cogitur *l. un. in fin. C. de satisdando*, nec enim pœna corporalis si dicta fuisset, in procuratorem executioni mandari posset. Et cogitandum, præsertim, propter *d. l.* 24. §. 1. *de procur.* an non longe facilius fuerit, ut iudicia privata etiam criminalia institui potuerint per procuratorem ex parte actoris; nam & in *l. pen. de publ. jud.* non sine causa dicitur, ad persequendum publici iudicii crimen frustra intervenire procuratorem; quamvis tamen inscriptio in crimen, quæ in omni iudicio criminali requiritur, non videatur fieri posse nomine alieno; & Zeno Imp. in *d. l. ultim.* satis aperte docet hunc fuisse morem iudiciorum criminalium, ut nomine alieno tractari non possunt. Itaque specialiter excipiendi fuerunt illustres, & qui supereos sunt, ut in *d.* §. 10. *h. t.* ait Justin. qui scil. dicuntur *super illustres*; de quibus generibus dignitatum non est hic agendi locus; & de ordinibus dignitatum videatur *Alciat. 3. disp. 4. Cujac. pass ad 3. lib. poster. Codic. & præcipue Notitia dignitatum Imperii Orientis.*

TEXTUS.

4. Non solum autem is injuriarum tenetur, qui fecit injuriam, id est, qui percussit: verum ille quoque tenetur, qui dolo fecit, vel qui curavit, ut cui mala pugno percuteretur.

COMMENTARIUS.

IDem in *l. non solum* 11. *in princ. h. t* & *ibid. in* §. 3. de eo, qui mandavit; quod notavimus, supr. ad *tit. Mandati* §. *illud.* quisquis mandavit delictum, eum teneri ac si ipse deliquisset, imo pro delinquente deberi; quod fere etiam obtinet in his, qui consilium dederunt,

dederunt, de quo diximus ad §. *tua tantum* 6. *Mantati & ad* §. *Interdum* 11. *supr. de furt.* Illud autem tantum exempli loco positum est, de mala pugno percussa; procul dubio enim in aliis injuriæ speciebus idem obtinet.

TEXTUS.

5. Hæc actio dissimulatione aboletur: & adeo, si quis injuriam dereliquerit: hoc est, statim passus ad animum suum non revocaverit, postea ex pœnitentia remissam injuriam non poterit recolere.

COMMENTARIUS.

1 *Quomodo dicatur injuria dissimulari.*
2 *An, qui animi rancorem ægrotus remittit, possit agere injuriarum.*
3 *Annus quo finitur actio, an sit continuus, an utilis.*
4 *An actio ex L. Corn. sit annalis.*

INjuriarum actio, vel ab initio impeditur ne nascatur, vel nata tollitur. Illud fit, si injuriam, qui ea affectus est contemnat, non curet, & ut Dd. loquuntur, si rideat; quoniam non potest ea actio nasci, quando quis quod in se dicitur, pro joco excipit, & pro injuria non habet, & penitus ad animum non revocat *b.* §. quod eadem ratione, contra quam putat *Joh. de Plat.* tentari potest de injuria reali; neq; , quod nemo dicitur esse dominus membrorum suorum *l. liber. 13. ad L. Aquil.* impedire potest, quo minus v. c. pugno percussus injuriam contemnere & dissimulare possit, & juxta eam rationem, nec natam & quæsitam pro injuria reali actionem remittere, aut omittere quis posset. Ut adeo ne nascatur actio, oportet 1 aliquam declarationem † dissimulatæ & neglectæ injuriæ intervenire; simplex enim taciturnitas ad hoc non sufficit, ut recte *gl. & Interpp. hic & in l. si non* 5. *Cod. eod.* actionem injuriarum competere negat, si quis injuriam non statim ad animum revocaverit; etenim ad animum revocare, opponitur factis, & actibus declarantibus remissionem; non autem significat expressam contestationem de injuria ulciscenda. Sed & dicimus recte, eum quoque qui tacet, injuriam ad animum posse revocare; cum præsertim animum ulciscendi ostendere, non semper commodum sit, & forte, nec tutum sit.

Actio injuriarum, quæ nata est duobus modis tollitur, remissione & morte. Illa vel est expressa, vel tacita. Expressa fit per declarationem apertam voluntatis de remittenda, vel remissa injuria; veluti per transactionem, pactum, quod quidem legitimum est & ipso jure actionem injuriarum tollit *l. si unus* 27. §. *pacta* 4. *de pactis l. sed si* 17. §. *si ante* 6. *h. t.* Quin & absente eo, qui injuriam † facit & μονοπλεύρως remitti injuriam posse Doctor. censent; & hinc tractant, an qui ægrotans, & de sanitate recuperanda desperans pene, attestatus est coram sacerdote, se injuriam quam passus est, & animi rancorem, ut loquuntur, remittere, postea nihilominus injuriarum agere possit; quod quidem affirmant *Bart. in dict. leg. non solum* 11. *h. t. Ioh. Fab. & Platea hic.* Sed mihi negans glossæ sententia verior videtur, hoc argumento. Qui ignoscit injurianti, & remittit vindictam, agere injuriarum non potest. At quin hic injuriam passus ignoscit & remittit vindictam. Ergo, &c. Propositionis ratio est; quoniam actio injuriarum non spectat eo ut resarciatur damnum rei familiari datum, sed ad vindictam contumeliæ illatæ, *lex item apud* 15. §. *si quis* 46. *h. tit.* Itaque Johan. de Platea inepte objicit, quod remissa injuria, non ob id debeant censeri remissa illa damna; quoniam pro his non competit actio injuriarum, sed ad vindictam; ex quo non dubitatur, quin remissa injuria possit nihilominus agi ex L. Aquilia, & probat *d. l.* 15. §. 46. *h. t.* Ex his minor est perspicua, quod alias ea remissione nihil esset actum; & male consuleret animæ suæ Christianus, cum Christus minetur illis vindictam, qui non ex animo, proximo injurias remittunt. Et inepta objectio est, quod remissio facta ab eo, qui in periculo mortis est constitutus, intelligatur facta ex necessitate. Equidem hic non quæritur, hic restitutione contra remissionem, sed an remissa videatur actio injuriarum; & ridiculum impiumque sit, huc transferre velle edictum prætoris, *quod met. causa* ex quo restitutio datur, si malo more metus illatus fuit; & metus iste, si ita dicendus est, à Deo justissime infertur, nec potest dici ex necessitate factum ad quod hortatur pietas Christiana. Non obstat etiam quod Johan. Fab. movet, ista opinione admissa futurum, ut nullus Christianus bona conscientia possit agere injuriarum; siquidem ex Lege Christi, non solum moriturus, sed etiam corpore valens delinquenti in se ignoscere debet. Etenim Respondeo 1. non hic quæri quid Christianus facere debeat, quod cujusque conscientiæ relinquitur: Sed quid fecerit, & quod cum alias actio injuriarum sit odiosa, & quæ nudo pacto & dissimulatione tollitur, hoc quoque casu potius remissa intelligi debeat, 2. nihil absurdi fore, si quis affirmet, pec-

care hominem Christianum qui ex ira & vindictæ cupidine, pervicaciter, & acerbe iniurias exsequitur; & imo vix ullam satis iustam causam esse Christiano, ulciscendi iniuriarum, nisi ubi hoc fieri publice quodammodo interest; vel in exemplum, ut alii ab huiusmodi petulantia absterreantur, vel ob personam eius, qui iniuria est affectus, veluti si publicum officium administret; quem ab iniuriis immunem, & integræ famæ haberi publice interest: ne contemtui exponatur, & administrando muneri suo minus idoneus reddatur, quod & latius porrigi potest, si forte ex consuetudine, indignus officiis publicis habeatur, qui iniurias non vindicat. Sed hæc obiter: latius autem tractare hanc rem, & in locum Philosophicum, an & quatenus vindicandæ, aut negligendæ sint iniuriæ, excurrere, instituti nostri ratio non patitur. Hæc de remissione expressa. Tacita remissio duas habet species. Altera est, ex factis præsumpta, quæ inducunt dissimulationem, & iniuriæ gratiam esse factam arguunt; veluti si quis cum eo à quo iniuriam accepit, familiariter conversetur: si tamen id fecerit ultro & motu proprio, non occasione ab alio præbita, & quasi ex necessitate, veluti si ad communne convivium fuerit vocatus, ut notant Interpp. hic. Altera species inducitur ex lapsu temporis, & nimirum anni, *l. si non* 5. *Cod. h.t* l *sed si* 17. §. *si ante* 6. *D. eod.*

3 Sed an annus hic † continuus an utilis? Utilem esse suadet, quod regulariter actiones prætoriæ anno utili durant, de quo *inf. in pr. de perp. & temp. act.* tum etiam textus in *l. Item si* 14. §. *in causa* 2. *quod met. caus.* quam antiquorum olim fuisse sententiam attestantur *Cynus & Salicet. in d. l.* 5. *h. t. & Ioh. Fab in §. sed & Lex sup. h.t n.* 5. quamvis communiter *gl. & Interpp.* contra sentiant, & id quoque in foro receptum sit, continuo anno excludi hanc actionem: quod non tam miror, quam hoc, ad id probandum, tamquam solidum argumentum adduci, textum *in d.l* 5. *C. h.t.* cum enim pluribus locis dicatur, actiones prætorias intra annum vivere, & tamen regulariter annus utilis intelligatur, perquam ineptum est, ex *l.* 5. *C. h. t.* quæ anno finiri actionem dicit, inferre, esse eum annum continuum. Atque ita actione iniuriarum propria.

Non desunt, qui & actionem iniuriarum ex L. Cornelia, faciunt annalẽ; quam sententiã & in consiliis Altorfinis video probatam. Sed non dubito esse falsam: siquidem actiones civiles, ex quarum numero hæc est, numquam solent esse annales. Adeoque ista aut erit perpetua hodie 30. annorum, aut potius viceunalis, ad istar iudiciorum criminalium, quæ regulariter vicennio exspirant, quam communem sententiam esse testatur *Balb. de præscript. part.* 4. *partis quarta princip. quæst. l. n.* 3. & in Camera Imperali receptam attestatur *Mynsing.* 5. *obs.* 7. & perquam inepte obiicitur *d. l.* 5. *Codic. h. t.* quippe quam apertissimum est loqui de actione prætoria, quippe cum præponatur illata iniuria verbalis, quæ Lege Cornelia non vindicatur. Hæc de primo principali modo, quo tollitur actio injuriarum, vid. de Remissione.

Morte finitur 1. ejus qui fecit injuriam, si mortuus sit ante litem contestatam, idq; commune est omnibus actionibus pœnalibus, imo omnibus ex delicto, ut non dentur contra hæredes delinquents, 2. (& hoc speciale est) finitur etiam morte ejus, qui injuriam passus est. *h. text. & l. injur.* 13. *in pr. eod. l si cum* 10. §. 1. *si quis caution.* cum alias actiones etiam pœnales dentur hæredibus *l.* 1. *de privat. delict.* Ratio specialitatis est, quod per istud genus delicti, nullum patrimonio infertur damnum, sed ut supra diximus, ad vindictam est hæc actio, cujusmodi actiones dari hæredibus non solent §. 1. *inf de perp. & temp. act.* cum præsertim concurrere & hic videatur remissio quædam tacita & dissimulatio injuriæ, quam quis vindicare ipse vivus non instituit.

AD TITULUM V.

LIBRI QUARTI INSTITUTIONUM,

DE OBLIGATIONIBVS QVÆ QVASI EX DELICTO NASCVNTVR.

TEXTUS.

Si judex litem suam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur, sed quia neque ex maleficio, neque ex contractu obligatus est, & utique peccasse aliquid intelligitur, licet per imprudentiam: eo videtur quasi teneri ex maleficio: & in quantum de ea re æquum religioni judicantis videbitur, pœnam sustinebit.

COMMENTARIUS.

1 *Essentia quasi maleficiorum.*
2 *Quid sit, litem suam facere.*
3 *Quid si per dolum lata sit sententia.*

4 *An quivis dolus faciat ſententiam nullam.*
5 *Differentia inter medicum, & judicem & Advocatum.*

SEquitur tandem ex quatuor membris, ſupra de obligationibus propoſitis, ultimum, de obligationibus, quæ quaſi ex delicto naſcuntur. Et quo argumentandi genere ſupra uſus eſt Juſtin. de obligationibus quaſi ex contractu, quod ſcilicet ſint nec ex contractu nec ex maleficio: eodem hic utitur; quod cum iſtæ obligationes non ſint ex maleficio (ſcil. vero,) nec ex cõtractu, conſequenter oporteat eſſe quaſi ex maleficio. Verum hoc modo in quo iſtarum obligationum, & quaſi delictorum natura & eſſentia poſita ſit, non intelligitur. Nimirum ſicut contractus alii ſunt veri, alii, ut ita loquar, quaſi contractus: ita & delicta diſtinguuntur: ut tamen non eadem diſtinguendi ratio utrobique eſſe videatur.

Nam & quaſi contractus habent, ſed tacitam conventionem. At hæc delicta, imo quaſi delicta non habent dolum, qui eſt de eſſentia omnium delictorum: excepto tamen eo quod vindicatur L. Aquilia, in quo etiam citra dolum culpa ſufficit: cum quo hæc quaſi delicta recte conferantur: nam & ipſa habent culpam, ſed eam ut plurimum non directam ad damnum, ſed oblique tantum damno cauſam ferendantia: & ut maxime directo videantur damnum dare, attamen præſumpta eſt ea culpa, & præter mentem fere ejus qui damnum dat.

Eorum quaſi delictorum prima ſpecies hoc textu refertur, *ex l. 5. §. ſi judex 4. de obl. & Act. & ex l. ult. de extraord. cognit.* ſi iudex male iudicando litem ſuam fecerit. Litem autem † ſuam facere videtur, qui 2 quaſi cogitur in ſe ſuſcipere litem, & ex iudice fit reus: dum ſcilicet ei quem ſua ſententia læſit, de eo damno reſpondere tamquam Reus, & quidquid ei dedit damni, reſarcire, eumque indemnem ſervare tenetur, & qui ita contra ſeipſum litem excitavit, κατ' ἑαυτῦ δίκλω ἤγειρε, ut recte hic Theoph. Ex quo efficitur, quod ille iudex demum vere & plene litem ſuam faciat, qui dolo malo iudicavit, & qui adeo veram litis æſtimationem & ſolidum præſtat, ut expreſſum eſt *in l. filiusfam. 15. §. de judic.* idque eſt quod legitur *in l ultim. C. de pœn. jud.* quod iudex ei quem dolo læſit, æſtimationem diſcriminis litis præſtare teneatur. Minus autem proprie, & utique non inſolidum ſuam litem facere dicitur, qui per imperitiam male iudicavit, quia non inſolidam æſtimationem litis, ſed actione in factum, in quantum æquum videbitur iudici, condemnatur *l. ult. extraord. cogn. & h. text.* Ei autem † quod diximus, eum qui dolo iu- 3 dicavit, teneri in ſolidam æſtimationem litis, non adverſatur, quod, ubi iudex dolo malo & corruptus iudicat, ſententia ſit ipſo iure nulla *l. venalis 7. C. quando provoc. non eſt nec.* ut proinde cum integra actio maneat patri, non videatur neceſſum, ut ad iudicem eatur, & ille Rei perſonam ſuſtineat, & æſtimationem præſtet. Etenim reſpondetur. 1. Poſſe concurrere utrumque remedium, ut habeat electionem qui læſus eſt, an de integro cauſam cum adverſario tractare, an iudicem convenire velit, qui ex delicto ſuo tenetur. 2. Quod ſententia dolo & à corrupto iudice lata ſit nulla, etiamſi forte ſit non omnino in re ipſa iniuſta omnia: itaq; longe utilius eſt parti cum iudice, quam iterum experiri cum adverſario, cum quo litigans fortaſſis rurſus ſuccumbere poſſit. Sed enim ut iudex dicatur litem facere ſuam, non omnino neceſſe eſt, ut ſententia ſit nulla: quod probatur tum quia etiam per imperitiam inique iudicans hic dicitur litem facere ſuam, quo tamen caſu non protinus ſententia eſt nulla: tum etiam quia ut maxime dolum † admiſerit 4 iudex, non eſſe propterea ſententiam nullam, oſtenditur ex *l. ſervo 65. §. 2. ad Trebell.* ubi ſententia per ambitionem & gratiam lata ipſo iure valet. Cui iterum non obſtat, quod *in d. l. ult. Cod. de pœn. jud.* hæc comparantur, ſi ſententia per gratiam, & ſi à corrupto pecunia iudice lata ſit: quo poſteriori caſu ſententiam nullam eſſe, etiam docet *l. venales 7. C. Quand. provoc. non eſt nec.* Etenim Reſpondeo comparari ad hoc quod utrobique judex infamia notetur, & litem ſuam faciat: non vero ut etiam utrobique æqualiter ſit nulla, quod & *in d. l.* Acc. monuit. Poſſit etiam reſponderi intereſſe, an pretium pro ſententia ferenda, an forte tantum honorarium & magis pro maturanda ſententia & adminiſtranda juſtitia detur: itemque an quis precibus obtinuerit, ut pro ſe ſententia feratur, an alias judex motu proprio, & favore aliquo partis ita pronunciaverit: ut illis quidem caſibus ſententia nulla, hic, ipſo iure valida ſit. Aut an diſtinguimus inter iudicem pedaneum & magiſtratum, de quo *in d. l. 65.* ut propter huius autoritatem, & maiorem in decretis interponendis libertatem facilius ſententia ſuſtineatur. Sed ut ad textum noſtrum † revertamur, quod dicitur, iudicem qui 5 per imperitiam male iudicat, non ex vero, ſed quaſi ex maleficio teneri, obiiciunt Interpp. hic, quod medicus male curans & ſecans per imperitiam, ex vero delicto, & directa Legis Aquiliæ actione tenetur §. *Imperitia 7. ſup. ad L. Aquil.* Duplicem rationem differentiæ frequentius Interpp. afferre ſolent. Alteram,

Digitized by Google

quod medicus profiteatur peritiam curandi non etiam judex, qui & ut plurimum adiectores habere solet. Alteram, quod medicus præstet operam voluntariam, sed judex ut plurimum necessariam, ex officio sibi publice impositio. Sed utraque hæc differentiæ ratio, hoc unico argumento convellitur, quod peream efficeretur, advocatum, qui & peritiam profitetur, & operam suam fere clientibus offerre solet, imo hoc ipso quod se pro advocato gerit, offerre intelligitur, male advocando, & consulendo per imperitiam, committere verum delictum, quod quamvis Pet. de Bellapert. hic adfirmare ausit, falsum tamen habendum est, hoc argumento: quod advocatus neque corpore nec in corpus damnum dat, ut adeo in Legem Aquiliam peccare dici non possit, & nec utili quidem, sed ad summum actione in factum subsidiaria teneri, *per §. ult. sup. ad Aquil.* Et imperitia tantum in artifice facit delictum, & extra Legem Aquiliam per imperitiam nullum committitur delictum. Superest igitur illa ratio differentiæ, quam Azo dedit, & quam licet improbatam fere à cæteris, ego puto esse veram: quod scilicet secare sit delictum & male curare ægrotum, judicare autem non sit delictum. Quod ex jam dictis explicandum, quod secare & male curare, sit damnum dare in corpus, judicando autem damnum in corpus non datur: & proinde nec judex nec advocatus ex vero delicto teneri possunt. Sed hæc forte nimis multa ad hunc locum.

TEXTUS.

1. Item is, ex cujus cœnaculo, vel proprio ipsius, vel conducto, vel in quo gratis habitat, dejectum effusumve aliquid est, ita ut alicui noceret, quasi ex maleficio intelligitur obligatus. Ideo autem non intelligitur proprie ex maleficio obligatus: quia plerunque ob alterius culpam tenetur, aut servi aut liberi. Cui is similis est, qui ea parte, qua vulgo iter fieri solet, positum aut suspensum id habet, quod si ceciderit, alicui potest nocere, quo casu pœna est constituta decem aureorum. De eo vero quod dejectum effusumve est, dupli, quantum damni datum sit, est actio constituta, ob hominem vero liberum occisum constituitur pœna quinquaginta aureorum. Si vero vivat, nocitumque ei esse dicatur, quantum ob eam rem æquum videtur judici, actio datur. Judex enim computare debet mercedes medicis præstitas, cæteraque impendia, quæ facta sunt in curatione: præterea operas quibus caruit, aut carituras est, ob id quod inutilis est factus.

COMMENTARIUS.

Hæc est altera species quasi maleficii, si quid ex ædibus alicujus vel propriis vel etiam conductis, dejectum effusumve, & ita damnum datum fuerit. *l. si quis 5. §. is quoque 5. de obligat. & action. l. is pr. de his qui effud. &c.* Et ideo dicitur hic quasi ex maleficio obligatus, quoniam non quæritur, an ipse habitator, an alius qui in ædibus est, effuderit, sed sufficit, quid dejectum aut effusum esse ex ipsius ædibus, h. §. ubi Justin. ait, plerunque habitatorem teneri ob culpam alterius, & proinde non ex vero, sed quasi maleficio teneri. Quæ tamen ratio non est satis accurata: quoniam si consideretur sola alterius culpa, iniquum fuerit, alium teneri: itaque aliquam & habitatoris culpam saltem præsumtam concurrere necesse est & intervenire: Et ita est, ut inhabitans teneatur ex quasi maleficio ob præsumptam negligentiam: quia ejus est vitare, ne quem in ædes temere recipiat, cujus adeo factum præstare debet, quin simul & hoc, ne quid à domesticis, servis aut liberis, eo loci qua vulgo iter fit, cum damno prætereuntium dejiciatur aut effundatur, quæ ratio præcipue, ut hoc edictum proponeret, movit prætorem: quoniam publice uti est, sine meta & periculo per itinera commeari, ut tradit Ulpianus *in d. l. 1. §. 1. de his qui effud. vel effud.* Datur autem damnum, aut servis aliisve rebus, quæ sunt in nostro patrimonio, & est actio in duplum privata *h. §. vers. de eod. l. 1. in pr.* aut homini libero, ita ut hic aut vulneratus fuerit, vel occisus. Illo casu iterum est actio privata competens soli vulnerato, & fit æstimatio impensarum & operarum, & omnino quanti judicii æquum videtur, tanti condemnatur reus juxta hunc *§. in fi. & l. ult. de his qui dejec.* Hoc casu est actio pœnalis in quinquaginta aureos *h. §. vers. ob hominem l. 1. in pr. d. t.* & quia nulla est corporis liberi æstimatio, nec adeo hæredes privatim agere possunt, jure speciali, actio est pœnalis popularis *l. si vero 5. §. hoc autem 5. d. t.* ita ut quivis ex populo eam pœnam persequi possit, & quidem hoc affectu, ut sibi applicetur & adjudicetur, ut recte Joh. Fab. hic; hæc enim est regularis & ordinaria popularium

actionum

actionum natura per *l. versi.* 12. *de v. sign. l.* 3. *in pr. de sepulc. viol. l. ult. de litigios.* à qua non recedimus nisi in casibus nominatim exceptis, quibus cautum est, ut pœnæ vel pars, vel ea tota fisco applicetur, ut *in l.* 25. *ad Silan l. ult. in pr. de term. mot.* de quo alibi.

Tertia species quasi maleficii, hoc eodem §. traditur, & ea magis singularis, quia res imperfecta & nec dum damnum datum est, quoniam prætor omnino itineribus publicis prospectum voluit. Qua de causa quasi ex maleficio tenetur, qui aliquid positum habet vel suspensum, quod si decidat transeuntibus damnum daret. *h. §. vers. cui similis l.* 1. *& l.* 5. *§. supra de his qui effuder.* Et cum nec dum nocitum alicui privato sit, sequitur necessario, quod actio pœnalis in decem aureos, de qua dd. tertibus sit popularis.

TEXTUS.

2. Si filius familias seorsum à patre habitaverit, & quid ex cœnaculo ejus effusum dejectumve fuerit, sive quid positum suspensumve habuerit, cujus casus periculosus est; Juliano placuit nullam in patrem esse actionem, sed cum ipso filio agendum esse. Quod & in filiofamiliæ judice observandum est, qui litem suam fecerit.

COMMENTARIUS.

1 *An si filius familias litem suam fecerit, pater teneatur ad l.* 15. *in pr. de iudic.*

EX contractibus filii patrem de peculio teneri constat de *quo inf. t. t.* 7. sed ex pœnalibus causis & delictis patrem non teneri, nec de peculio quidem, itidem pro regula traditum est *l. ex pœnalib.* 58. *de R. I.* Et etenim cum illius hæc ratio sit, quod pater peculium concedendo, & ius contrahendi permisisse censeatur *l.* 1. *§.* 5. *de adq. poss.* utique ea concessione peculii, nunquam censetur permisisse delictum, aut ius delinquendi, eoque ob delicta filii peculium obnoxium non fit. Idque etiam in quasi delictis obtinere docet *hic* §. duplici exemplo 1. si ex habitatione quam seorsim à patre incolit filius, aliquid deiectum fuerit vel effusum: pater enim nulla actione ex hac causa potest conveniri *h. § & l is quoque* 5. *de oblig. & act.* quod si enim habitaverit cum patre ipse pater ob deiecta & effusa tenetur quasi ex maleficio, ut est *in pr. §. præced.* quod & in servo obtinet, si hic habitat seorsim, ut dominus ex hac causa de peculio non teneatur, sed servus extra ordinem coerceatur *l.* 1. *§. cum servus de his qui effuder. vel dejec.* adeoque & in terminis *h. §.* agendum est cum ipso filio non autem cum patre *h. §. & §. ult. in fi. infr. de noxalib. action. d. l.* 5. *§.* 5. *de his qui effud. vel dejec.* Alterum exemplum est, si filiusfamilias litem suam fecerit male iudicando: ut pater nec hic teneatur *h. §. in fin. & l. si quis* 5. *§. quoque in fin. de oblig. & act.* Sed valde obstat *l. filiusfamilias* 15. *in princip. de judic.* ubi Ulp. scribit si filiusfamilias iudex litem suam fecerit, teneri in eam quantitatem, quæ est in peculio, cum sententiam dicebat. Quod Accurs. tentat. Patrem teneri de peculio, diserte pugnat cum textu nostro *& d. l.* 5. *de oblig. & Act.* cum præsertim in actione de peculio non spectetur quantitas peculii, quæ fuit eo tempore quo obligatus fuit filius, sed quo ex ipsa actione de peculio restituetur *l quæsitum* 30. *in pr. de pecul.* Quod porro ita explicat *d. l.* 15. *de judic.* Quod non pater sed ipse filius teneatur, ideo minus probari posse videtur, quod ubi actio ex delicto contra filium datur, peculium in eam actionem non venit, cuius adeo quantitas frustra hic consideretur: & alias manifesta fraus fieret iuri, quod ex delicto patrem de peculio teneri negat, satis autem teneretur, re ipsa, si actione mota contra filium, in condemnationem & in executionem porro peculium veniret. Enimvero cum dicimus, cum qui cum filio contrahit, habere duos debitores, filium in solidum, & patrem de peculio *l.* 44. *de pecul.* satis ostendit ea oppositio, in actionem quæ contra filium datur peculium non venire: quod alias insuper iniuria manifesta inferretur patri, qui ita amitteret privilegia, quæ habet ubi actione de peculio convenitur, de quibus tit. 7. sed & amplius contra filium ex contractibus & delictis eius in solidum agitur *d. l.* 44. *& l.* 39. *de obl. & act.* adeoque inepte & falso hic diceretur spectari quantitas peculii. Idque erit apertius magis si ponas filiumfamilias dolo malo iud'casse, & ita ex vero delicto obligari, quod quidem suadet coniunctio *d. l.* 15 *in pr. cum* §. 1. ubi hic casus proponitur. Nec rectius illi quorum meminit *Gothof. ad l.* 15. *& Cujac.* 13. *obs.* 18. qui in *d. l.* 15. *in pr.* pro *filiusfamilias* legunt, *filiifamilias*, quasi ibi filiusfamilias in iudicio reus fuerit, & condemnatus à iudice per dolum, qui iudex in tantum summam teneri debeat, quanti tum fuit in peculio filii. Etenim præterquam quod omnia exemplaria constanter tuentur lectionem illam *filiusfamilias*, inepte & absurde respondeatur de quantitate peculii inspicienda, cum filiusfamilias suo nomine in solidum conveniatur. Cuiacius 13. *obs.* 18. post Azonem ita explicat *d. l.* 15. *de judic.* quod ibi filiusfamilias

Digitized by Google

non dolo, ſed per imprudentiam male judicaverit, & teneatur in tantam ſummam, quanta fuit in peculio tunc temporis, ita ut tamen non de peculio, ſed aliunde ſatisfaciat. Quæ mihi explicatio valde inſubtilis videtur: Et cur enim mentionem faciat peculii Juriſconſultus, ſi de illo non ſit ſatisfaciendum: & quid adeo & cur ſpectetur ea quantitas peculii: quæ præſertim tum fuit, cum ſententiam diceret filius, & cur non potius ſpectetur ea quæ fuit cum condemnaretur, quod omnino dicendum fuerat, ſi peculii tamquam patrimonii cujuſdam filii ratio hic habetur. Superest adhuc alia interpretatio, quam etiam ſubinnuit Accurſius, ut ibi ſententia intelligatur dicta, non contra filiumfamilias qui litigavit: non etiam ſententia dicta à filio, qui male judicavit: ſed ſententia dicta à judico, qui filiumfamilias ex cauſa quaſi delicti, eo quod litem ſuam feciſſet, condemnavit: ut videlicet ſi ex ea ſententia contra filium lata, ex cauſa judicati conveniatur pater, de peculio, tanti condemnetur, quanti tempore ſententiæ ab illo judice contra filium dictæ, in peculio fuit. Etenim ita jus eſt, ut licet directo ex delictis filiifamilias contra patrem actio de peculio non detur, tamen detur oblique, & in effectu, dum nimirum non quidem ipſa actio delicti, ſed actio judicati ex ſententia, quæ in filium ex cauſa delicti conventum, lata eſt: quoniam per litis conteſtationem quaſi contrahi, & novatio quædam fieri, adeoque jam pater non ex delicto, ſed quaſi ex nova obligatione conveniri videtur, ut expreſſum eſt *in l. 3. §. idem 11. de pecul.* Sed ſane iſtam explicationem verba *d. l. 15.* niſi plane contorqueantur, vix ferunt, & iſtud quoque obſtat, quod ſupra diximus, ex *l. quæſitum 30. in pr. de pecul.* ſpectari in actione de peculio eam quantitatem, quæ eſt, cum pater de peculio condemnatur. Quæ ratio etiam obſtat huic conjecturæ, quod cum conſtet ex Gellio fuiſſe collegium quoddam judicum pedaneorum, ex quo forte ducti cauſas cognoſcerent, intelligendum eſſe *in d. l. 15.* filiumfamilias conſentiente & probante, aut magis, volente patre in ordinem judicum fuiſſe allectum: quomodo tenetur pater, ſi ejus voluntate filius decurio fuerit creatus *l. 3. §. ult. D. de peculio.* A. Fab. in Rationalibus ea ſcribit ad *d. l. 15.* ut appareat hunc nodum ab eo non viſum, aut non intellectum fuiſſe.

TEXTUS.

Item exercitor navis, aut cauponæ, aut ſtabuli, de dolo aut furto, quod in navi aut caupona, aut ſtabulo factum erit, quaſi ex maleficio teneri videtur: ſi modo ipſius nullum eſt maleficium, ſed alicujus eorum, quorum opera navem aut cauponam, aut ſtabulum exercet. Cum enim neque ex maleficio, neque ex contractu adverſus eum hæc actio ſit conſtituta, & aliquatenus culpæ reus eſt, quod opera hominum malorum uteretur, ideo quaſi ex maleficio videtur teneri. In his autem caſibus competit actio in factum, quæ datur hæredi quidem, adverſus hæredem autem non competit.

COMMENTARIUS.

IN quartam ſpeciem quaſi maleficii incidunt, caupones & exercitores navis, ſi aliquid damni datum fuerit, aut ſubreptum vectoribus & hoſpitibus, qui apud eos diverterunt, aut in naves eorum vehuntur: quoniam cum v. c. aperto hoſpitio omnes ſe recepturos profiteantur, hoc ipſo quandam ſecuritatem ipſis polliceri videntur, ab iis utique quorum opera utuntur, & quorum factum præſtare tenentur: eſt enim aut præſumitur in caupone ipſo culpa & negligentia in hoc, quod malorum hominum operam conduxit: in quo eſt cauſa & eſſentia hujus quaſi maleficii, ut docet hic §. *verſ. cum enim.* Horum enim cauſa tenetur, quorum opera expreſſe utitur in exercenda caupona. Et proinde ſi ſervus alias furtum fecerit, non ultra quam noxali actione conveniri poteſt caupo *l. ult. §. 4. naut. caup ſtab. l. ſan. §. pen. furt. adv. naut.* multo minus tenetur ex facto aliorum hoſpitum aut vectorum *l. 1. §. fin. d. tit.* niſi nominatim res ſalvas fore receperit, de quo caſu accipienda eſt *l. 1. §. ult. cum l. ſeq. naut. caup. ſtab.* quo etiam pertinet *l. 3. in pr. eod. tit.* & ob hoc in plus & ſtrictius exercitorem, verbi cauſa obligari, inde apparet, quod eo caſu juxta *d. l. 3.* tenetur exercitor, ſi res etiam juxta navem perierit, & quas videlicet cum recepiſſet opera mercenariorum ſuorum ad navem deferri curavit: regulariter autem ex hoc quaſi maleficio non tenetur, niſi in nave damnum datum aut furtum factum ſit per eos quorum opera utitur *l. ult. in pr. naut. caup.* Et ſicut receptio ſpecialis facit, ut plenius & fortius obligentur nautæ & caupones, ita contra prædictio ſpecialis eorum, ſi in ea adquieſcant hoſpites & vectores, facit ut ne teneantur *l. ultim. in fin. princ. d. t.* quia tum ſuæ plane curæ ipſi rem recipere videntur. Sunt adeo hic duo extrema & medium. Medium eſt ſi ſimpliciter

res

res inferri caupo passus sit, & tenetur quasi ex maleficio jure ordinario, si per eos quorum opera utitur damnum datum, aut furtum factum sit. Duo extrema sunt, si specialiter receperit rerum custodiam: & contra si se nolle teneri prædixerit: in quibus conventio quædam versatur, derogans juri communi. Quod *in fin. hujus* §. traditur, commune est ad totum ut. 1. Quod hæc quasi delicta & pene extraordinaria, vindicentur actionibus subsidiariis in factum. 2. Quod hæ actiones, dentur quidem hæredibus damnum passi sed non in hæredes cauponis: (nisi quantum forte ad eos pervenit) quod commune omnibus actionibus ex delicto esse probavimus *ad §. ultim. supra de furtis.*

Quod *in pr.* §. dicitur *de dolo aut furto*: pro eo malim legere *de damno aut furto*. Dolo enim appellatio etiam ad furtum pertinet: & tenetur caupo, si quid subreptum aut corruptum fuerit: & ita *in l* 3. §. *ult. de oblig. & act. & in l. nauta* 5. §. 1. *naut. caup. stab.* quam lectionem Cujacius, Contius, Russardus & Hottom. probant.

Ad Titulum VI.

LIBRI QUARTI INSTITUTIONUM,

DE ACTIONIBUS.

TEXTUS.

Supereſt ut de Actionibus loquamur. Actio autem nihil aliud eſt quam jus perſequendi in judicio quod ſibi debetur.

Commentarius.

1 *De objecto juris Actionibus.*

NObiliſſimus hic titulus eſt, in quo tamen explicando erimus breviores, quod pleraque executi ſumus in Tractatu noſtro de Actionibus, ex quo ſingula huc deſcribere non libet nec licet. Supereſt, ait Juſtin. ut de actionibus loquamur, reſpiciens haud dubie diſtinctionem objecti *ſup. §. ultim. de jure nat.* & quod poſt abſolutum Tractatum de Rebus & perſonis, ſuperſint explicandæ Actiones. Diximus porro ſupra *ad tit. de obligat.* quod obligationes ea conſideratione ſub ſecundum objectum referantur, quatenus creditor obligationem ſibi adquirit: & videri poſſit eodem modo actiones poſſe ſub idem objectum referri: cum Juſtinianus actionem hic definiat JUS perſequendi: nam quatenus, ut jus conſideratur, non minus ut obligatio inter res adquiſitas videatur referri poſſe. Quod ſi obligatio pars eſt ſecundi objecti, quatenus eſt jus ad rem, ut alii diſputant, adhuc magis actio eo referri poterit: quæ adhuc proprius jus eſt quo rem conſequamur. Plane cum obligatio ſit cauſa actionis, non inepte forſaſſis ſub idem objectum, utraque referretur: & actio nimirum perſonalis ad obligationes: realis autem ad jura in re. ſed placuit, ut opinor diſtinguere remedia, quibus perſequimur & aſſerimus ea quæ noſtra ſunt aut nobis debentur, ab ipſis his ſuper quibus controverſiæ ſunt. Perſonæ ſunt nimirum quibus adminiſtranda eſt juſtitia: res ſunt, ſuper quibus adminiſtratur, actiones denique ſunt remedia, per quæ adminiſtratur. Qua ratione diſtinguendi admiſſa, vix eſt, ut obligationes recte debeant, aut poſſint referri ad res, ſed erunt ad actiones potius referendæ: neque enim per actiones perſequimur obligationes, ſed res in obligationem deductas. Et cum ſint aliæ actiones reales, quarum dominium cauſa eſt, hoc modo dominium etiam ad actionum tractatum fuerit referendum, & proinde modi quoque dominii adquirendi. Sed enim magis eſt, ut illa diſtinguendi ratio aliena ſit à mente Juriſconſultorum, & fortaſſis an & à ratione. Neque enim Juriſconſulti conſiderant aut tractant de rebus ipſis quæ ſunt, veluti, fundo, ædibus, &c. Sed quatenus ſuper ipſis juſtitia adminiſtratur, & quatenus in illis aut ad illas jus aliquod habemus: quæ duo conſiſtunt in dominio vel quo alio jure in re, & in obligatione: quæ duo quidam capita & membra univerſi juris conſtituunt: Sed utique perſonarum tractatio ſeparata eſt: & quia Juſtiniano & Juriſconſultis placuit, diverſa membra facere cauſam & effectum: Dominia nimirum, obligationes, & actiones, poſſumus eorum judicium & debemus etiam ſequi. Sed jam rem ipſam videamus.

Actio eſt jus.] Ex *l. nihil aliud* 51. *h. t.* obiicit Hottom. quod actio non ſit Jus, ſed formula, & reſponderit ita definitam, ut ſecundum ea tempora comprehenderet etiam extraordinarias perſecutiones. Perinepte & craſſe, v. c. qui contrahit, ſtatim actionem adquiret, id eſt, jus agendi, ut hic definitur, qui dominium habet, jus agendi in rem habet, quandocunque amiſerit poſſeſſionem: & quis ſanæ mentis dicat, eos ita adquiſiviſſe formulam. Enim vero licet actionem in exercitio & deductam in judicium conſideres, ea tamen proprie loquendo formula non eſt, quemadmodum nec emancipatio, aut quævis mancipatio

cipatio manumissio, aditio hæreditatis, formulæ erant, sed erant actus, qui per certas formulas expediebantur: quæ sunt diversa.

Ius persequendi.] Cum multa sint jura & verbum quoque juris pro potestate & facultate, ut in hac definitione sumtum, multas, imo plurimas habeat species, ideo genus istud JUS, per differentias fuit restringendum, quarum prima est, in hoc verbo, *persequendi*, quod significat jus aliquod petendi, & ita petendi, ut aliquid consequatur ex ista petitione, quã vim habet verbum *Persequi*, scil. ut aliquid assequamur. Et sumitur illud verbum generalius, ceteroquin in specie olim extraordinariæ actiones persecutiones dicebantur, *l. pecunia* 178. *de V. S.* sed mutata hodie forma procedendi istæ proprie actiones sunt. Quærit Hottom. quid differat actio à bonorum possessione, quæ & ipsa jus persequendi dicitur, *l.* 3. §. 2. *de bon. poss.* Insubtilis quæstio, nec magis subtilior responsio, in hoc differe, quod in bonorum possessione simul sint jura, ut loquuntur ad passiva & bonorum possessor & ipse vicissim obligatus sit. Neque enim qua hoc in se habet bonorum possessio, dicitur jus persequendi. Et nimirum bonorum possessio abusive ita definitur, sed ea est universitas quædam bonorum, quam qui apud prætorem agnovit, ex hoc consequitur ius persequendi omnia quæ defuncti fuerunt, & ita quoque omnes actiones defuncti ad eum pertinere incipiunt.

In iudicio.] In iure nostro ad ea tempora, quo iudices pedanei dabantur, inter se opponuntur, *in iure* & *in judicio*. In iure proprie dicebantur fieri, quæ apud prætorem fiebant, antequam ad iudicem pedaneum ibatur: vel etiam quæ tota apud prætorem expediebantur: vel uti extraordinariæ persecutiones, & quæ erant cognitionis prætoriæ: itemque imprecationes officii prætoris, verbi causa, pro præstanda cautione damni infecti, &c. quæ & ipsa actionis verbo in genere sumpto comprehendebantur *l. actionis* 37. *de obligat. & action.* Mutato veteri processu postquam ipsi magistratus iudicant hæc differentia sublata est: aut dicemus hodieque in iure fieri, quæ ante litem contestatam peraguntur, & quæ olim ipse prætor expediebat, antequam formulam daret, at in iudicio, quę post litem cont. coram eodem magistratu peraguntur. Et adeo hæc differentia ostendit, non esse actionem, quamvis petitionem, sed quæ apud magistratum, ex iuris & iustitiæ ratione & præcepto instituatur.

Quod sibi debetur] Tertia hæc differentia est, ab obiecto. Equidem actionis verbum in specie significat actionem personalem *l. actio* 28. *de oblig. & act.* & proprie magis ex obligatione quid deberi dicitur. Verum cum & tota series tractationis, & subiecta statim divisio ostendat, etiam de actione in rem hic agi: oportet & verbum actionis, & hanc quoque differentiam ita accipi, ut & actioni in rem conveniat. Et verbo *deberi* in genere accepto, debet etiam mihi rem meam, qui eam possidet, nec restituit. Atque ita servitus etiam constituta, quæ vindicatur actione in rem, dicitur nobis deberi *l. arbor* 19. §. 2. *comm. divid.* & verba secundum subiectam materiam sunt accipienda: quomodo & verbum *debuit* acceptum videtur *in l. pecunia* 178. *de verb. sign.* quod enim ait, *amisit omnino actionem* facit ut minus commode iste locus de actionibus tantum personalibus accipiatur: necdeo necesse est, cum Hottoman. adiicere verba *summove est*, & ita gl. notat, eum qui tenetur actione in rem, largo modo dici debitorem, de quo plura *Iason. hic. numero* 98. Significant autem verba hæc, *Quod sibi debetur* non definiri actionem ita in genere, ut etiam persecutionem criminalem, quæ in specie accusatio dici solet, & qua intelligitur peti & exigi, quod Reip. debetur & eius interest, comprehendat. Etenim Iustinianus istam tractationẽ accommodat ad præcedentia, in quibus egit de dominio & obligatione, & quatenus privato aliquid adquiritur: ex quibus nascuntur actiones civiles, quæ hic definiuntur. Popularis tamen actio sub hanc definitionem commode referri potest, & forte etiam debet: quippe cum una & altera popularis actionis species tit. præced. proposita sit, & quædam etiam proponantur *in §. pœnali* 12. *infra h. tit.* Et ad *§. 1. eo tit.* diximus eam esse actionum popularium naturam, ut pœnam consequatur ipse actor. Et utcunq; actiones hæ nulli propriæ sint, sed quivis eas movere possit *l. 1. de popul. act.* attamẽ lite contestata fiunt propriæ eius qui præverit *l. ult. §* 12. *de verb. sign.* & tum adeo recte ei deberi dicitur: & id tum vel maxime obtinet, ubi is agit, cuius interest, qui etiam in concursu aliis præfertur *l.* 3. §. 1. *de popularib. act.* Et quod aliquando ex causa popularium actionum pœna fisco applicatur, in singulare est, nec propterea tollit regulam. Illud apparet, quod hic intelligatur debitum civiliter, non naturaliter tantum ex quo non est actio: & notat *Iason hic n.* 106. Ut spectatur hic ius actoris, cui aliquid debetur, vel quius habet agendi, ut maxime non habeat reus quod solvat. Idque eo amplius spectat & pertinet, ut licet quis intuitu litis contestatæ non potuerit iure conveniri, consistat tamen actio & sequitur condemnatio, si tempore sententiæ res sit in eo statu, ut tum reus con-

conveniri ab initio iure posſit, de quo & de ſuperve-nienti iure poſt litem cont. agemus ad §. *ſeq.*

TEXTUS.

1. Omnium autem actionum, quibus inter aliquos apud judices arbitroſve de quacunque re quæritur, ſumma diviſio in duo genera deducitur: aut enim in rem ſunt, aut in perſonam. Namque agit unuſquiſque aut cum eo qui obligatus eſt ei vel ex contractu, vel ex maleficio: quo caſu proditæ ſunt actiones in perſonam, per quas intendit, adverſarium ei dare aut facere oportere, & aliis quibuſdam modis: aut agit cum eo, qui nullo iure ei obligatus eſt, movet tamen alicui de aliquâ re controverſiam: quo caſu proditæ actiones in rem ſunt: veluti ſi rem corporalem poſſideat quis, quã affirmet Titius ſuam eſſe, poſſeſſor autem dominum ejus ſe eſſe dicat: nam ſi Titius ſuam eſſe intendat, in rem actio eſt.

COMMENTARIUS.

1 *Vnde ſumta ſit hæc diviſio, & actionum in rem & perſonam diſtinctio qualis.*
2 *De actionibus mixtis.*
3 *De officio iudicis vel eius imploratione.*
4 *Arbitri qui dicantur.*
5 *An obligatio recte dicatur actionis mater.*
6 *De cauſis actionis in perſonam.*
7 *Quid ſit facere & dare.*
8 *Qui ſint illi alii quidam modi.*
9 *Ad* l. 1. in pr. de obl. & act.
10 *An actio in rem habeat nullam obligationem.*
11 *Varia diſtinctiones dominii.*
12 *Quid ſi poſt lit. cont. ſupperveniat dominium.*
13 *Quid ſi rem tum dolo poſſidere deſiit.*
14 *Quid ſi ante dolo poſſidere deſit.*
15 *Sententia hoc caſu lata non poteſt mandari executioni contra poſſeſſorem.*
16. *Ad* l. 11. §. 1. & l. 13. §. 1. de iureiur, & ad l. 7. §. 7. de publ. act.

DEfinitionem ſequitur diviſio actionum principalis in rem & in perſonam. At cur non præmittitur illa quæ eſt *in §. ſed iſta inf. h. t.* quod aliæ ſint civiles aliæ prætoriæ: quæ enim eſt ratio cauſæ, eadem eſt effectus: atquin ita primo dividuntur obligationes *ſup. de obligat.* quod aliæ ſint ex prætorio, aliæ ex civili iure. Recte Iaſon ait *n.* 15. nihil in hoc eſſe utilitatis, & nihil referre, utra diviſio præmittatur. Et poterant ita primo dividi obligationes, quod aliæ eſſent ex contractu, aliæ ex maleficio; & rectius forte ex cauſa proxima, & ex qua magis eſſentia obligationum cognita fuiſſet; quæ non cognoſcitur ex cauſa remota, quæ eſt, jus prætorium & civile. Et ita † quoq; 1 ab hac diviſione actionum in rem, & in perſonam cognoſcimus, quæ ſit natura actionum, à cauſa nimirum efficiente. Licet enim ſi verba ſpectemus, in rem & in perſonam, videatur diviſio deſumpta ab objecto, attamen dependet hoc à cauſa efficiente quod actiones in rem, aut in perſonam ſunt, & dicuntur, ut apparet ex *l. actionum* 25. *D. h. t.* Cauſa enim efficiens actionum in rem, eſt jus in re, actionum in perſonam cauſa eſt, obligatio: quæ ratio diſtinguendi *hoc ipſo* §. ſubiicitur. Hinc enim fit, ut actio quidem in rem detur contra quemcunque poſſeſſorem: ſed in perſonam detur in eum, qui obligatus eſt, & adeo ſemper in eundem *d. l.* 25. Quandoquidem ius in re non manet ſemper in eodem, ſed in alium transferri omnimodo totum poteſt, veluti eſt dominium: Sed obligatio à perſona eius, cui eſt adquiſita ſemel, avelli & ſeparari & in alium transferri non poteſt. Atquin dixerit quis hinc effici, non ut per actionem realem conveniri quivis poſſeſſor, per perſonalem unus tantum poſſit conveniri; ſed hoc, ut actio in rem cuicunque, qui dominium habet, vel jus in re, ſed in perſonam uni tantum competere poſſit. Sed juvanda & explicanda ratio eſt, quod obligatio implicat relationem, & proponit & præſupponit obligatum, & cui obligatio adquiſita eſt; nec magis obligatio ab illo quam ab hoc poteſt ſeparari; imo effectu ab illo minus; nam invito debitori nullus ſubſtitui poteſt debitor, ſed poteſt effectu alius ſubſtitui creditor, invito etiam debitore: nimirum non ita ut alii adquiratur illa obligatio, quæ perpetuo hæret in creditore, & conſequenter etiam actio: ſed ut alius, vel ex mandato creditoris, vel etiam citra mandatum utilibus actionibus experiatur, non tamen citra voluntatẽ & factum aliquod præcedens creditoris, quod utilibus actionibus præbet cauſam. Et ita nimirũ ius eſt, ut per procuratorem quiſque inſtituere poſſit actionem civilem, ſed ut hic experiatur nomine creditoris, actionibus in ipſius creditoris perſona manentibus. Tum etiam hoc receptum eſt, ut creditor nomen & actio-

nem vendere, donare, legare, & aliis modis poſſit transferre; non hoc effectu, ut actio, vel obligatio transferatur ad eum modum quo aliæ res venditæ corporales, ſed hoc effectu, ut ex contractu poſſit conveniri venditor, ut cedat actiones, quo facto emptor conſtituitur procurator in rem ſuam, quia in ſuam utilitatem agit, cum precium pro actione dederit, ſed & ſic manent directæ actiones apud venditorem, quas nomine ejus, ſed in commodum ſuum exercet emptor. Quoniam autem fieri poterat, ut non cederentur actiones; ideo Impp. ex æquitate emptori actionem utilem conceſſerunt *l. ſi cum* 16. *in princ. de pact.* quod obiter & ſummatim adjicere viſum fuit, quia plenius explicavi in *Tract. de action. diſput.* 4. Contrario modo res ſe habet in actionibus in rem. Et ſicut jus in re una cum ipſa re plane poteſt à perſona in perſonam transferri, totum & directum: Ita ex altera parte quoque res quam ea actione perſequimur, in alium transferri, & per mille quoque manus, ut loquuntur Dd. ambulare poteſt. Itaque formula actionum in rem abſoluta eſt, Ajo hanc rem meam eſſe: ſed perſonalium eſt relata: Ajo TE mihi dare oportere, poſſit tamen ſi omnino à cauſa efficiente diſtinctionem ſumere velimus, etiam ſecundum verba, ita diſtingui actio; quod alia detur ex jure in rem, alia ex jure perſonali. Et forte ſi accuratius loqui volumus, fatendum omnino eſt, diviſionem noſtri §. eſſe ab objecto, ſed ut ratio ita dividendi à cauſa efficiente ſumta dicatur. Eſt autem iſta oppoſitio membrorum commode accipienda: non quod hic perſona, illic res conveniatur: (quam vis ita in caſibus ſingularibus loquantur, & aliquantum improprie Juriſconſulti in *l. Impp.* 7. *de public. l. denique* 19. *de jure fiſci*) ſed quod hinc perſona conveniatur propter rem, illic perſona non propter rem, ſed quoniam obligata eſt, ut tamen hoc reſpective accipiatur; nam in obligationem deducuntur res, & quiſque etiam ex obligatione agit, ut rem conſequatur, ſed actione in rem propter hoc ſolum quis tenetur, quod rem tenet, itaque etiam ſi rem defendere nolit, evitat actionem *l. ultim. de rei vindic.* ſed actione in perſonam quis tenetur, quod v.c. promiſit ſe quid daturum facturumve, & ſine conſideratione an rem teneat, nec ne, ob hoc ſolum quod promiſit, convenitur. Sed porro hic 2 objicitur, non † duas, ſed tres eſſe ſpecies actionum, cum ſint quædam mixtæ in rem & perſonam ſimul, §. *quadam* 20. *inf. h. t.* quas vere tales & mixtas eſſe probavimus *Tract. de Act. diſp.* 2. Itaque reſpondere non poſſumus quod alii, & nimirum *Ioh. Fab. Nic. de Neapol. & Iaſon num.* 27. *bis*, eſſe revera eas perſonales, licet ſecundum quid & minus principaliter in rem quoque eſſe dicantur. Doctores poſt gl. ſimpliciter reſpondent, quod ſub ſimplicibus contineatur etiam mixtum; ſicut & conditiones & obligationes diſtinguuntur, quod ſint vel in dando, vel in faciendo: & tamen eſt quædam mixta, ut docet ICtus in *l. cum ſervus* 82. *de condit. & demonſtrat.* Et propter ſingulares quoque ſpecies aliquas non protinus tertium membrum conſtituendum eſt; ſed & non poteſt dici tertium membrum omnino facere, & à duobus illis diverſum eſſe, quod participat de utroque; cum præſertim mixtæ actiones quas dicimus, quaſi duplices ſint actiones, in quibus & obligatio & dominium concurrit. Et ſi quis velit nimium urgere, diſtinguam primo actionem in puram & mixtam, & tum puram, quæ vel ſolum realis, vel ſolum perſonalis ſit. Sed non ſunt iſta tanti.

Videamus porro verba textus, & inde in ſpecie de actione in rem aliqua tractemus. Ait Juſtin.

Omnium actionum] Actiones intelligit, quas definivit: ſub quibus dubio procul etiam extraordinariæ perſecutiones continebuntur, quæ olim cognitiones prætoriæ erant, hodie veræ, & propriæ ſunt actiones. At quid de officio judicis, id eſt, imploratione officii judicis: ita enim, (ne quis eos alius tam ineptos putet) Doctores intelligunt, dum quærunt, an officium † judicis ſit actio, ut inprimis explicat hoc *Iaſon* 3 *ad princip. h. t. num* 54. Et intelligitur imploratio officii nobilis, ut dicunt; nam de eo officio quod ſubſervit actioni nulla quæſtio eſt. Animadverto à Dd. officium judicis ſive implorationem officii valde confuſe & ambigue ſumi, aliquando etiam officium mercenarium comprehendere, aliquando etiam perſecutiones extraordinarias; aliquando etiam, quæ à mero & puro arbitrio judicis dependent. Velut ut probent, non naſci hanc implorationem ex obligatione, adducunt *l. per collationem* 49. §. 1. *de action. empt. Iaſ. n.* 60. *ad pr.* quæ perſpicue loquitur de officio Mercenario, ex quo adjudicantur uſuræ ex mora; ex quo ſimul apparet, fallaciam committi in verbo obligationis; uſuræ enim illæ non debentur quidem ex conventione; ſed tamen revera ita diſponente jure, debentur, quomodo paſſim Leges loquuntur; itaque etiam Jaſon citato loco concedit, eſſe ex obligatione & in obligatione, latius ſumpta. Porro *Iaſon ad hunc* §. 1. *num.* 54. & 55. ut probet officio judicis accedere fidejuſſorem, hoc argumento utitur, quod debito ex cauſa fideicommiſſi potuerit accedere fidejuſſor; & nomina-

nominatim scribit, qūod non jure actionis, sed tantum officio judicis petita fuerint fideicommissa, per *l. pecunia* 178. *de Verb. Signif.* Ubi partim verum, partim falsum dicit, & ignorantia juris veteris ostendit; ordinariis actionibus in specie sumptis fideicommissa olim non petebantur, quia non cognoscebat super iis pedaneus judex ex formula; sed prætoriæ erant cognitionis, & ut sæpe diximus, dicebantur extraordinariæ persecutiones. Ceteroquin ab actionibus, proprie & in specie dictis essentia diversæ non fuerunt; quippe cum prætor super fideicommissis ex causa justa (scilicet post Augustum, ut sup. *lib.* 2. *ad tit. de fideicomm. hared.* diximus) descendentibus, non minus quam super legatis necesse haberet jus dicere; quæ & earum cognitionum fere ratio fuit, de quibus *lib.* 50. *Dd.* proprio tit. tractatur. Itaque ambigue quin potius male ad simplicem officii judicis imploratione referuntur. Denique ex Interpretibus refert ad *pr. hujus tit. n.* 65. Jason, quod officium judicis misericorditer implorari debeat; quo nihil falsius dici potest, si hoc ad fideicommissorum & alias persecutiones extraordinarias transferre quis velit, imo etiam ad alia, de quibus in *l. actionis* 37. *h. t.* nec verum esse potest nisi in iis, super quibus nihil Lege, aut aliquo edicto cautum est, aut quæ forte in processu ex causa incidenter petuntur. Apparet igitur omnino de officio judicis tam diversa, vitiose proponi & affirmari. Itaque tironum causa ne quis hic decipiatur, ista explicanda sunt. Et quod ad officium attinet, quod mercenarium vocant, & quod subservit actioni, & per pedaneum judicem exercebatur (officium scilicet in specie dictum: Ceteroquin quidquid facit judex etiam juxta formulam & obligationem, ex officio suo facere dicitur) quæ ad illud spectant, sunt tantum accessiones, veluti usuræ ex mora, impensæ litis, aut etiam impensæ aliæ in rem in rei vindicatione *l. sumptus* 48. *de rei vind.* itaque una cum ipsa principali actione, aut pendente adhuc judicio in bonæ fidei & arbitrariis actionibus petenda sunt quibus alias per sententiam finitis, nulli super iis petitioni locus est, ut docet *d. l. per collusionem* 49. §. 1. *de act. empt.* Quod officium nobile attinet, rursus secernenda sunt, quæ in mero arbitrio prætoris posita sunt, (de quibus verum esse potest, quod quasi misericorditer imploranda sint) & quæ talia non sunt, desuper quibus prætor proposuit edictum, velut, ut præstetur cautio legatorum, aut damni infecti; quæ licet revera & loquendo proprio obligationem aliquam præcedentem non habeant, tamen quoniam prætor semel in genere se jus de iis redditurum proposuit, etiam illud super iis reddere necessum habet, quo pertinet *d. l. actionis* 37. *h. t.* Vitiose autem huc referuntur, quæ olim persecutiones extraordinariæ appellabantur, & quæ hodie à ceteris actionibus non differunt, & habent præexistentem aliquam obligationem, veluti petitiones fideicommissorum, &c. Hæc ad istam rem sufficiant.

Quibus inter aliquos.] Sunne igitur actiones, quæ apud judices arbitrosve non disceptantur? Nullæ penitus; quod Doctores omnes agnoscunt; & respondent, ut post eos refert *Iason hic num.* 24. quod quando relativum quis, vel qui, adjiciatur qualitati, quæ competit unicuique contento sub genere antecedenti, tunc relativum stat declarative & non restrictive. Sed nimis putidum est, in his laborare; quasi ita accuratissime semper Jurisconsulti locuti fuissent: satis est constare de re ipsa, quod actiones apud alios quam judices, aut magistratus institui non possint.

Judices arbitrosve.] Judices, qui sint, alibi docetur; in specie solet usurpari jure nostro hoc verbum de judicibus pedaneis & datis; sed generalius etiam continet magistratus, qui de causis cognoscunt, & in summa nemo potest cognoscere de causa, & sententiam ferre, nisi sub qualitate judicis, & ut judex; adeo poterat sufficere dixisse, *apud judices*, sed adjicere visum fuit, quoniam sunt judices, qui in specie appellantur arbitri. Nihil autem huc pertinent hi, quod Dd. vocant † arbitratores, qui tamquam amici & quasi transigendi gratia interveniunt: nihil etiam, qui judice recusato tantum de causis suspicionis cognoscunt juxta jus Canonicum, sed pertinent huc arbitri, qui jure civili suspecto judice eliguntur, quoniam hi non de causis suspicionis, sed ipso negotio principali cognoscunt, juxta *l. apertissime* 16. & *l. ultim. C. de judic.* adeoque miror *à Iasone hic num.* 9. scribi, quod de his arbitris textus hic non loquatur utique ad eos quoque recte applicatur. Pertinent huc etiam arbitri, qui electi a partibus compromissarii dicuntur, quoniam licet revera judices non sint, tamen ad instar judicum procedunt *l. 1. de recept. arbit.* & eorum pronunciata licet non directo, attamen obliquo, & vi stipulationis pœnalis effectum habere solent: Rursus autem hic errat Jason cum aliis d. loco, quod ad istos restringit hunc locum. Sed enim crediderim, nec de illis, nec de his principaliter cogitasse Justinianum, sed magis de judi-

cibus, qui judiciis arbitrariis & bonæ fidei addicebantur? quippe quibus laxior erat ex formula judicandi potestas, & maxime quod in illis sententia quædam quæ arbitrium dicebatur, præcedebat, ut dicemus ad §. *praterea* 33. *infra h.t.* Et maxime in judiciis divisoriis famil. ercisc. & jud. comm. divid. arbitros appellatos fuisse plusquam constat. Atque ita in *l. à divo* 15. *in prin. de re iud.* arbitri à prætori dati dicuntur, & passim alibi.

Cum eo, qui ei obligatus est] Subiicit, *vel ex contractu, &c.* Ita contractus obligationis, & hæc actionis causa est. Quibus verbis uti præstat, quam tropicis & metaphoricis, quod obligatio sit mater actionis ut loquuntur Dd. & inde multas disputationes & nugas concinnant, obligationem civilem patrem, & naturalem † appellantes matrem; & quid ni eadem ratione contractum patrem, aut matrem obligationes vocant? aut omnem causam vocant matrem effectus sui? Non damno plane quo minus ita liceat loqui, sed non fero, ut huiusmodi tropis abuteamur ad nugas; quarum aliquas examinabimus, ad *tit. de exception. infr.* ubi de exceptione rei judicatæ; & cujusmodi est, quod Iason obiicit opinioni illi ad *l. princ. tit. num.* 8. non fieri posse, ut mater & filia existant eodem tempore, cum tamen obligatio statim posita ponat etiam actionem. Equidem si argutari liberet, dicerem matrem, qua relativum est, non existere ante filiam, qua scilicet demum nata incipit esse mater. Sed ineptum nimirum est, ab appellationibus metaphoricis ejusmodi ducere argumenta. Utuntur vulgo in textu *l. licet* 42. §. *de procur.* ubi obligatio dicitur parere actionem. Sed ut dixi, est locutio figurata & effectum quoque causa recte dicitur parere.

Cum igitur obligatio sit causa actionis, apparet non esse veram Placentini sententiam ad *princ. h. t.* quod actio & causa sit unum & idem. Et cum ipse utatur hoc exemplo, *redde centum, quia tibi credidi*, utique apparet hoc *quia credidi.* non esse actionem, de quo pluribus *Ioh. Fab. Angel. & Iason ad princ. tit. n.* 23. Nec moveor *l. & an eadem* 4. §. 2. *de exception. rei iud.* nam huiusmodi quæstiones ex textibus juris decidendæ non sunt, neque semper propriis verbis JCti utuntur; & in fundamento actionis consistit sane vis actionis; & causa potest sumi pro tota controversia quæ agitur in judicio, quomodo verbum *causæ* in *d. l.* 14. accepisse videtur JCtus.

Vel ex contractu, vel maleficio.] Apparet subintelligi etiam quasi contractus, & quasi maleficia.

Prodita sunt actiones in personam.] Nam ex contractibus † & maleficiis solæ actiones personales nascuntur: Et hæ sunt principales causæ actionum in personam: sed tamen non omnino solæ; & dantur actiones in personam quæ nec ex contractu, nec ex maleficio nascuntur: nimis enim varii & multi sunt casus, quibus sæpe ex æquitate per actionem in factum succurritur, quæ subsidiaria est: nec esset talis, si certam causam agendi, contractum, aut maleficium haberet; veluti qui servum misericordiæ causa soluit, & tenetur actione in factum §. *ultim. supr. ad L. Aquil.* vix est ut ex delicto possit dici obligatus; vix etiam ex contractu specie *l. si me* 32. *de rebus cred.* & aliis plurimis causis; sed & actiones quæ vocantur à Dd. dativæ, de quibus infra dicemus, nec contractum, nec maleficium causam habent. Quinimo, quidquid alii putent, pacta legitima ex quibus nascuntur actiones personales, contractus non sunt.

Dare, aut facere † oportere.] Verba hæc formulæ actionis personalis, sunt explicanda ex distinctione obligationum & stipulationum. quod sint vel de dando, vel de faciendo, §. *ultim. supr. de Verb. obligat. l. 2. in princip. l. 5. §. 1. de Verb. obligat.* Quod enim in hac divisione est, *dare facere*, idem est in hac formula. In ea autem divisione *Dare* est dominium transferre *l. ubi* 75. §. *ult. de V. O.* hæ enim dicuntur obligationes dandi, & quæ nominatim distinguuntur ab obligationibus, de tradendo, & si quis promittat, tradere *l. si rem* 28. *de V. O.* idque est quod dicitur in *l. si ita* 25. §. 1. *de contr. empt.* eum, qui fundum stipulanti spopondit, cogi, ut fundum ejus faciat. Itaque siqui dem illa stipulationum, & obligationum divisio, totum exhaurit, oportet, ut stipulationes de tradendo, referamus sub eas, quæ sunt de faciendo, quod præter *d. l.* 28 *de Verb. Oblig.* probat *d. lex ubi* 75. §. *quid* 7. *& l. stipulationes* 72. *in princip. eod. tit.* ubi nimirum hoc tantum agitur, ut stipulator possessionem rei consequatur, itaque etiam hoc modo quisque rem suam recte stipulatur ut docuimus supra ad §. 1. *de inutilib. stipulation.* Porro faciendi stipulationes eius naturæ sunt, ut non ad ipsum factum, sed tantum ad interesse agatur, *l. si quis* 13. §. 1. *de re iudic. d. l. stipulationis* 72. *in fin. princ. de Verb. Obligat.* & diximus ad *d. §. ultim. de V. Ob.* ubi propterea monet Iustinian. expedire, ut stipulationi de faciendo, subjiciatur stipulatio pœnalis certæ pecuniæ. Ex quibus intelligi volo, hanc formulam, *dare facereve* oportere, minime omnibus actionibus personalibus convenire: quia nego eam convenire omnibus actionibus ex contractu; nego, inquam, ita ex deposito, commodato, aut pignore agi; neque enim commodans, aut

aut deponens agunt, ut ſibi detur, cum utique depoſitarius & comodatarius non ſint domini: nec etiam proprie ad faciendum ſunt obligati, ſed ut rem, quam à me acceperunt mihi reddant; nec ego ad intereſſe & pecuniam numeratam ago, ſed omnino ut res mea mihi reddatur & reſtituatur, quod non venit ſub verbo facere, prout in illa diſtinctione obligationum & ſtipulationum uſurpatur. Itaq; ſtatuo à Iuſtiniano tantum pro exemplo hanc formulam propoſitâ fuiſſe; & hinc expeditiſſime & ſimpliciſſime explico, quod ſequitur, *& aliis quibuſdam † modis*. In quibus verbis ſe torquent Interpp. ut præ ceteris videre eſt ex Iaſon. *hic numer. 33. & ſeqq.* Communius probant, ut intelligantur quaſi contractus & quaſi maleficia. Verum quidquid etiam diſputent, & ut maxime verbum contractus proprie ſumptum non ſemper comprehendat quaſi contractus, tamen hic per contractus & maleficia Iuſtinianum comprehenſa voluiſſe quaſi maleficia & contractus, dubitari vix poteſt: Ceteroquin ipſum verbum *quaſi* nullo negotio adjeciſſet; & parum credibile eſt, ea ſignificari voluiſſe per verba *aliis quibuſdam modis*. Tum vero præcipue inepte & abſurde; hæc verba referuntur, ad remotius illud de contractu & maleficio; cum ultro apertum ſit, ad formulas, agendi pertinere, quod perſonalibus actionibus intendamus, *dare facere oportere*, & aliis quibuſdam modis & rectiſſime expreſſit Theoph. his verbis, καὶ ἐτέροις δὲ τρόποις δ' ἂν τὸ γένοιτο τῶν ἀγωγῶν. Et adeo quod attinet ad *l. 1. in pr. de † Ob. & Act.* dico male illum locum ad hunc textum explicandum transferri; quoniam ibi non de formulis agendi, ſed de obligationibus & earum cauſis quæritur. Et longe aliud eſt dicere, naſci obligationes ex variis cauſarum figuris: &, *agi aliis quibuſdam modis*. Itaque ut maxime concedam, in *d. l. 1.* ſignificari quaſi contractus & maleficia, non tamen ſequitur eundem eſſe ſenſum horum verborum in h. §. *aliis quibuſdam modis*. Et tamen, nec probo, ut in *d. l. 1.* intelligantur quaſi contractus & maleficia: ſed puto Iuriſconſultum innuere voluiſſe, quod in tanta diverſitate actionum & obligationum fontes earum non poſſint ad certa omnino capita revocari: ſed eſſe quaſdam obligationes, quæ nec ex contractu, aut quaſi, nec ex maleficio, aut quaſi deſcendunt. Longe ineptior eſt altera explicatio Accurſij de qua *Iaſon numer. 49.* de condictione furtiva: Quid enim ineptius, quam ſingularis actionis originem deducere ex variis cauſarum figuris, aut dicere, quod ex ea agatur aliis quibuſdam modis; plures enim actiones & plures agendi modos plurali iſto modo deſignari apertiſſimum eſt. Et cum in *d. l. 1. de O. & A.* agatur de obligationibus, non poteſt explicari de condictione. Sed & condictio furtiva, aut oritur ex maleficio vero, aut nullo modo ex maleficio oritur, de quo agemus *infr. h. t. § ſic itaque* 14. Ergo ut redeam unde diverti, ſenſus Iuſtiniani hoc loco eſt, quod actionibus perſonalibus non tantum *dare facere*, intendamus, ſed etiam aliter & aliis modis aliisque agendi modis utamur, & experiamur. Hinc apparet ineptire & *A. Fab.* qui 19. *conject.* 20. hæc verba *aliis quibuſdam modis*, ad cauſas obligationum refert: Ex adverſo apparet, ſine judicio à Fabro reprehendi Hottomannum, qui rectiſſime etiam animadvertit, in actionibus commodati depoſiti &c. non uſum fuiſſe actorem verbo dandi, aut faciendi, ſed alio quodam: Nec longe abit Cujacius, qui actiones ad exhibendum, *quod metus cauſa*, & ex cauſa interdictorum profert: quamvis actionem ad exhibendum non concedam eſſe perſonalem proprie loquendo, de quo in *§. præterea 13. infr. h. t.* Sed & exhibere, facere eſt, nec omnium ex interdictis actionum eadem eſt ratio. Non animadverto, qui hanc opinionem Cujacii improbet Faber; cum tamen ipſe in *ſi. cap.* explicet Iuſtin. ex *l. 1. de O. & Act.* (ſed vitioſe) & adducat ipſas has actiones in rem ſcriptas, & *quod metus cauſa*. Sed in eo inſigniter eſt ineptus, 1. quod ait iis agi, *facere oportere*, cum tamen perſpicuum ſit, à Iuſtinian. intelligi actiones, quibus aliis modis, ex non *dare facere oportere*, intendimus, ſed longe, 2. ineptior & plane ridiculus, quod negat actionem *quod metus cauſa*, eſſe ex delicto; ex ridiculiſſima ratione, quod delictum non admittatur in volentem, quod etiam coacta voluntas ſit voluntas; turpiſſimo & puerili errore, quem caſtigent pueri, qui principia Ethica à limine ſalutarunt. Nimirum, qui metu agit, vult hactenus, quia principium internum in ipſo eſt; & vult reſpective minus malum, ut evitet majus; quod minus malum hac conſideratione ſortitur naturam boni, & fit ita objectum voluntatis; Ceteroquin ſi liceret libere, utique hoc minime vellet, quod facit, & hinc negare illum committere delictum, v. c. latronem, qui metu mortis intentato, extorquet pecuniam, vel quid aliud, non eſt hominis ſani, nec ratione utentis; adeo ubique Faber nihil niſi nugas & errores fundit. Et non miror, ſed rideo judicium iſtius hominis, qui contra Hottoman. ut probet, etiam *reſtituere, exhibere* comprehendit ſub verbo facere, producit *l. verbum 218. de V. S.* ubi ſub verbo *facere*, etiam dandi cauſa contineri dicitur. Quanta hæc ſtupiditas! Ergo

nein hac formula quoque, dare erit fac ere? Idem in *l. faciendi* 175. *de V.S.* Et constat text. illos sub *tit. de R.I.* ad certas fere materias referendas esse: nec dubiū est eum aliquid facere, qui rem dati; sed alio sensu eo verbo hic utimur.

Cum eo, qui nullo jure obligatus.] Ergo actio in rem nullo modo est ex obligatione, & cum eo, qui nullo modo nobis obligatus est. At contra, qua actione peto quod mihi debetur, & cum eo ago, qui quid mihi debet, illa ago † cum eo, qui aliqua mihi est obligatus: siquidem debere præsupponit obligationem aliquam. Atqui actione in rem ago cum eo, qui debet mihi aliquid: ut definitio in *pr. tit.* docet. Ergo, &c. Additur hoc argumentum. Actio de peculio ex aliqua obligatione. Atquin actio de peculio est in rem. Ergo actio quædam in rem est ex obligatione. Ad probationem majoris adducunt, quod actioni de peculio, vel pro eo quod peti à patre potest, recte accipitur fidejussor *l. creditore* 18. *ad Macedonian.* ubi autem fidejussio ibi oportet obligationem aliquam subesse. Minorem conantur probare ex *l. quæsitum* 30. *in pr. D. de peculio.* Equidem omnino censeo fatendum esse improprie deberi dici, & multo magis, esse in obligatione, quod per actionem in rem petere possum; cum nihil inter me & possessorem actum sit, & nec contractus ullus, aut quasi, nec maleficium, aut quasi intercesserit; quo respectu Justin. ita loqui, dum ait in rem agi cum eo, qui nullo jure nobis obligatus est, ultro perspicuum est; siquidem hos fontes, actiones in personam præmisit, nimirum contractum & maleficium, omnino possessorem rei nostræ obligatum nobis esse non nisi improprie & abusive dici potest, ut quidem in materia hac verbum obligationis usurpatur. Idque satis est ad defendendum Justinian. hoc loco, & quod recte dixerit, in rem actionem cum eo esse, qui nobis nullo jure est obligatus. Quod attinet actionem de peculio, quæ ejus natura sit *infr. ad tit. quod cum eo, qui in al. &c.* dicemus. Interim illud certum est, proprie eam non esse actionem in rem, utpote quæ ex jure aliquo in re non oriatur: Sed est aliqua obligatio tum ex concessione peculii, tum etiam ex edicto prætoris, quæ ad hoc utique sufficit, ut fidejussor recte pro eo debito accipiatur; nec ut fidejussioni locus sit, oportet omnino propriam obligationem adesse, ex contractu, vel delicto præcedentem.

Quo casu prodita sunt actiones in rem.] Apparet ex seqq. causam actionum in rem constituendam esse *Jus in re.* Et principale nimirum jus in re est dominium, ex quo nascitur actio in rem per excellentiam ita dicta, & quæ intelligitur in dubio, ubi actionis in rem fit mentio *t. t. de rei vind.* & de qua hoc loco aliquid attingit Justinian. Ceteroquin cum etiam sint utiles actiones in rem, & ex aliis quoque juribus descendentes, dominium principalis quidem, sed non sola causa actionum in rem statuenda est. Et nota est vulgata distinctio † dominii Dd. in directum & utile, sive hoc (neque enim de verbis litigandum est) dominio jus proximum, aut affine dicere malis; ex quo est utilis actio, quæ datur emphyteuticariis, superficiariis &c. *l. in speciali* 73. §. 1. *cum* 2. *ll. seqq. de rei vindicat.* Rursus cum sit & actio publiciana in rem, quæ datur sub prætextu usucapionis completæ, dominium cum Dd. aliud verum, aliud quasi statuendum est. Amplius, cum & bonorum possessor, & qui ex decreto secundo in possessionem missus est, v. c. ex causa damni infecti haud dubie habeant in rem actionem cum domini dicantur & sint jure prætorio *l. 1. de bonor. possess. l. communi* 7. §. *plane* 9. *Commun. divid. ex si finit.* 15. §. *Iulian.* 16. & §. *postea quam* 33. *de damn. inf. l.* 5. §. 3. *inf. de reb. eor. qui sub tit.* dominium in civile & prætorium subdistinguendum est. Hoc autem tem. præcipue agitur de actione in rem directa, quæ ex dominio civili competit: de qua quæ dicuntur proportionaliter in ceteris speciebus dominii & juribus in rem obtinebunt.

Si rem corporalem possideat, quam Titius suam, &c.] Hic locus probat, quod Interpp. vulgo & latissime *Iob. Fab. Angel. & Iason.* hic tractant In actione in rem requiri duo, ut loquuntur, extrema, dominium ex parte actoris, & possessionem ex parte Rei conventi; sicut enim actio in personam requirit, ut actor rem sibi habeat obligatum; ita actio in rem requirit, ut actor habeat jus in re, & reus rem restituere possit. Sed quid si quis per errorem, vel mendacium impetret actionem in rem, & post litem demum contestatam superveniat † ei dominium? Jus Canonicum definit in *cap. 3. abbate, de re judic. in VI.* nihilominus condemnandum reum; quo aliqui simpliciter proponunt, alii, ut Joh. Faber tantum de æquitate Can. procedere putant. Et sane à parte actoris cum res in judicium deducatur, non recte argumentamur à persona Rei cui post litem contestat. possessio supervenit, de quo statim dicemus. Aut an dicimus tempus litis contestatæ, & formulæ, *si paret rem Titii esse*, videtur satisfactum, si judici postea probet actor rem suam esse. Sed resistit *l. non videtur* 23. *de judic.* non postea probet actor rem suam esse. Sed resistit *l. non videtur* 23. *de judic.* non posse videri in judicium venisse,

nisse, quod post litem cont. accidit. Quod si dominium illud quod post consecutus est actor, negemus venisse in judicium, fieri non potest, ut ex eo sententiam ferat & reum condemnet judex. Et hoc videntur animadvertisse Doctores, qui distinguunt inter judicem ordinarium & delegatum, qui nimirum inferior pedanei judicis est, (quamvis delegato suo plura tribuant Dd.) Nam sane ubi ipse ordinarius magistratus judicat, absurdum sit, ut absolvat reum, ubi actor jam saltem dominum se esse probat. Sed olim limitata & adstricta judicis pedanei potestas, faciebat ut in terminis propositis condemnare non posset reum, Sed necessum erat, ut à prætore aliam formulam peteret actor, juxta *dict. leg.* 23. ubi dicitur, nova interpellatione esse opus; neque actori ex nova causa petenti poterat objici exceptio judicati. At ubi ipse magistratus judicat, non habet actor à quo novam formulam petat; & putidæ essent ambages, si magistratus absolveret reum, quem mox alio judicio necessario condemnaret. Impensas tamen forte actor præstare cogitur, de quo agemus *inf. in materia plus petitionis.*

sirem corporalem.] Agit enim hic de vindicatione magis in specie dicta, & de vindicatione rerum incorporalium tractatur §. *seq.*

Possessor autem.] Ex parte Rei requiritur, ut sit possessor: quoniam, ut dicemus, *in fin. §. præterea* 31. est hæc actio arbitraria, qua jubetur reus restituere rem; & actor propterius in re quo habet, rem sibi asserit, eamque sibi restitui repetit; nec restituere rem potest, qui eam non possidet. Hic autem certo iure traditum est, si modo post litem contestatam possessionem adeptus sit reus, recte eum condemnari *l. fin autem* 27. §. 1. *de rei vindicat.* quin amplius dicunt Dd. ut refert *Iason hic num.* 23. ℣ post sententiam superveniat possessio Reo, sententiam mandati executioni per *l.* 9. §. 1. *de except. rei judic.* qui tamen textus hoc non probat, sed magis ostendit, nova opus esse actione, quæ eadem ratio facit, ut si qui initio possidebat, post sine culpa sua amiserit possessionem, debeat absolvi *d. l.* 27. §. 1. *l. si rem de except. rei jud.* Quod si enim dolo possidere desierit succedit regula iuris, quæ pro possessione ait esse dolum *l. qui dolo* 131. & *l. parem* 150. *de Reg. Iur.* id est perinde damnatur ac si adhuc possideret; & nimirum, quæ natura istius judicii est, iubet eum restituere, primum iudex, quod si non faciat reus, condemnatur, quanti actor in litem iuraverit. Nec enim attendit iudex quod reus, qui dolo possidere desiit, rem restituere non potest; sed quia dolus pro possessione est, & ut locum possit fieri sententiæ finali in æstimationem iuratam, arbitrium illud de restituendo, non minus ac si vere possideret, præmittit; quomodo in petitione hæreditatis malæ fidei possessor iubetur, res licet apud alium extent, restituere, & si non faciat, contra ipsum in litem iuratur *l. item* 20. §. *ultim. de petit. hæredit.* Quæ si attendissent aut intellexissent Interpp. non multa inepte quæsivissent, & respondissent, velut pro re magna hic tractant; ut refert *Iason numer.* 82. an ubi post litem cont. Reus desiit † dolo possidere, condemnari possit virtute dire- 13
ctæ actionis, an nova instantia & novo iudicio opus sit: Postquam enim constat, dolum istum non posse prodesse Reo, & eum pro possessore haberi, utique necessario consequitur quod Reus ex eadem actione condemnetur: siquidem, ut dixi, iudex nihilominus iuxta naturam actionis procedit, &, si res non restituatur, quanti in litem iuraverit actor, condemnat. Quæ ratio facit, ut etiam contra eum debeat & possit dari rei vindicatio, qui ante litem contestatam dolo desiit possidere. Quod quia post Abbat. Panorm. diserte negant magnæ autoritatis J Cti *Iason in h. §. num.* 78. & *ibid. Zasius num.* 22. iuvat paulo accuratius confirmare, Et 1. regula indefinite proponitur supra citatis textibus quod dolus pro possessione † habea- 14
tur, & in *l. ad ea* 157. *vers. semper de R. I.* ICtus eum, qui dolo fecit, quo minus haberet, pro eo habendum ac si haberet. 2. Confirmatur exemplis aliarum actionum. Actio noxalis sequitur caput, quod noxam commisit, & contra possessorem servi datur §. *omnis* 5. *inf. de noxal. act.* Sed non minus tenetur, qui servum dolo possidere desiit *l. si bona* 12. *l. electio* 26. §. 1. *de noxal. act.* Ita Interdictum datur, ut restituatur quod in loco publico factum est, *l.* 2. §. *prætor* 15. *Ne quid in loco public.* & tamen etiam tenetur, qui dolo malo fecit, quo minus possideret *d. l.* 2. §. *hoc Interdictum* 42. Tertio & magis ad rem, si actio ad exhibendum datur adversus eum, qui dolo malo possidere desiit. Ergo etiam actio hæc in rem. At verum prius. Ergo &c. Si dari actionem probamus, efficimus utique, ante litem cont. possessionem amissam: quoniam ubi post lit. cont. desiit possidere, iam non de danda, sed continuanda actione quæritur. Ratio connexi est, quod non magis exhibere potest, qui non possidet, quam restituere. Assumptum probatur textibus expressis *in l.* 2. §. *ultim. de sign. junct. l. Iuliamus* 9. *in pr. ad exhib. l. in rem.* 22. §. *pen. de rei vindic.* Et quod ad ipsam vindicationem attinet, eam competere contra eum, qui dolo malo possidere desiit, probat *d. l.* 23. §. *pen. junct. l. qui res* 98. *in fin. de*

solut.

Digitized by Google

ſolut. ubi dicitur tignum poſſe vindicari: quod non niſi de utili vindicatione tamquam contra eum, qui dolo poſſidere deſiit, accipi poteſt. Expreſſus textus & in terminis eſt *in l. fin autem* 27. §. 2. *de rei vind.* Equidem nota ubi Acc. non ſatis bene inferri à petitione & judicio univerſali ad ſingulare: & ſtilus arguit eum locum corruptum à Triboniano. Sed tamen ſi ponas etiam eum, qui pro hærede mala fide ſe geſſit, nihil amplius poſſidere, ſed quidquid habuit dolo malo poſſidere deſiiſſe, & contra eũ nihilominus dari petitionẽ hereditatis. (Et loquuntur textus generaliter *in l. item* 20. §. *prater.* 6. *in fi. l. ſed etſi* 25. §. *ſi ante* 7. *in fin. de petit hered.*) optima illatio eſt, & faciunt prædicta ut *d. l.* 27. §. 3. *de rei vind.* nihil contra rationem juris reſponſum videri poſſit. Accedit *l. qui petitorio* 36. *de rei vind.* ubi dicitur, eum qui uſurus eſt rei vindicatione ne fruſtra agat, diſpicere debere, an is quem convenire vult poſſideat, aut dolo deſierit poſſidere, quibus verbis innuit JCtus, etiam hoc caſu recte fundari rei vindicationem: Unica objectio colligitur ex Iaſone & Zaſ. *dd. locis*, quod prætor ſpeciale Edictum propoſuerit contra eos, qui metu futuri judicii in fraudem actionis rem alienant: quo judicio & edicto non fuiſſet opus, ſi conveniri potuiſſet vindicatione. Sed cum iſtud edictum polliceatur actionem non tantum contra eum, qui metu actionis in rem, ſed etiam ad eludendas alias actiones rem alienavit ſequeretur, nullam actionem dari poſſe in eum, qui dolo malo poſſidere deſiit, tamquam adhuc poſſideret, quod ex prædictis manifeſto falſum eſt apparet.

Et igitur fatendum eſt, poſſe utrumque remedium alternative concurrere. Et actio ex illo Edicto competit ſimpliciter ad id quod intereſt, manente ſalva actione directa contra eum qui poſſidet: ſicut & tum cum qui dolo deſiit poſſidere, æſtimationem litis præſtitit (quippe pro dolo ſuo & quaſi in pœnam) *l. nec ullam* 11. *pen. in fin. de petit. hered. l. Stichum* 95. §. *dolo* 9. *de ſolutionib.* Ratius nihil obſtat *l.* 3. *ultim. de alien. jud. mut. cauſ.* quoniam hoc quidem verum eſt, eum qui vult ſuſcipere utile judicium tamquam poſſeſſor, evitare judicium de alien. jud. mut. cauſ. tum enim nihil intereſt actoris: ſed non verum eſt, quod qui vult ſuſcipere actionem ex Edicto, evitare poſſit utile judicium rei vindicationis. Quinimo dupliciter probatur ex *d. l.* §. 3. *ultim.* ſententia quam defendo: tum quod ſi ratio juris adverſaretur, & impediret, ne actio in rem daretur contra eum qui dolo deſiit poſſidere, non poſſet facere voluntas Rei ut recte inſtitueretur actio, tum, quod ſi utile judicium haberet locum contra eum, & in eum datur, qui dolo deſiit poſſidere: ſequitur neceſſario, quod deſierit poſſidere ante litem conteſtatam, quoniam ſi poſſideat tempore litis conteſtatæ, actio eſſet directa, quæ ob eventum & dolum ſecutum non poteſt mutari in utile, per ea quæ paulo ante diſputavimus.

Ex his etiam apparet, ineptam eſſe ſententiam Dd. quos refert *Iaſon. hic n.* 83. qui putant, ſententiam latam † contra eum qui dolo poſſidere deſiit, poſ- ‡ ſe executioni mandari contra poſſeſſorem ſine novo libello: quoniam ſententia fertur contra ipſum reum, qui dolo poſſidere deſiit, & contra ipſum mandatur executioni: non quidem juſſum de reſtituendo, ſed quæ ſequitur ſententia, quanti actor in litem juraverit. Qua executione non obſtante, ut paulo ante probavimus, competit domino adhuc actio contra verum poſſeſſorem: adeo id quoque ineptum & ex ignorantia veteris juris profectum, quod Iaſon menti tenendum eſſe monet: licet ſit opus novo proceſſu, non tamen eſſe opus novo libello.

Poſſeſſor dominum ſe dicat] Antiquiſſimo jure ita obtinebat, ut *Boet. in comment. ad Topica Cicer.* docet, ut poſſeſſor conventus rei vindicatione & ipſe contra vindicaret: & ita mutua fieret vindicatio, ut Gellius refert *lib.* 20. *cap.* 9. Conſtat id poſtea neceſſarium non fuiſſe, nec hoc quoque, ut poſſeſſor titulum poſſeſſionis ſuæ diceret *l. cogi.* 11. *Cod. de petit. hared.* & abſolutum fuiſſe poſſeſſorem, dominio per actorem non probato, licet ipſe poſſeſſor nihil præſtitiſſet §. *retinenda* 4. *verſ. commodum infra de Interdict.* adeo ut licet ex ſuperfluo in ſe ſuſceperit onus probandi dominii, & in eo ſuccubuerit, non tamen auferatur ei poſſeſſio, ſi actor intentionem ſuam non probaverit, ut recte *Iaſon hic num.* 111. ubi monet cautus futurum reum ſi nihil in ſe ſuſcipiat, niſi actor probaverit: ſane enim adhuc audietur ſi velit probare ſe eſſe dominum *arg. l. ſi quidem* 9. *C. de except.* & *l. exceptionem* 19. *C. de probation.* cujus probationis hunc effectum notant Dd. ut petere poſſit, pronuntiari pro ſe quod ipſe ſit dominus: quæ ſententia eum contra quemcunque alium agentem faciet tutum, quæ ſententia tamen vera non videtur: quoniam res inter alios acta, non poteſt tertio nocere, tum officium judicis hoc eſt in hac actione, ſicut & in aliis, ut jubeat reſtitui aut ut abſolvat: niſi forte hunc effectum tribuemus iſti probationi, ut ſi poſſeſſio amiſſa ſit, & ad actorem pervenerit, actionem in rem demus ei qui probavit, contra poſſidentem qui ante egerat, non autem contra alium: *arg. l. ſed ſi* 11 † §. 1. *de jurejur.* Ubi dicitur, ſi poſſeſſor deferente actore juraverit, re-

Digitized by G

rem suam esse, amissa possessione actionem in factum ei competere contra eum qui detulit juramentum: quamvis haud sciam, an ista recte comparentur: quoniam communi jure & autoritate prætorii Edicti ei datur actio, qui juravit: atqui ex probatione simplici nulla datur actio: neque putarim juris fuisse: ut judex pronuntiaret rem esse actoris: quo alias posito, defendi posset, actionem posse dari contra actorem qui succubuit. Cæterum, ut hoc obiter addam, in quo se torquet Accursius, non pugnat cum *d.l.* ult 1.§.1. *de jurejur.* textus *in l. sed etsi* 7. (alias *l. eum qui*) §. *si petenti* 7. *de public. act.* ubi in iisdem terminis, ei qui juravit, datur publiciana in rem contra eum qui detulerat juramentum. Etenim quod in aliis casibus obtinet, quibus ex contractu actum est, ut concurrat actio in factum ex juramento, cum actione ex contractu, super quo juratum fuit, *l. si duo* 13.§. *si quis* 3.& §. *seq. de juram.* idem in actione in rem obtinet. Et nimirum juramentum, quasi titulum præbet ei qui juravit, ut proinde post juramentum etiam locus fiat actioni publicianæ. Ex quo præter mentem aliorum explico *d.l. si duo* 13.§.1. *de jurejur.* ubi JCtus ait, ei qui juravit rem suam esse post longi temporis præscriptionem etiam utilem actionem dari: nimirum contra quemcunque possessorem: cum ante præscriptionem actio publiciana vel in factum tantum contra eum detur, qui juramentum detulit: ut nimirum pro titulo sufficiat; jurasse, nam sine titulo, longo tempore rem possedisse, ad actionem utilem non sufficit. Dd. solent pro conciliatione istorum textuum distinguere, an juramentum fuerit delatum à domino vero, an, non domino. Sed est pura puta divinatio: nec in dubio dum actor nihil probat, constare potest, ad dominus sit nec ne *v. Ias. on. ad § sed ista infra h.t. n.* 62. Quæ hic obiter data occasione adiicere visum fuit, quæ alias commodius referentur sub §. *Item si quis* 11. *infra h.t.*

TEXTUS.

2. Æque si agat quis, jus sibi esse, fundo forte vel ædibus, utendi fruendi, vel per fundum vicini eundi, agendi, vel ex fundo vicino aquam deducendi, in rem actio est. Ejusdem generis est actio de jure prædiorum Urbanorum: veluti si quis agat jus sibi esse altius ædes suas tollendi, prospiciendive vel projiciendi aliquid, vel immittendi tignum in vicini ædes. Contra quoque de usufructu, & de servitutibus prædiorum rusticorum, item prædiorum urbanorum invicem quoque actiones sunt proditæ, ut si quis intendat, non esse jus adversario utendi fruēdi, eundi, agendi, aquam ducendi: item altius tollendi, prospiciendive, vel projiciendi, immittendive: istæ quoq; actiones in rem sunt, sed negativæ. Quod genus actionis in controversiis rerum corporalium proditum non est. Nam in his agit, qui non possidet: ei vero qui possidet, non est actio prodita, per quam neget, rem actoris esse. Sane uno casu qui possidet, nihilominus is actoris partes obtinet; sicut in latioribus libris Digestorum oportunius apparebit.

COMMENTARIUS.

1 *An sit dominium possessionis, obligationis &c.*
2 *An actiones pro servitutibus dentur possessori an contra possessorem.*
3 *Assertio textus contra Hottom.*
4 *De uno casu quo agat possessor.*
5 *Ius altius tollendi an sit servitus.*

SEquitur de vindicatione rerum incorporalium & nominatim, servitutum. Sed an dominii an quo alio iure competit hæc vindicatio? Ut breviter hic aliquid dicam, animadverto dominii effectum in duobus fere consistere, in iure rem persequendi, & sibi asserendi, (& scilicet plene) & in iure de re disponendi. Ex quo iudicium facere licet, de opinione Cuiacii & Gœddei, qui etiã possessionis, † obligationis & cuiuscunque iuris, veluti 1 quod creditor in pignore, quod superficiarius & emphyteuta habent, dominium statuunt: qui sane ita eadem ratione & iustiori dominii statuerent dominium. Et videmus toto iure dominium & possessionem, itemque dominium & obligationem opponi, ut istorum dominium non recte videatur

Digitized by Google

& ſine confuſione ſtatui poſſe: & duo illi effectus hic non deprehenduntur: quoniam nec obligationem nec poſſeſſionem proprie loquendo perſequimur, ſed ipſam rem quæ in obligationem deducta, aut in qua tale jus vel ad quam habemus, ut ea nobis reſtituenda ſit. Ita non jus pignoris, aut ſuperficiarium, ſed propter jus adquiſitum, ipſas res pignoratas, & quarum emphyteuſin aut ſuperficiem habemus, perſequimur, ac de his, vendendo quoque & aliis modis diſponimus: qua de cauſa recte Dd. ipſius rei dominium, ſed utile, ſuperficiario & emphyteutæ tribuunt. Equidem video creditorem præter actionem perſonalem habere aliquod jus diſponendi de obligatione, dum nomen & ita obligationem vendere legare, & ita in alium transferre poteſt, ſed cum hoc ſingulari jure ſit receptum, & inſuper revera obligatio non transferatur, ſed neceſſum ſit, ut creditor mandet actiones, aut citra hoc tantum utiles ex æquitate beneficio principum conceſſas actiones habeat emptor nominis, haud ſcio an ex hoc dominium obligationis defendi poſſit. Ad eundem modum, quod creditor jus pignoris cedere & in alium transferre poteſt, non ſufficit, ut eum propterea dominium juris pignoratitii dicamus: ſervitutum autem propria ratio eſt, neque enim hæ nobis quæſitæ faciunt, ut ipſum v. c. fundum in quo ſervitutem habemus perſequi & quidquam de eo diſponere liceat: ſed tantum ipſius ſervitutis perſecutio eſt: ut forte non abſurde aliquod dominium ſervitutum conſtitui poſſit, ſive illud verum, ſive quaſi appellare velis, quod & proportionatis modis per quaſi traditionem & uſum adquiritur *l. 3. de uſufr l. 1. in fin. de ſerv. ruſt. prad.* Et de hac re quoad ſervitutes reales, diximus *ad §. ult. ſup. de ſerv. reb. prad.* Et ſuper his juribus ait eſſe Juſtin. *in pr. h. §.* actiones in rem: ſive ſit ſervitus perſonalis, videlicet uſus fructus, ſive realis, & hæc rurſus ſive ruſtici ſive urbani prædii: quæ ſingula exemplis illuſtrat. Sed videamus an conveniant hic quæ ad *§. præced.* neceſſaria diximus in actione in rem. Dominium ſive jus ex parte agentis, & poſſeſſionem ex parte Rei. Dominium ſive jus & conſtitutam recte eſſe ſervitutem, haud dubie actori probandum eſt. Sed alterum requiſitum deeſt facere & actio hæc † etiam poſſeſſori dari videtur, quod quidem de actione negatoria diſerte *in fin. hujus §.* traditur, ita ut hic actiones pro rebus corporalibus & ſervitutibus inter ſe opponantur. Sed & confeſſoria actione poſſeſſorem uti, confirmatur ex textu *in l. etſi 6. §. 2. ſi ſerv. vindic.* ubi JCtus ait quod idem ſit poſſeſſor juris & petitor. Si tamen paulo ſubtilius conſideretur hæc res, deprehendemus, & hic quoque non omnimodo juris eſſe poſſeſſorem, qui agit. Nam cum ſervitutis poſſeſſio conſiſtat in uſu, ubi primum vicinus contra ſervitutem aliquid facit, jam me, turbare in poſſeſſione & ea quaſi ſpoliare videtur, quod evidentius appareret in ſervitutibus, quæ conſiſtunt in faciendo, velut, eundo, agendo: in quo jure ſi impedias, jam poſſeſſionem amiſiſſe videor. Atquin in his quæ ſunt in eo, ut vicinus quid non faciat, velut ut ne altius tollat ædes, res minus eſt conſpicua, ſed tamen ubi primum vicinus ædes altius tollere incipit, jam poſſeſſio mea incipit convelli. Dixerit quis non eſſe in actione in rem ſatis, ut actor non poſſideat, ſed etiam requiri ut reus poſſideat: quod utique ad has actiones transferri non poſſe videatur. Et fatendum eſt, æquales terminos, & qui ſunt in vindicatione rerum corporalium hic poni non poſſe: ubi eadem res in ſpecie vindicatur, quæ ab altero tenetur. Hic in altero quaſi poſſeſſionem ſervitutis, in altero quaſi poſſeſſionem libertatis conſideramus, quam dum ſibi aſſerit vicinus, hoc ipſo de poſſeſſione ſervitutis alter dejici videtur & vice verſa. Et hic quoque non eadem ratio eſt libertatis & ſervitutis. Nam libertas ſaltem hoc facit, ut nihil alteri in fundo juris ſit: at ſervitus aliquid ponit, nimirum jus eundi, agendi &c. ut tamen rurſus non eadem ſit ratio ſervitutum, quæ ſunt in non faciendo, veluti ne vicinus altius ædes ſuas tollat. Pro qua diverſitate ſubtiliores aliquando ſunt hæ vindicationes, ſed ſunt tamen. Ut redeamus ad prius illud, de poſſeſſione, & an poſſeſſor agat nec ne, dicimus, ſubtilius loquendo, eum agere qui non poſſidet. Sed quoniam in uſu poſſeſſio conſiſtit, & turbatio aliqua aut attentatum non plane tollit uſum, dum alter contra nititur, fit, ut adhuc poſſidens experiri videatur: dum quavis turbatione interveniente & vel leviter impeditus, uti poteſt hac actione. Quod ſi impedimentum ſit gravius & omnino uſum tollat, veluti ſi quis in loco per quem via debetur ædificaverit, jam omnino poſſeſſio ſervitutis videtur amiſſa: adeo tum vere non poſſeſſori juris dicitur competere actio confeſſoria. Idem ad actionem negatoriam transferri poteſt: nam ſiquidem leviter contra libertatem prædii mei attentetur, ego adhuc poſſeſſor juris recte videor: ſin v. c. vicinus paulo longiori tempore ſervi-

servitutem sibi usurpaverit, aut quid contra libertatem prædii mei fecerit, jam ille magis in possessione servitutis, & ego quasi possessione libertatis destitutus videor, itaque tunc ego agam qui juris non sum possessor, quod & docent *d.l.6.§.1.& l.sicut 8.§.sed si 3.si serv.vindic. l.uti 5 §.ultim.si usufr.pet.* Et itaque negatoria actione aliquando agens, procul dubio non est possessor juris. Et proinde male videtur *in fi.* §. Justinianus opposuisse actioni huic negatoriæ, vindicationem rerum corporalium, in quibus ait eum agere qui non possidet. Cum enim semper in controversus rerum corporalium agat, qui non possidet, siquidem recta est oppositio, sequetur semper in incorporalibus actione negatoria eum experiri qui possidet. Atque ita quidem Hottoman. hic disputat, scribens, nec se nec alios à se adhibitos defendere istam argumentationem Justiniani potuisse adeo implorat hic opem eruditiorum. Ego quidem inter eruditiores ‡ me non profiteor, sed aut valde fallor, † aut judicio Hottomannus lapsus est: Et non adeo valde versati in Logicis non difficulter hanc rem explicent. Neque enim Justinianus ponit hanc generalem propositionem, de actione negatoria, quod semper ea detur possidenti: sed tantum opponit vindicationem pro re corporali, quod ea semper detur non possidenti. Atquin non tantum cum universali negativa, verbi causa; Numquam dari possidenti: pugnat universalis affirmativa: semper dari possidenti, sed etiam & quidem contradictorie, particularis affirmans. Quandam actionem negatoriam dari possidenti: & manet nihilominus verum & verissimum, quod tale genus actionis pro rebus corporalibus non sit proditum: quoniam qui has possidet, numquam agit, & nulla in his talis est formula, per quam neget possessor rem esse actoris. Atque hoc unum est, quod contra hunc textum movet Hottomannus.

Duo alia movet, contra verba jam relata. Ei qui possidet non est prodita actio, per quam neget rem esse actoris. 1. Quod stultum sit monere non competere ei actionem, qui possident, cum nulla tam excors anus sit, quæ de eo dubitare possit. 2. Quod his verbis, *per quam neget rem actoris esse*, moveatur, adversus actorem non dari actionem: quod itidem absurde moneatur: qui enim detur actio contra actorem. Itaque quo ad primum pene putat, legendum esse *ei qui non possidet*, scilicet quod huic quidem pro rebus corporalibus detur actio, sed qua non neget alterius rem esse, sed se dominum esse intendat: ut ita tantum ad formulam agendi hoc pertineat: alias qui se dominum esse intendit, hoc ipso alterum dominum esse negat. Et propter hoc ipsum inepta est hæc emendatio Hottomanni: tum vel maxime, quia Justiniani propositum est, opponere actionem negatoriam & vindicationem rei corporalis: quod nimirum illa etiam detur possidenti: hæc autem possidenti non detur. Itaque ait, hic agere eum qui non possidet, possidenti autem actionem proditam non esse: cæteroquin esset in genere accipiendum quod pro ratione ponitur, non possidenti non dari actionem qua rem alterius esse neget: quod utique in assertione juris libertatis & in actione negatoria falsum est. Et vero plane frivola est objectio Hottomanni, quod affirmativa lectio non habeat rationem dubitandi: neque enim id necesse est, cum hoc saltem docere velit Justinianus, in hac re differre vindicationem libertatis à rerum corporalium vindicatione, quod illa etiam qui adhuc est in quasi possessione libertatis, utatur: hac autem adhuc possidens non utatur.

Quod ad alterum attinet, non displicet quidem, quod Hottomann. suspicatur, pertinere hoc ad veteres contradicendi formulas: & quod ut ad fin §. præced. diximus, possessor conventus contra vindicet & se dominum contendat, non autem neget rem esse actoris. Sed ideo tamen hoc minus placet, aut non satis placet, tum quod qui contra, te dominum esse dicit, utique simul negat alterum dominum esse: quod dum contradicit, utique hoc non facit agendo, sed potius excipiendo: Justinianus autem de formula agendi loquitur. Itaque dico hanc sententiam Justiniani esse (& neque semper exacta accuratio verborum exigenda est) quod in rebus corporalibus ita comparatum sit, ut possessor alio agente conveniatur: & quod non sit prodita formula, quæ prævertat possessor & contra eum quem suspicatur sibi moturum controversiam, (quem paulo abusive actorem appellat) judicio experiatur, & rem ipsius esse neget. Qua in re elucet differentia rerum corporalium, & jurium, & verbi causa libertatis. Rerum enim corporalium possessio ita est comparata, ut dum rem teneo, alter mihi (nisi per vim) possessionem rei intervertere non possit. Atquin rerum incorporalium possessio in nullo usu consistit, itaque cum

possit alius me tacente per usum sibi jus servitutis acquirere, & ita me quasi spoliare jure libertatis, permissum mihi est, ut etiamsi nec dum sit amissa possessio libertatis, experiri judicio possim & libertatem prædii mei asserere, hoc effectu, ut alter ne amplius jure quod sibi asserit, uti possit. Atque hæc pro asserendo textu contra corruptiones Hottom. anni.

4 Difficilior tractatio est de † exceptione *in verf. sane uno in fi.* §. proponit regulam Iustin. quod possessori rerum corporalium non sit prodita actio: à qua excipit unum casum, quo possessor agat, pro quo quærendo nos ad latiores Pandectarum libros remittit. Nusquam magis verum est, quod dici solet, tot esse sententias quot capita. Alii captant verba *actoris partes obtinet*: quasi intelligeret reum & possessorem excipientem, & probantem, quo respectu eum loco actoris esse notissimum est *l. 1. de except.* Sed ita inepta esset exceptio ad regulam, quæ de actione proprie dicta loquitur, & ineptè diceretur unus esse casus, & ineptum sit, Iustinianum de huiusmodi generali casu exaudire. Et eodem redit exemplum Ioh. Fabri & aliorum, si possessor suscipiat onus probandi, fit enim hoc per modum excipientis: & recte hoc refutat *Iason hic n. 59. & 60.* ubi probat primum exemplum glossæ de duplicibus judiciis mixtis. Neotericorum non unus quærit exemplum *in l. officium 9. de rei vindicat.* quod ibi agat ipse commodans aut deponens, qui retineat possessionem. Verum licet ita communiter accipiatur d. l. 9. teste quoque *Iasone nu. 58. hic.* tamen non probat hoc, sed saltem quod commodatarius possit convenire rei vindicatione: & nimirum ab alio, non vero ipso commodante, qui frustra hac actione utatur contra eum, qui nullam ipsi dominii aut possessionis controversiam movet, quod si enim rem commodatam esse neget & eam sibi asserat, jam possessio commodanti interversa est, arg. *l. 1. §. si rem 18. de adquir. poss.* Et plane si agat commodans rei vindicatione, nō potest agere qua possessor, sed qua non possessor, dū hoc agit, ut res sibi restituatur: cæteroquin verum est, quod nō propterea videatur statim renuntiasse possessioni, ut non mutato consilio, aut actione commodati, aut Interdicto possessor id experiri possit, de quo *Iason hic n. 59.* Longum sit ire per singula, & examinare omnes opiniones, quarum incommoda ostendere facilius est, quam afferre meliora. Non abs re est, quod monent Donell. & Hottomannus, absurdum videri, & hoc esse torquere non docere, ut pro uno casu inquirendo, ad quem facile digitum intendere uno verbo potuisset, Iustinianus nos ad latissimos libros Pandectarum remiserit. Neque simile est, quod à quibusdam affertur ex §. *rursus 5. in fin. h. t.* ubi quoque remissione utitur ad latius volumen Pandectarum. Etenim ibi de certa materia agit Iustinian. nimirum de restitutione eorum qui læsi sunt: & cum exemplum proposuisset de usucapta re alterius, alios casus quibus prætor restitutionem concedit, petendas ex Dig. docet: & quivis intelligit unde petendi sint, & scilicet *ex lib. 4. Pandect.* ubi de restitutionibus tractatur: atquin actionum materia per totum corpus juris est diffusa. Et rectissime (Cuiac. hic, relegari nos ait à Iustiniano aliquando ad titulos aut libros, ut *d. §. rursus in fin. ult. infra de publ. iud.* Sed numquam ad unum caput & legem. Ea autem ratio Donellum & alios movit, ut emendato textu putarint legendum, *sane non uno casu.* Qua admissa lectione, (quamvis & Theoph. legat. ἐν ἑνὶ μόνῳ σήματι) hæc verba nō pro exceptione proprie dicta fuerint accipienda (neque enim multi sunt casus, quibus possessor agit) sed ita explicanda, quod licet possessor pro rebus corporalibus non agat, sint tamen aliqui casus, quibus instar sit actoris, & ejus partes obtineat, velut in judiciis mixtis, in præjudiciis, in interdictis &c. Qui autem legunt, *sane in hoc casu*, vel *sane illo casu*, ut Hottom. & referunt ad vindicationem rerum incorporalium & ipsarum servitutum, in hoc incommodum incidunt: quod ita ieiune & inepte repeteret Iustin. id quod iam dixerat: & ille *verf.* non potest citra vitiū ad aliud quā quod proxime præcessit, de vindicatione rerū corporaliū referri, quod arguit particula *sane*. cæteroquin ad primus illud responderi possit Iustin non expresse dixisse in præcedd. quod negatoria detur possidenti. Et hanc lectionem Baro quoque & Cuiac. probant.

Superest unum h. §. de formulis actionis confessoriæ & negatoriæ, & utriusque exemplis hic propositis. Constat actionem confessoriam dici, qua quis asserit servitutem, & alterius prædium sibi vel suo prædio servitutem debere contendit negatoriam, qua quis libertatem sui prædii asserit, & alteri ius servitutis sive personalis, sive realis in eo competere negat: secundum quæ non levem scrupulum movet, quod *in pr. §.* inter exempla confessoriæ actionis, refertur ea qua quis intendit

tenditius sibi esse altius tollendi, aut prospiciendi: cum hoc modo asserat libertatem prædii sui, iuxta quam, nisi imposita servitute, altius ædes tollere potest *Laltius C. de servit.* Ex adverso vitiose positum videtur inter exempla negatoriæ actionis *in vers. contra* ea, qua quis intendit alteri non esse ius ædes suas altius tollendi: cum hoc modo vicinus suis ædibus servitutem deberi affirmet & adserat: Hæc res fecit ut Interpp. confingerent quandam specialem servitutem altius tollendi: ita tamen ut in varia dilapsi sint, & alius aliud exemplum comminiscitur, quos refutavimus *ad tit. de serv. præced. sup. in §. prædiorum.* Impulit eo Doctores, quod religiose nimis an superstitiose senserunt de Triboniano & Justiniano, & pro absurdo habuerunt dicere, aliquid offendisse hic Tribonianum, itaque ut testatur *Iason his num.* 40. *in fin.* omnes reprehenderunt primum intellectum glossæ, quod inter exempla actionis confessoriæ, sint relata exempla negatoriæ, & vice versa. Sed præstat sane ita potius statuere, quam manifeste nugari, & servitutem aliquam altius tollendi, quæ nusquam est, comminisci. Itaque cum glossa ego omnino sentio, & rem hanc ita explico. Confessoria sive assertoria & negatoria considerantur vel secundum esse, quatenus revera & effectu servitutem asserunt, aut negant: vel secundum dici, quatenus formula externa vel affirmat vel negat. Quam duplicem considerationem inducit diversitas servitutum; quarum aliæ sunt in patiendo, ut vicinus aliquid in suo pati cogatur, quod nos faciamus veluti tignum immittere, proiicere, & in rusticis, ire, agere, in personalibus, uti frui, aliæ vero simpliciter in non faciendo, ut aliquid in nostro facere non possimus, vicino nihil faciente veluti ne ædes nostras altius tollamus, ne vicini luminibus officiamus. In priori specie actio qua quis vindicat, servitutem, & formula verborum & in re ipsa confessoria affirmativa est. Aio mihi ius esse, utendi fruendi, immittendi, eundi agendi &c. in posteriori autem formula agendi negativa est: veluti Aio tibi ius non esse extollere ædes, officiendi luminibus meis: quo modo ædes tuas meis servire assero. Ex adverso in priori specie actio negatoria re & verbis talis est. Nego tibi ius esse, vel Aio tibi ius non esse, utendi fruendi agendi, immittendi &c. in posteriori autem re, negativa actio, sed formula affirmativa est Aio mihi ius esse altius tollere ædes meas. Hac diversitate actionum, formularum & servitutum accurate satis considerata, videtur Tribonianus per iniuriam actiones eas, quæ commune nihil præter externam formam habebant, cum aliis coniunxisse. Quod si consideramus rem ipsam, exempla, altius tollendi & non tollendi, transponi, & locum debent mutare. Ex his controversia etiam decidi potest inter Placentinum & Accursium. Placentinus referente Accursio dixit indefinite, negatoriam negativis, confessoriam affirmativis verbis concipi, quam sententiam Accurs. in servitute altius tollendi falsam esse dicit, & recte, siquidem formulam externam verborum consideramus: ceteroquin si effectum consideramus, recte sensit Placent. quem ita etiam salvant Dd. & ipse post eos *Iason hic n.* 46. & 47. quod in hac formula, Ajo jus mihi esse altius tollendi, effectus verborum sit negativus: cum & amplius alia forma negativa dari possit ejusdem effectus. Aio tibi jus non esse prohibendi, quo minus ædes meas altius tollam, & vice versa in confessoria: Aio mihi ius esse prohibendi, ne altius tollas ædes tuas sed abrumpo.

TEXTUS.

3. Sed istæ quidem actiones, quarum habuimus mentionem, &, si quæ similes sunt, ex causis legitimis & civilibus descendunt. Aliæ autem sunt quas prætor ex sua jurisdictione comparatas habet, tam in rem quam in personam: quas & ipsas necessarium est exemplis ostendere, ut ecce plerumque ita prætor in rem agere permittit: ut vel actor dicat, se quasi usucepisse, quod non usucceperit: vel ex diverso possessor dicat, adversarium suum non usucepisse, quod usucceperit.

COMMENTARIUS.

1 *An actiones sint ex jure gentium.*

DIximus *ad §.* 1. potuisse hanc primam statui divisionem actionum in prætorias & civiles, & inde utrasque subdividi in reales & personales. Sed eodem res redit, dum actiones primo in reales &

Digitized by Google

personales, & utraque in civiles & prætorias distinguuntur: ut *hoc §.* ubi Iustin. cum' proposuisset actiones in rem civiles: subiicit esse & prætorias in rem & personam: ubi hoc vitium notari posse videatur, quod nulla exempla civilium in personam præmisit. Sed Iustiniano satis visum fuit *in pr.* notasse fontes & causas actionum in personam, quæ maximam partem sunt civiles: ut supervacuum existimaverit, aliquas exempli loco proponere: & vel ideo, quod in tractatu præcedenti de contractibus & maleficiis ubique fere & actionum ipsarum fecerit mentionem. Ait Iustinianus:

Istas actiones, & si quæ sunt iis similes, ita ut iuxta modo dicta haud dubio significet, & actiones in personam, descendere ex legitimis & civilibus causis, opponit, ut apparet ita actiones civilis prætoriis: & appellat actiones civiles eo sensu, quo obligationes civiles dicimus ex quibus nascuntur actiones, quas fere omnes essentia sua, sicut & ipsos contractus à iure gentium esse constat *l. ex hoc 1. de just. & iur. §. sed ius in fin. supra de iur. nat.* Sed qui approbatione sunt iuris civilis, & in Republ. Romana recepti, & obligationes receptæ, iuxta notata *supra de obligat.* & porro eodem respectu & actiones quoque civiles recte appellantur: 1 & adeo prorsus nihil agunt, qui hinc actiones † non esse à jure gentium, probare volunt: quorum opinionem & *ad Treutl. & in Tract. de Actionib.* solide confutavimus, quamvis Dd. communiter eundem errent errorem *in d. l. 5. de iust. & iur. & ad pr. sup. h. tit. ubi Iason. num. 39. & seqq.* quorum præcipue ratio, quod actiones dicantur civiles & ex civilibus causis descendere *h. text. l. in commodato §. sicut D. Commod. l. 1. de superfic. & si qui sunt similes*, ut in *l. 4. §. ex hoc edicto. Naut. caup. stab. §. non autem infra de perpet. & temp. act.* ex eo quod jam paucis verbis attigi, corruit. Iason autem *num. 44. ibid.* ait, se multum moveri hac ratione. Ex quo jure non nascitur obligatio efficax ad producendã actionem, ex illo non potest nata dici actio. Atqui nex jure gentium non nascitur talis obligatio. Ergo. Assumtum probat, quod ex iure gentium sit obligatio naturalis, quam constet non producere actionem. Et, quomodo igitur inquit, possibile est dicere, quod actiones sint de iure gentium, quo iure nondum erat civilis obligatio: alias sequeretur maximum absurdum, quod causatum fuisset in productum ante suam causam. Addit quod actio fictius persequendi in Judicio, judicia autem omnia sint à jure civili. Hoc argumentum, quod Iason putat esse Achilleum, quod pace ipsius dictum sit, stramineum est: & nimis puerile, velle argumenta mutuari ex textibus iuris civilis, ad decisionem quæstionis huius, quæ ex rationibus politicis dependet: ita ut maxime ICtorum aliquis affirmaret esse actiones ex iure Romano, non ob id fides ipsi habenda esset, sed nullus est qui id affirmet: nec quod iure Romano ex naturali obligatione non nascitur actio, facere potest, ut ex ratione iuris gentium ex ea actio dari non debeat, nam unumquodque ius civile hic statuendi habet potestatem. Sed & in verbis *naturalis obligatio*, est ambiguitas. Nec quisquam est, qui dubitet, vel maxime ex iuris gentium contractibus esse naturalem obligationem, at nimirum ius civile, quandam obligationem naturalem, v. c. quæ ex pacto simplici nascitur, noluit esse efficacem ad actionem in Repub. Romana producendam, sed nec videntur nostri Dd. satis intellexisse, quid non effectus gentium. Est illud, in Idea, sit considereas, nullibi, sed deprehenditur in singulis Rebuspublicis; & ad illud referuntur, quæ ratio communis omnibus gentibus dictavit. Itaque penitus falsum est, quod iudicia & magistratus iuri civili sint accepta referenda. Quinimo, qui instinctus quasi naturæ homines ad eundem in communem societatem & in civitates compulit, idem iudicia & magistratus, sine quibus nulla Respublic. consistere possit, introduxit, & utique quæcunque apud gentes fuerunt, ea ad ius gentium sunt referenda. Et verissima igitur est sententia, quam tenet Iason d. loco, Ultramontani defenderunt, actiones esse à iure gentium; sed inepta plane ratione, (si fides Iasoni eam referenti) quod deportatus, qui retinet ea quæ sunt iuris gentium, retineat actiones, ex *l si mandavero 22. §. is, cuius 5. Mandati.* Non dicam quod aliqui eum locum de relegato accipiunt, sed dicam, quod hoc ipsum habeat deportatus beneficio iuris civilis & humanitate ut actiones saltem utiles movere possit; dum videl. Lex permittit ei usum bonorum post quæsitorum; sed usum tantum; nam ei mortuo nihilominus in bonis etiam post damnationem quæsitis, ex ratione veteris iuris succedit fiscus: ut alibi tractatur. Alias pro hac sententia, quod actiones sint iuris gentium, facit quod ipse Iason scribit *infr. in §. in personam nu. 1.* iure gentium omnem conventionem fuisse efficacem pro consequenda manu regia: id est,

Digitized by Google

ut hoc modo promittens cogatur ſervare fidem. Quæ imploratio manus regiæ eſſentia ſua eſt actio. Neque ex jure genitum omnes Reſpubl. monarch æ ſunt. Sed nolo plura de hac quæſtione.

Vt ecce plerumque.] Proponit duas ſpecies actionum prætoriarum in rem, (nam perſonaliũ prætoriarum exempla ſequuntur in §. *in perſonam* 8. *inf. h. t.*) quæ habent cauſam, quaſi, & fictum dominium: & quidem duplex ſive dupliciter, ut hic locus oſtendit, 1. cum dominium fingitur adquiſitum, quod nec dum revera eſt adquiſitum, 2. cum dominum adhuc durare fingitur, & nec dum amiſſum, quod tamen revera ſecundum rationem juris civilis amiſſum eſt. De priori eſt in *verſ. ut ecce*, quod in rem prætor permittat agere, ut actor ſe dicat quaſi uſucepiſſe, quod tamen, nec dum uſucepit; quæ eſt actio Publiciana, de qua in §. *ſeq.* De poſteriori in *verſ. vel ex diverſo*, ut quis adverſarium non uſucepiſſe dicat (& ita ſe adhuc dominum) quod tamen revera uſucepit; quæ eſt actio reſciſſoria de qua in §. *rurſus* 1. Itaque in *fin. hujus* §. legendum eſt *poſſeſſorem* (non ut in vulgaris, *poſſeſſor*) quam lectionem Ferretus, Ruſſardus, Cujac. Hottomann. Weſembec. probant, & ipſa ratio ſuadet; & inconcinnum eſt, quod Acc. coactus eſt, ita explicare, *poſſeſſor quondam*, *nunc petitor*, aut, *pro domino*, *ad quem nunc rediit poſſeſſio*: nec enim de poſſeſſore per exceptionem ſe defendente, ſed de eo, qui movet actionem hic agitur. Durius ſculum tamen eſt, *poſſeſſorem dicat adverſarium ſuum*, & verbum *dicat* præcedere deberet; tum & ſatis conſtat, actionem in rem non niſi contra poſſeſſorem dari. Idque omnino probo eos, quos refert Contius, hoc verbum *poſſeſſor* expungere. Ita enim rectiſſime legitur, ut vel actor dicat ſe quaſi uſucepiſſe, quod non uſuceperit; vel ex diverſo dicat (ſcilicet actor) adverſarium ſuum non uſucepiſſe, &c.

TEXTUS.

4. Namque ſi cui ex juſta cauſa res aliqua tradita fuerit (veluti ex cauſa emptionis aut donationis, aut dotis, aut legatorum) nec dum ejus rei dominus effectus eſt; ſi ejus rei caſu poſſeſſionem amiſerit, nullam habet in rem directam actionem, ad eam perſequendam: quippe ita proditæ ſunt jure civili actiones, ut quis dominium ſuum vindicet: ſed quia ſane durum erat, deficere eo caſu actionem, inventa eſt à prætore actio: in qua dicit is, qui poſſeſſionem amiſit, eam rem ſe uſucepiſſe, quam uſu non cepit, & ita vindicat ſuam eſſe, quæ actio Publiciana appellatur: quoniam primum à Publico prætore in edicto propoſita eſt.

COMMENTARIUS.

ASſumit Juſtin. prius membrum ex *fin. §. prec.* ubi quis dicit ſe uſucepiſſe quod non uſucepit; quod fit per actionem Publicianam, ab autore prætore ita appellatam, cujus introducendæ ratio fuit, difficultas probandi dominii, quod tranſire in eum, qui ex quamvis juſto titulo rem accepit, non poteſt, niſi ipſe tradens fuerit dominus; quod cum difficilime oſtendi poſſet, & tamen non probato dominio, in rei vindicatione civili, ſuccumbendum eſſet actori, quod iniquum viſum fuit prætori, ut quivis poſſeſſor hoc modo vinceret, & potior eſſet; dedit hanc actionem prætor, qua obtineret, qui bona fide & juſto titulo rem ſe accepiſſe, adeoque utique in conditione uſucapiendi fuiſſe, probaret: quo probato præſumetur interim dominus, & ei quaſi domino poſſeſſor reſtituere rem tenetur; eoque ne qua offenderentur regulæ ſubtiles juris civilis, placuit ſub colore dominii & quaſi imple æ uſucapionis hanc actionem intentari, ut in *fin. §. prec. & h. §. in fin.* docet Juſtinian.

Et nimis temeratie ne quid gravius dicam Hottom. hic totum hoc ait eſſe falſum & nugatorium: Nec credibile eſt, quidquam hic de ſuo commentum eſſe Tribonianum, ſed iſta ex veteri ICto deſcripta planè probabile eſt. Et cum ignoremus exactã rationem formularũ veterum, modeſtius ſentire & ſcribere debemus. Et ita legimus, quod teſtamentũ parentum per liberos exheredatos, aut præteritos, ſub colore furoris impugnetur, cum tamen nil prohiberet ſub alia forma liberis ſuccurrere. Apparet autem hic turpiter errare *Iaſonem hic n. 82.* ubi contendit, in hac actione expreſſè ponendum eſſe, quod quis non ſit dominus. Ex his etiam apparet, eum quoque, qui in rei veritate eſt verus dominus,

Digitized by Google

minus, si dubitet, an probare dominium possit, rectè uti publiciana; Ceteroquin vero domino qua tali hanc actionem non competere posse verius est, de quo latè *Iason hic num. 19. & sequentib.* Et quoniam igitur hæc actio fundatur in colore usucapionis, consequenter oportet eum, qui ea agere vult, fuisse in ea causa, ut rem usucapere potuerit. Itaque requisita usucapionis hic adesse necessum est, & nimirum, ut res fuerit tradita, & ita possessio translata in accipientem, sine qua usucapio non procedit, *l. sine, 25. de usucapionib.* tum secundò, ut fuerit tradita ex justa causa & titulo, & tertiò, ut accepta fuerit bona fide; quod postremum huic §. adjiciendum est; quoniam alias non haberet locum usucapio. Hæc enim res inducit æquitatem hujus actionis, & ut *hoc §.* ait Justinianus, faciebat, ut durum haberetur defi ere actionem.

Et hinc enim est, quod hæc actio regulariter contra dominium non datur, *l pen. de public. action.* hîc enim cessat æquitas actionis, cum domini conditio sit potior. Hinc etiam est, quod nec contra eum potest obtinere & vincere agens hac actione, qui habet titulum *l. sive autem, 9 §. si duobus, 4. de publician. action. Iason hic num. 19 & Zas. num. 24.* quoniam op tret in actore, qui rem evincere vult, jus esse potius, *argum. l. ult. de public. action.* & cum actor non necesse habeat probare dominium, sed tantum titulum & bonam fidem, si possessor idem jus probare possit, meritò agente potior erit. Cætera, quæ ad hanc rem prolixè pertinent, prolixè *in tractatu de actionib. disput.* 3. explicavimus. Hottoman. saltem qui cornicum oculos configere vult, sententia nobis explicanda est. Statuit ille hanc publicianam actionem pro iis fuisse introductam, qui non jure Quiritium facti domini fuissent, & nimirum, qui citra mancipationem, in jure cessionem, & eos modos, quos refert *Vlpian tit. 20.* rem accepissent, simplici trâditione. Atque ita ex sententia Hottoman. etiam dominii bonitarii, & ut maximè à vero domino rem accepissent, hac actione utebantur: quoniam ut maximè verus dominus rem, sed citra nexum tradidisset, dominium bonitarium tantum ex ratione juris veteris transibat. Ulpian. tit. 1. §. *qui tantum.* Hanc sententiam falsam esse dico, & scrupulositatem mancipationis jam magnam partem tempore Jurisconsultorum nostrorum in usu desiisse existimo. Et vero quod actio in rem directa, fuerit data non tantum his, qui speciali modo juris Quiritium dominium consecuti essent, sed etiam, qui jure gentium, expressum est, in *l. in rem, 23. de rei vindicat.* quem cum is se Hottoman. adducat, apparet eũ studio novandi aut contradicendi in tam absurdam sententiam abreptũ. Et passim nostro jure usucapere ille dicitur, qui à nõ domino rem accepit in *princip. supra, de usucapionib.* & patet ex *l. 1. de usucapion.* ubi hic finis usucapionum dicitur, ne dominia sint in incerto. Atquin & olim, qui tantum bonitarium dominium habebat, licet possidendo per annum aut biennium consequeretur & dominium Quiritarium argument. *l. si finita, 15. §. Iulianus, 16. de damn. infernd.* tamen eum propter solum bonitarium dominium servus erat, neque qui nudus dominus Quiritarius manserat, illam bonitario controversiam poterat movere. Sed & diserte in *l. 1. de publician. action.* prætor proponit hanc actionem, ubi res est tradita à non domino, & in *l. si ab eo, 18. de pignorib.* dicitur ei competere publiciana, qui dominium non habuit; & in *l. si servus 21. §. 1. eod.* qui à non domino accepit; idem in *l. sive, 9. §. 4. & passim de Publiciana actione.* Autem ea omnia à Triboniano corrupta dicimus? Ita belè jura tractabimus. Accedit, quod cum, ut diximus, exceptio dominii obstet publicianæ actioni, & dominus potior sit, utique dominium bonitarium domino nudo Quiritario constat fuisse potiorem.

TEXTUS.

5. Rursus ex diverso, si quis cum Reipublicæ caussa abesset, vel in potestate hostium esset, rem ejus, qui in civitate esset, usucceperit: permittitur domino, si possessor Reipublicæ caussa desierit abesse, tunc intra annum rescissa usucapione eam petere, id est, ita petere, ut dicat possessorem usu non cepisse, & ob id suam esse. Quod genus actionis quibusdam, & aliis similæquitate motus prætor accommodat, sicut ex latiore Digestorum, seu Pandectarum volumine intelligere licet.

COMMENTARIUS.

1 *Non valenti agere, an currat præscriptio.*

2 *De remedio rescindente & rescissorio.*

Alterum

Digitized by Google

ALterum hoc eſt, quod in *fin. §. ſediſta*, propoſuit Juſtinianus, cum dicit actor adverſarium non uſucepiſſe, quod uſucepit revera; quod diſertè & *hoc §.* repetit; & ita docet in actione Publiciana & reſciſſoria, de qua hoc §. fuiſſe contrarias quodammodo formulas, ſed ad diverſas perſonas actorem & reum relatas. In illa dicebat actor ſe uſucepiſſe, quod non uſuceperat: in hac dicebat, reum non uſucepiſſe, quod uſuceperat: illo caſu dominium pro adquiſito; hoc pro non amiſſo habebatur; ut vel hinc confutetur Hottomanus, qui ut ad §. *præcedent.* retulimus, falſum & nugatorium eſſe ait, quod de formula Publicianæ actionis ſcribit Juſtinianus: & enim cumulat errore, & imprudentiam, dum hanc quoque formulam reſciſſoriæ actionis hic propoſitam ineptam eſſe arguit. Et quis verò credere poſſit, hæc conficta à Triboniano.

Duobus autem caſibus principaliter hæc actio competit, & ita, ut dixi, actor intendit, *Primò*, quãdo abſens uſucepit rem præſentis, qui in civitate erat; quem ſolum hic propoſuit Juſtinianus. *Secundò*, quando, qui in civitate eſt, uſucepit rem abſentis, quem utrumque caſum coniungit Juriſconſultus in *l. item*, 21. *in princip. ex quibus cauſis major.* quod prætor hoc agat, ut abſentes, nec capiantur (id eſt, damnum patiantur,) nec capiant, & videlicet aliis damnum interant. Utriuſq; enim communis ratio eſt, quod nec abſens, nec abſenti iniqua conditio debet inferri; nec me, aut abſente, aut per abſentiam alterius lædi æquum eſt. Itaque licet ſummo jure uſucapio impleta ſit, adeoque jure civili ei, cujus res, vel abſentis, vel per abſentem uſucapta ſit, actio non competat, tamen ex æquitate prætor conceſſa reſciſſoria actione eo rem deducit, ut perinde ſit, ac ſi res uſucapta non fuiſſet. Et quia æquitatem conſiderat prætor, ideò quo ad abſentiæ ſpecies & cauſſas intereſſe voluit, an abſens uſuceperit; an abſentis res uſucapta ſit. Illo caſu inter abſentiæ cauſſas non diſtinguimus: quæcunque enim cauſſa abſentiæ ſit, non æquum eſt eam mihi nocere; idque ex hoc §. apparet, ex quo reſtitutio & actio datur contra eum, qui Reipublicæ cauſſa abeſt, aut ab hoſtibus (quod juſtiſſimum eſt impedimentum) captus eſt. Hoc autem ſuccurrit tantum ei, qui ex juſta, aut neceſſaria cauſſa abeſt, communiter notant Doctores, & probant ex *l. item hi*, 4. *cum ſequentib. l. Reipublicæ*, 36. *l. non verò*, 42. *ex quibus cauſis major.* His præmiſſis videamus textum noſtrum, & ejus verba; nam ex eo intelligetur, quid in altero caſu, ubi abſentis res uſucapta fuit, juris ſuit: cùm præſertim hanc rem latè in *in tract. de actionib. diſput.* 3. explicavetimus. Ait Juſtinian.

Rurſus ex diverſo] Ait, *ex diverſo*, quia oppoſitus eſt hic caſus ei, de quo in *§. præced.* &, ut diximus, Publiciana agit, qui dominium numquam habuit, tamquam ſi illud per uſucapionem adquiſiviſſet: Sed hac actione agit, qui habuit dominium, perinde ac ſi adhuc dominus eſſet, cum tamen alius ipſo jure per uſucapionem hoc adquiſiviſſet.

Vel in hoſtium poteſtate eſſet] Ut hoc procedat, & contra reverſum detur reſciſſoria actio, oportet poni terminos habiles, quibus ab hoſtibus captus uſucapionem poteſt implere; nimirum ſi capti ab hoſtibus filius, aut ſervus teneant aliquam rem ex cauſſa peculiari, *text. in l. aut.* 23. *§. 1. ex quibus cauſ. major. l. juſto.* 44. *§ ult. de uſucap.* Cæteroquin ſi ab hoſtibus quis capitur, & poſſeſſio & uſucapio interrumpitur, & nec eo quidem reverſo redintegratur, tantum abeſt, ut retro ſemper poſſeſſor fuiſſe fingatur, quoniam hic poſtliminii fictio ejusque effectus ceſſat *l. denique*, 19. *ex quibus cauſ. major. l. ſi is in princ. de uſucapionib.*

Rem uſuceperit] Et igitur abſens poteſt uſucapere, neque enim abſentia, ſi nihil aliud accedat, interrumpit poſſeſſionem. Ubi objicitur; quod vulgò jactatur: contra eum, qui agere † non poteſt, non currere præſcriptionem. Atquin præſens contra abſentem agere non potuit. Hæc enim eſt hujus reſtitutionis cauſſa, quod præſens rem ſuam à poſſeſſore abſente non vindicare, & ita præſcriptionem interrumpere non valuit. Ex quo fit, ut ſi vel procurator relictus, vel quicunque alius abſentis defenſionem ſuſcipere paratus fuerit, reſtitutio non detur, *l. item.* 21. *§. 1. cum ſequentib. & l. ſequent. ex quibus cauſis major.* Nec enim facilè uſucapio jure civili, reſcindi, & prior dominus audiri debet, ubi communi jure ſibi adverſus abſentem potuit conſulere. Ex quo & illud conſectarium deducitur, jure Juſtinianeo noviſſimo, ex hac cauſſa amplius reſtitutionem non dari; poſtquam præſenti remedium proditum eſt, quo uſucapionem contra ſe cœptam, vel maximè abſente poſſeſſore interrumpere poſſit, in *l. ut perfectius*, 2. *C. de annal. except.* nimirum per conteſtationem coram magiſtratu factam, quamvis Doctores contrà frequentius exiſtimare videantur; ſed ex frivola ratione, quàm refert hic *Iaſon. num.* 23. quod iſto remedio non poſ-

ſolut. ubi dicitur tignum poſſe vind:cari: quod non niſi de utili vindicatione tamquam contra eum, qui dolo poſſidere deſiit, accipi poteſt. Expreſſus textus & in terminis eſt *in l. ſin autem* 27. §. 2. *de rei vind.* Equidem nota tibi Acc. non ſatis bene inferri à petitione & judicio univerſali ad ſingulare: & ſtilus arguit eum locum corruptum à Triboniano. Sed tamen ſi ponas etiam eum, qui pro hærede mala fide ſe geſſit, nihil amplius poſſidere, ſed quidquid habuit dolo malo poſſidere deſiiſſe, & contra eũ nihilominus dari petitionẽ hereditatis. (Et loquuntur textus generaliter *in l. item* 20. §. *prater.* 6. *in fi. l. ſed etſi* 25. §. *ſi ante* 7. *in fin. de petit hered.*) optima illatio eſt, & faciunt prædicta ut *d. l.* 27. §. 5. *de rei vind.* nihil contra rationem juris reſponſum videri poſſit. Accedit *l. qui petitoris* 36. *de rei vind.* ubi dicitur, eum qui uſurus eſt rei vindicatione ne fruſtra agat, diſpicere debere, an is quem convenire vult poſſideat, aut dolo deſierit poſſidere, quibus verbis innuit JCtus, etiam hoc caſu recte fundari rei vindicationem: Unica objectio colligitur ex Iaſone & Zaſ. *dd. locis*, quod prætor ſpeciale Edictum propoſuerit contra eos, qui metu futuri judicii in fraudem actionis rem alienant: quo judicio & edicto non fuiſſet opus, ſi conveniri potuiſſet vindicatione. Sed cum iſtud edictum polliceatur actionem non tantum contra eum, qui metu actionis in rem, ſed etiam ad eludendas alias actiones rem alienavit ſequeretur, nullam actionem dari poſſe in eum, qui dolo malo poſſidere deſiit, tamquam adhuc poſſideret, quod ex prædictis manifeſto falſum eſt apparet.

Et igitur fatendum eſt, poſſe utrumque remedium alternative concurrere. Et actio ex illo Edicto competit ſimpliciter ad id quod intereſt, manente ſalva actione directa contra eum qui poſſidet: ſicut & rum cum qui dolo deſiit poſſidere, æſtimationem litis præſtitit (quippe pro dolo ſuo & quaſi in pœnam) *l. nec ullam* 11. *pen. in fin. de petit. hered. l. Stichum* 95. §. *dolo* 9. *de ſolutionib.* Ruſſus nihil obſtat *l.* 3. *ultim. de alien. jud. mut. cauſ.* quoniam hoc quidem verum eſt, eum qui vult ſuſcipere utile judicium tamquam poſſeſſor, evitare judicium de alien. jud. mut. cauſ. tum enim nihil intereſt actoris: ſed non verum eſt, quod qui vult ſuſcipere actionem ex Edicto, evitare poſſit utile judicium rei vindicationis. Quinimo dupliciter probatur ex *d. l.* §. 3. *ultim.* ſententia quam defendo: tum quod ſi ratio juris adverſaretur, & impediret, ne actio in rem daretur contra eum qui dolo deſiit poſſidere, non poſſet facere voluntas Rei ut recte inſtitueretur actio, tum, quod ſi utile judicium habet locum contra eum, & in eum datur, qui dolo deſiit poſſidere: ſequitur neceſſario, quod deſierit poſſidere ante litem conteſtatam, quoniam ſi poſſideat tempore litis conteſtatæ, actio eſſet directa, quæ ob eventum & dolum ſecutum non poteſt mutari in utile, per ea quæ paulo ante diſputavimus.

Ex his etiam apparet, ineptam eſſe ſententiam Dd. quos refert *Iaſon. hic n.* 83. qui putant, ſententiam latam † contra eum qui dolo poſſidere deſiit, poſ- 15
ſe executioni mandari contra poſſeſſorem ſine novo libello: quoniam ſententia fertur contra ipſum reum, qui dolo poſſidere deſiit, & contra ipſum mandatur executioni: non quidem juſſum de reſtituendo, ſed quæ ſequitur ſententia, quanti actor in litem juraverit. Qua executione non obſtante, ut paulo ante probavimus, competit domino adhuc actio contra verum poſſeſſorem: adeo id quoque ineptum & ex ignorantia veteris iuris profectum, quod Iaſon menti tenendum eſſe monet: licet ſit opus novo proceſſu, non tamen eſſe opus novo libello.

Poſſeſſor dominum ſe dicat] Antiquiſſimo jure ita obtinebat, ut *Boet. in comment. ad Topica Cicer.* docet, ut poſſeſſor conventus rei vindicatione & ipſe contra vindicaret: & ita mutua fieret vindicatio, ut Gellius refert *lib.* 20. *cap.* 9. Conſtat id poſtea neceſſarium non fuiſſe, nec hoc quoque, ut poſſeſſor titulum poſſeſſionis ſuæ diceret *l. cogi.* 11. *Cod. de petit. hared.* & abſolutum fuiſſe poſſeſſorem, dominio per actorem non probato, licet ipſe poſſeſſor nihil præſtitiſſet *ſ. retinenda* 4. *verſ. commodum infra de Interdict.* adeo ut licet ex ſuperfluo in ſe ſuſceperit onus probandi dominii, & in eo ſuccubuerit, non tamen auferatur ei poſſeſſio, ſi actor intentionem ſuam non probaverit, ut recte *Iaſon hic num.* 111. ubi monet cautus facturum reum ſi nihil in ſe ſuſcipiat, niſi actor probaverit: ſane enim adhuc audietur ſi velit probare ſe eſſe dominum *arg. l. ſi quidem* 9. *C. de except. & l. exceptionem* 19. *C. de probation.* cujus probationis hunc effectum notant Dd. ut petere poſſit, pronuntiari pro ſe, quod ipſe ſit dominus: quæ ſententia eum contra quemcunque alium agentem faciet tutum, quæ ſententia tamen vera non videtur: quoniam res inter alios acta, non poteſt tertio nocere, tum officium judicis hoc eſt in hac actione, ſicut & in aliis, ut jubeat reſtitui aut ut abſolvat: niſi forte hunc effectum tribuimus iſti probationi, ut ſi poſſeſſio amiſſa ſit, & ad actorem pervenerit, actionem in rem demus ei qui probavit, contra poſſidentem qui ante egerat, non autem contra alium: *arg. l. ſed ſi* 11 † §. 1. *de jurejur.* 16 Ubi dicitur, ſi poſſeſſor deferente actore juraverit,

rem

rem ſuam eſſe, amiſſa poſſeſſione actionem in factum ei competere contra eum qui de tulit juramentum: quamvis haud ſciam, an iſta recte comparentur: quoniam communi jure & autoritate prætorii Edicti ei datur actio, qui juravit: atqui ex probatione ſimplici nulla datur actio: neque putarim juris fuiſſe: ut judex pronuntiaret rem eſſe actoris: quo alias poſito, defendi poſſet, actionem poſſe dari contra actorem qui ſuccubuit. Cæterum, ut hoc obiter addam, in quo ſe torquet Accurſius, non pugnat cum *d.l.* 11. §. 1. *de jurejur.* textus *in l. ſed etſi* 7. (alias *l. eum qui*) §. *ſi petenti* 7. *de public. act.* ubi in iiſdem terminis, ei qui juravit, datur publiciana in rem contra eum qui detulerat juramentum. Etenim quod in aliis caſibus obtinet, quibus ex contractu actum eſt, ut concurrat actio in factum ex juramento, cum actione ex contractu, ſuper quo juratum fuit, *l. ſi duo* 13. §. *ſi quis* 3. & §. *ſeq. de juram.* idem in actione in rem obtinet. Et nimirum juramentum, quaſi titulum præbet ei qui juravit, ut proinde poſt juramentum etiam locus fiat actioni publicianæ. Ex quo præter mentem aliorum explico *d.l. ſi duo* 13. §. 1. *de jurejur.* ubi JCtus ait, ei qui juravit rem ſuam eſſe poſt longi temporis præſcriptionem etiam utilem actionem dari: nimirum contra quemcunque poſſeſſorem: cum ante præſcriptionem actio publiciana vel in factum tantum contra eum detur, qui juramentum detulit: ut nimirum pro titulo ſufficiat; juraſſe, nam ſine titulo, longo tempore rem poſſediſſe, ad actionem utilem non ſufficit. Dd. ſolent pro conciliatione iſtorum textuum diſtinguere, an juramentum fuerit delatum à domino vero, an, non domino. Sed eſt pura puta divinatio: nec in dubio dum actor nihil probat, conſtare poteſt, ad dominus ſit nec ne *v. Iaſon. ad* § *ſed iſta infra h. t. n.* 62. Quæ hic obiter data occaſione adiicere viſum fuit, quæ alias commodius referentur ſub §. *Item ſi quis* 11. *infra h. t.*

TEXTUS.

2. Æque ſi agat quis, jus ſibi eſſe, fundo forte vel ædibus, utendi fruendi, vel per fundum vicini eundi, agendi, vel ex fundo vicino aquam deducendi, in rem actio eſt. Ejuſdem generis eſt actio de jure prædiorum Urbanorum: veluti ſi quis agat jus ſibi eſſe altius ædes ſuas tollendi, proſpiciendive vel projiciendi aliquid, vel immittendi tignum in vicini ædes. Contra quoque de uſufructu, & de ſervitutibus prædiorum ruſticorum, item prædiorum urbanorum invicem quoque actiones ſunt proditæ, ut ſi quis intendat, non eſſe jus adverſario utendi fruēdi, eundi, agendi, aquam ducendi: item altius tollendi, proſpiciendive, vel projiciendi, immittendive: iſtæ quoq; actiones in rem ſunt, ſed negativæ. Quod genus actionis in controverſiis rerum corporalium proditum non eſt. Nam in his agit, qui non poſſidet: ei vero qui poſſidet, non eſt actio prodita, per quam neget, rem actoris eſſe. Sane uno caſu qui poſſidet, nihilominus is actoris partes obtinet; ſicut in latioribus libris Digeſtorum oportunius apparebit.

COMMENTARIUS.

1 *An ſit dominium poſſeſſionis, obligationis &c.*
2 *An actiones pro ſervitutibus dentur poſſeſſori an contra poſſeſſorem.*
3 *Aſſertio textus contra Hottom.*
4 *De uno caſu quo agat poſſeſſor.*
5 *Ius altius tollendi an ſit ſervitus.*

SEquitur de vindicatione rerum incorporalium & nominatim, ſervitutum. Sed an dominii an quo alio iure competit hæc vindicatio? Ut breviter hic aliquid dicam, animadverto dominii effectum in duobus fere conſiſtere, in iure rem perſequendi, & ſibi aſſerendi, (& ſcilicet plene) & in iure de re diſponendi. Ex quo iudicium facere licet, de opinione Cuiacii & Gœddei, qui etiā poſſeſſionis, † obligationis & cuiuſcunque iuris, veluti 1 quod creditor in pignore, quod ſuperficiarius & emphyteuta habent, dominium ſtatuunt: qui ſane ita eadem ratione & iuſtiori dominii ſtatuerent dominium. Et videmus toto iure dominium & poſſeſſionem, itemque dominium & obligationem opponi, ut iſtorum dominium non recte videatur

Digitized by Google

& ſine confuſione ſtatui poſſe: & duo illi effectus hic non deprehenduntur: quoniam nec obligationem nec poſſeſſionem proprie loquendo perſequimur, ſed ipſam rem quæ in obligationem deducta, aut in qua tale jus vel ad quam habemus, ut ea nobis reſtituenda ſit. Ita non jus pignoris, aut ſuperficiarium, ſed propter jus adquiſitum, ipſas res pignoratas, & quarum emphyteuſin aut ſuperficiem habemus, perſequimur, ac de his, vendendo quoque & aliis modis diſponimus: qua de cauſa recte Dd. ipſius rei dominium, ſed utile, ſuperficiario & emphyteutæ tribuunt. Equidem video creditorem præter actionem perſonalem habere aliquod jus diſponendi de obligatione, dum nomen & ita obligationem vendere legare, & ita in alium transferre poteſt, ſed cum hoc ſingulari jure ſit receptum, & inſuper revera obligatio non transferatur, ſed neceſſum ſit, ut creditor mandet actiones, aut citra hoc tantum utiles ex æquitate beneficio principum conceſſas actiones habeat emptor nominis, haud ſcio an ex hoc dominium obligationis defendi poſſit. Ad eundem modum, quod creditor jus pignoris cedere & in alium transferre poteſt, non ſufficit, ut eum propterea dominium juris pignoratitii dicamus: ſervitutum autem propria ratio eſt, neque enim hæ nobis quæſitæ faciunt, utipſum v. c. fundum in quo ſervitutem habemus perſequi & quidquam de eo diſponere liceat: ſed tantum ipſius ſervitutis perſecutio eſt: ut forte non abſurde aliquod dominium ſervitutum conſtitui poſſit, ſive illud verum, ſive quaſi appellare velis, quod & proportionatis modis per quaſi traditionem & uſum adquiritur *l. 3. de uſufr l. 1. in fin. de ſerv. ruſt. prad.* Et de hac re quoad ſervitutes reales, diximus *ad §. ult. ſup. de ſerv. reb. prad.* Et ſuper his juribus ait eſſe Juſtin. *in pr. h. §.* actiones in rem: ſive ſit ſervitus perſonalis, videlicet uſus fructus, ſive realis, & hæc rurſus ſive ruſtici ſive urbani prædii: quæ ſingula exemplis illuſtrat. Sed videamus an conveniant hic quæ ad *§. præced.* neceſſaria diximus in actione in rem. Dominium ſive jus ex parte agentis, & poſſeſſionem ex parte Rei. Dominium ſive jus & conſtitutam recte eſſe ſervitutem, haud dubie actori probandum eſt. Sed alterum requiſitum dare facere & actio hæc † etiam poſſeſſori dari videtur, quod quidem de actione negatoria diſerte *in fin. hujus §.* traditur, ita ut hic actiones pro rebus corporalibus & ſervitutibus inter ſe opponantur. Sed & confeſſoria actione poſſeſſorem uti, confirmatur ex textu *in l. etſi 6. §. 1. ſi ſerv. vindic.* ubi JCtus ait quod idem ſit poſſeſſor juris & petitor. Si tamen paulo ſubtilius conſideretur hæc res, deprehendemus, & hic quoque non omnimodo juris eſſe poſſeſſorem, qui agit. Nam cum ſervitutis poſſeſſio conſiſtat in uſu, ubi primum vicinus contra ſervitutem aliquid facit, jam me, turbare in poſſeſſione & ea quaſi ſpoliare videtur, quod evidentius appareret in ſervitutibus, quæ conſiſtunt in faciendo, velut, eundo, agendo: in quo jure ſi impedias, jam poſſeſſionem amiſiſſe videor. Atquin in his quæ ſunt in eo, ut vicinus quid non faciat, velut ut ne altius tollat ædes, res minus eſt conſpicua, ſed tamen ubi primum vicinus ædes altius tollere incipit, jam poſſeſſio mea incipit convelli. Dixerit quis non eſſe in actione in rem ſatis, ut actor non poſſideat, ſed etiam requiri ut reus poſſideat: quod utique ad has actiones transferri non poſſe videatur. Et fatendum eſt, æquales terminos, & qui ſunt in vindicatione rerum corporalium hic poni non poſſe: ubi eadem res in ſpecie vindicatur, quæ ab altero tenetur. Hic in altero quaſi poſſeſſionem ſervitutis, in altero quaſi poſſeſſionem libertatis conſideramus, quam dum ſibi aſſerit vicinus, hoc ipſo de poſſeſſione ſervitutis alter dejici videtur & vice verſa. Et hic quoque non eadem ratio eſt libertatis & ſervitutis. Nam libertas ſaltem hoc facit, ut nihil alteri in fundo juris ſit: at ſervitus aliquid ponit, nimirum jus eundi, agendi &c. ut tamen rurſus non eadem ſit ratio ſervitutum, quæ ſunt in non faciendo, veluti ne vicinus altius ædes ſuas tollat. Pro qua diverſitate ſubtiliores aliquando ſunt hæ vindicationes, ſed ſunt tamen. Ut redeamus ad prius illud, de poſſeſſione, & an poſſeſſor agat nec ne, dicimus, ſubtilius loquendo, eum agere qui non poſſidet. Sed quoniam in uſu poſſeſſio conſiſtit, & turbatio aliqua aut attentatum non plane tollit uſum, dum alter contra nititur, fit, ut adhuc poſſidens experiri videatur: dum quavis turbatione intervenient & vel leviter impeditus, uti poteſt hac actione. Quod ſi impedimentum ſit gravius & omnino uſum tollat, veluti ſi quis in loco per quem via debetur ædificaverit, jam omnino poſſeſſio ſervitutis videtur amiſſa: adeo tum vere non poſſeſſori juris dicitur competere actio confeſſoria. Idem ad actionem negatoriam transferri poteſt: nam ſiquidem leviter contra libertatem prædii mei attentetur, ego adhuc poſſeſſor juris recte videor: ſin v. c. vicinus paulo longiori tempore ſervi-

servitutem sibi usurpaverit, aut quid contra libertatem prædii mei fecerit, jam ille magis in possessione servitutis, & ego quasi possessione libertatis destitutus videor, itaque tunc ego agam qui juris non sum possessor, quod & docent *d.l.6.§.1.& l.sicut* 8. §. *sed si* 3. *si serv.vindic. l.uti* 5 §. *ultim.si usufr.pet.* Et itaque negatoria actione aliquando agens, procul dubio non est possessor juris. Et proinde male videtur *in fi.* §. Justinianus opposuisse actioni huic negatoriæ, vindicationem rerum corporalium, in quibus ait eum agere qui non possidet. Cum enim semper in controversus rerum corporalium agat, qui non possidet, siquidem recta est oppositio, sequetur semper in incorporalibus actione negatoria eum experiri qui possidet. Atque ita quidem Hottoman. hic disputat, scribens, nec se nec alios à se adhibitos defendere istam argumentationem Justiniani potuisse adeo implorat hic opem eruditiorum. Ego quidem inter eruditiores ‡ me non profiteor, sed aut valde fallor, † aut judicio Hottomannus lapsus est: Et non adeo valde versati in Logicis non difficulter hanc rem explicent. Neque enim Justinianus ponit hanc generalem propositionem, de actione negatoria, quod semper ea detur possidenti: sed tantum opponit vindicationem pro re corporali, quod ea semper detur non possidenti. Atquin non tantum cum universali negativa, verbi causa; Numquam dari possidenti: pugnat universalis affirmativa: semper dari possidenti, sed etiam & quidem contradictorie, particularis affirmans. Quandam actionem negatoriam dari possidenti: & manet nihilominus verum & verissimum, quod tale genus actionis pro rebus corporalibus non sit proditum: quoniam qui has possidet, numquam agit, & nulla in his talis est formula, per quam neget possessor rem esse actoris. Atque hoc unum est, quod contra hunc textum movet Hottomannus.

Duo alia movet, contra verba jam relata. Ei qui possidet non est prodita actio, per quam neget rem esse actoris. 1. Quod stultum sit monere non competere ei actionem, qui possident, cum nulla tam excors anus sit, quæ de eo dubitare possit. 2. Quod his verbis, *per quam neget rem actoris esse*, moveatur, adversus actorem non dari actionem: quod itidem absurde moneatur: qui enim detur actio contra actorem. Itaque quo ad primum pene putat, legendum esse *ei qui non possidet*, scilicet quod huic quidem pro rebus corporalibus detur actio, sed qua non neget alterius rem esse, sed se dominum esse intendat: ut ita tantum ad formulam agendi hoc pertineat: alias qui se dominum esse intendit, hoc ipso alterum dominum esse negat. Et propter hoc ipsum inepta est hæc emendatio Hottomanni: tum vel maxime, quia Justiniani propositum est, opponere actionem negatoriam & vindicationem rei corporalis: quod nimirum illa etiam detur possidenti: hæc autem possidenti non detur. Itaque ait, hic agere eum qui non possidet, possidenti autem actionem proditam non esse: cæteroquin esset in genere accipiendum quod pro ratione ponitur, non possidenti non dari actionem qua rem alterius esse neget: quod utique in assertione juris libertatis & in actione negatoria falsum est. Et vero plane frivola est objectio Hottomanni, quod affirmativa lectio non habeat rationem dubitandi: neque enim id necesse est, cum hoc saltem docere velit Justinianus, in hac re differre vindicationem libertatis à rerum corporalium vindicatione, quod illa etiam qui adhuc est in quasi possessione libertatis, utatur: hac autem adhuc possidens non utatur.

Quod ad alterum attinet, non displicet quidem, quod Hottomann. suspicatur, pertinere hoc ad veteres contradicendi formulas: & quod ut ad fin §. præced. diximus, possessor conventus contra vindicet & se dominum contendat, non autem neget rem esse actoris, sed ideo tamen hoc minus placet, aut non satis placet, tum quod qui contra, te dominum esse dicit, utique simul negat alterum dominum esse: quod dum contradicit, utique hoc non facit agendo, sed potius excipiendo: Justinianus autem de formula agendi loquitur. Itaque dico hanc sententiam Justiniani esse (& neque semper exacta accuratio verborum exigenda est) quod in rebus corporalibus ita comparatum sit, ut possessor alio agente conveniatur: & quod non sit prodita formula, quæ prævertat possessor & contra eum quem suspicatur sibi moturum controversiam, (quem paulo abusive actorem appellat) judicio experiatur, & rem ipsius esse neget. Qua in re elucet differentia rerum corporalium, & jurium, & verbi causa libertatis. Rerum enim corporalium possessio ita est comparata, ut dum rem teneo, alter mihi (nisi per vim) possessionem rei intervertere non possit. Atquin rerum incorporalium possessio in nullo usu consistit, itaque cum

possit alius me tacente per usum sibi jus servitutis acquirere, & ita me quasi spoliare jure libertatis, permissum mihi est, ut etiamsi nec dum sit amissa possessio libertatis, experiri judicio possim & libertatem prædii mei asserere, hoc effectu, ut alter ne amplius jure quod sibi asserit, uti possit. Atque hæc pro asserendo textu contra corruptiones Hottom. anni.

4 Difficilior tractatio est de † exceptione *in vers. sane uno in fi.* §. proponit regulam Iustin. quod possessori rerum corporalium non sit prodita actio: à qua excipit unum casum, quo possessor agat, pro quo quærendo nos ad latiores Pandectarum libros remittit. Nusquam magis verum est, quod dici solet, tot esse sententias quot capita. Alii captant verba *actoris partes obtinet*: quasi intelligeret reum & possessorem excipientem, & probantem, quo respectu eum loco actoris esse notissimum est *l. 1. de except.* Sed ita inepta esset exceptio ad regulam, quæ de actione proprie dicta loquitur, & inepte diceretur unus esse casus, & ineptum sit, Iustinianum de huiusmodi generali casu exaudire. Et eodem redit exemplum Ioh. Fabri & aliorum, si possessor suscipiat onus probandi, fit enim hoc per modum excipientis: & recte hoc refutat *Iason hic n. 59. & 60.* ubi probat primum exemplum glossæ de duplicibus judiciis mixtis. Neotericorum non unus quærit exemplum *in l. officium 9. de rei vindicat.* quod ibi agat ipse commodans aut deponens, qui retineat possessionem. Verum licet ita communiter accipiatur d. l. 9. teste quoque *Iasone nu. 58. hic.* tamen non probat hoc, sed saltem quod commodatarius possit convenire rei vindicatione: & nimirum ab alio, non vero ipso commodante, qui frustra hac actione utatur contra eum, qui nullam ipsi dominii aut possessionis controversiam movet, quod si enim rem commodatam esse neget & eam sibi asserat, jam possessio commodanti interversa est, arg. *l. 1. §. sirem 18. de adquir. poss.* Et plane si agat commodans rei vindicatione, nō potest agere qua possessor, sed qua non possessor, dū hoc agit, ut res sibi restituatur: cæteroquin verum est, quod nō propterea videatur statim renuntiasse possessioni, ut non mutato consilio, aut actione commodati, aut Interdicto possessor id experiri possit, de quo *Iason hic n. 59.* Longum sit ire per singula, & examinare omnes opiniones, quarum incommoda ostendere facilius est, quam afferre meliora. Non abs re est, quod monent Donell. & Hottomannus, absurdum videri, & hoc esse torquere non docere, ut pro uno casu inquirendo, ad quem facile digitum intendere uno verbo potuisset, Iustinianus nos ad latissimos libros Pandectarum remiserit. Neque simile est, quod à quibusdam affertur ex §. *versus 5. in fin. h. t.* ubi quoque remissione utitur ad latius volumen Pandectarum. Etenim ibi de certa materia agit Iustinian. nimirum de restitutione eorum qui læsi sunt: & cum exemplum proposuisset de usucapta re alterius, alios casus quibus prætor restitutionem concedit, petendas ex Dig. docet: & quivis intelligit unde petendi sint, & scilicet *ex lib. 4. Pandect.* ubi de restitutionibus tractatur: atquin actionum materia per totum corpus juris est diffusa. Et rectissime (Cuiac. hic, relegari nos ait à Iustiniano aliquando ad titulos aut libros, ut *d. §. versus in fin. vlt. infra de publ. iud.* Sed numquam ad unum caput & legem. Ea autem ratio Donellum & alios movit, ut emendato textu putarint legendum, *sane non uno casu.* Qua admissa lectione, (quamvis & Theoph. legat, ἐν ἑνὶ μόνῳ σήματι) hæc verba nō pro exceptione proprie dicta fuerint accipiēda (neque enim multi sunt casus, quibus possessor agit) sed ita explicanda, quod licet possessor pro rebus corporalibus non agat, sint tamen aliqui casus, quibus instar sit actoris, & ejus partes obtineat, velut in judiciis mixtis, in præiudiciis, in interdictis &c. Qui autem legunt, *sane in hoc casu, vel sane in illo casu,* ut Hottom. & referunt ad vindicationem rerum incorporalium & ipsarum servitutum, in hoc incommodum incidunt: quod ita ieiune & inepte repeteret Iustin. id quod iam dixerat: & iste *vers.* non potest citra vitiū ad aliud quā quod proxime præcessit, de vindicatione rerū corporaliū referri, quod arguit particula *sane.* cæteroquin ad primus illud responderi possit Iustin non expresse dixisse in præcedd. quod negatoria detur possidenti. Et hanc lectionem Baro quoque & Cuiac. probant.

Supereſt unum h. §. de formulis actionis confessoriæ & negatoriæ, & utriusque exemplis h. l. propositis. Constat actionem confessoriam dici, qua quis asserit servitutem, & alterius prædium sibi vel suo prædio servitutem debere contendit negatoriam, qua quis libertatem sui prædii asserit, & alteri ius servitutis sive personalis, sive realis in eo competere negat: secundum quæ non levem scrupulum movet, quod *in pr. §.* inter exempla confessoriæ actionis, refertur ea qua quis in- §

tendit

tendit ius sibi esse altius tollendi, aut prospiciendi: cum hoc modo asserat libertatem prædii sui, iuxta quam, nisi imposita servitute, altius ædes tollere potest *l. altius C. de servit.* Ex adverso vitiose positum videtur inter exempla negatoriæ actionis *in vers. contra* ea, qua quis intendit alteri non esse ius ædes suas altius tollendi: cum hoc modo vicinus suis ædibus servitutem deberi affirmet & asserat: Hæc res fecit ut Interpp. confingerent quandam specialem servitutem altius tollendi: ita tamen ut in varia dilapsi sint, & alius aliud exemplum comminiscitur, quos refutavimus *ad tit. de serv. præced. sup. in §. prædiorum.* Impulit eo Doctores, quod religiose nimis an superstitiose senserunt de Triboniano & Justiniano, & pro absurdo habuerunt dicere, aliquid offendisse hic Tribonianum, itaque ut testatur *Iason hic num.* 40. *in fin.* omnes reprehenderunt primum intellectum glossæ, quod inter exempla actionis confessoriæ, sint relata exempla negatoriæ, & vice versa. Sed præstat sane ita potius statuere, quam manifeste nugari, & servitutem aliquam altius tollendi, quæ nusquam est, comminisci. Itaque cum glossa ego omnino sentio, & rem hanc ita explico. Confessoria sive assertoria & negatoria considerantur vel secundum esse, quatenus revera & effectu servitutem asserunt, aut negant: vel secundum dici, quatenus formula externa vel affirmat vel negat. Quam dupliccem considerationem inducit diversitas servitutum; quarum aliæ sunt in patiendo, ut vicinus aliquid in suo pati cogatur, quod nos faciamus veluti tignum immittere, proiicere, & in rusticis, ire, agere, in personalibus, uti frui, aliæ vero simpliciter in non faciendo, ut aliquid in nostro facere non possimus, vicino nihil faciente veluti ne ædes nostras altius tollamus, ne vicini luminibus officiamus. In priori specie actio qua quis vindicat, servitutem, & formula verborum & in re ipsa confessoria affirmativa est. Aio mihi ius esse, utendi fruendi, immittendi, eundi agendi &c. in posteriori autem formula agendi negativa est: veluti Aio tibi ius non esse extollere ædes, officiendi luminibus meis: quo modo ædes tuas meis servire assero. Ex adverso in priori specie actio negatoria re & verbis talis est. Nego tibi ius esse, vel Aio tibi ius non esse, utendi fruendi agendi, immittendi &c. in posteriori autem re, negativa actio, sed formula affirmativa est Aio mihi ius esse altius tollere ædes meas. Hac diversitate actionum, formularum & servitutum accurate satis considerata, videtur Tribonianus per iniuriam actiones eas, quæ commune nihil præter externam formam habebant, cum aliis coniunxisse. Quod si consideramus rem ipsam, exempla, altius tollendi & non tollendi, transponi, & locum debent mutare. Ex his controversia etiam decidi potest inter Placentinum & Accursium. Placentinus referente Accursio dixit indefinite, negatoriam negativis, confessoriam affirmativis verbis concipi, quam sententiam Accurs. in servitute altius tollendi falsam esse dicit, & recte, siquidem formulam externam verborum consideramus: ceteroquin si effectum consideramus, recte sensit Placent. quem ita etiam salvant Dd. & ipse post eos *Iason hic n.* 46. & 47. quod in hac formula, Ajo jus mihi esse altius tollendi, effectus verborum sit negativus: cum & amplius alia forma negativa dari possit ejusdem effectus. Aio tibi jus non esse prohibendi, quo minus ædes meas altius tollam, & vice versa in confessoria: Aio mihi ius esse prohibendi, ne altius tollas ædes tuas sed abrumpo.

TEXTUS.

3. Sed istæ quidem actiones, quarum habuimus mentionem, &, si quæ similes sunt, ex causis legitimis & civilibus descendunt. Aliæ autem sunt quas prætor ex sua jurisdictione comparatas habet, tam in rem quam in personam: quas & ipsas necessarium est exemplis ostendere, ut ecce plerumque ita prætor in rem agere permittit: ut vel actor dicat, se quasi usucepisse, quod non usucceperit: vel ex diverso possessor dicat, adversarium suum non usucepisse, quod usucceperit.

COMMENTARIUS.

1 *An actiones sint ex jure gentium.*

DIximus *ad §.* 1. potuisse hanc primam statui divisionem actionum in prætorias & civiles, & inde utrasque subdividi in reales & personales. Sed eodem res redit, dum actiones primo in reales & perso-

personales, & utraque in civiles & prætorias distinguuntur: ut *hoc §.* ubi Iustin. cum' proposuisset actiones in rem civiles: subiicit esse & prætorias in rem & personam: ubi hoc vitium notari posse videatur, quod nulla exempla civilium in personam præmisit. Sed Iustiniano satis visum fuit *in pr.* notasse fontes & causas actionum in personam, quæ maximam partem sunt civiles: ut supervacuum existimaverit, aliquas exempli loco proponere: & vel ideo, quod in tractatu præcedenti de contractibus & maleficiis ubique fere & actionum ipsarum fecerit mentionem. Ait Iustinianus:

Istas actiones, & si quæ sunt iis similes, ita ut iuxta modo dicta haud dubio significet, & actiones in personam, descendere ex legitimis & civilibus causis, opponit, ut apparet ita actiones civilis prætorias: & appellat actiones civiles eo sensu, quo obligationes civiles dicimus ex quibus nascuntur actiones, quas fere omnes essentia sua, sicut & ipsos contractus à iure gentium esse constat *l. ex hoc 1. de iust. & iur. §. sed ius in fin. supra de iur. nat.* Sed qui approbatione sunt iuris civilis, & in Republ. Romana recepti, & obligationes receptæ, iuxta notata *supra de obligat.* & porro eodem respectu & actiones quoque civiles recte appellantur: † & adeo prorsus nihil agunt, qui hinc actiones non esse à jure gentium, probare volunt: quorum opinionem & *ad Treutl. & in Tract. de Actionib.* solide confutavimus, quamvis Dd. communiter eundem errent errorem *in d. l. 5. de iust. & iur. & ad pr. sup. h. tit. ubi Iason. num. 39. & seqq.* quorum præcipue ratio, quod actiones dicantur civiles & ex civilibus causis descendere *h. text. l. in commodato §. sicut D. Commod. l. 1. de superfic. & si qui sunt similes*, ut in *l. 4. §. ex hoc edicto. Naut. caup. stab. §. non autem infra de perpet. & temp. act.* ex eo quod jam paucis verbis attigi, corruit. Iason autem *num. 44. ibid.* ait, se multum moveri hac ratione. Ex quo jure non nascitur obligatio efficax ad producendâ actionem, ex illo non potest nata dici actio. Atqui nex jure gentium non nascitur talis obligatio. Ergo. Assumtum probat, quod ex iure gentium sit obligatio naturalis, quam constet non producere actionem. Et, quomodo igitur inquit, possibile est dicere, quod actiones sint de iure gentium, quo iure nondum erat civilis obligatio: alias sequeretur maximum absurdum, quod causatum fuisset in productum ante suam causam. Addit quod actio fictius persequendi in judicio, judicia autem omnia sint à jure civili. Hoc argumentum, quod Iason putat esse Achilleum, quod pace ipsius dictum sit, stramineum est: & nimis puerile, velle argumenta mutuari ex textibus iuris civilis, ad decisionem quæstionis huius, quæ ex rationibus politicis dependet: ita ut maxime JCtorum aliquis affirmaret esse actiones ex iure Romano, non ob id fides ipsi habenda esset, sed nullus est qui id affirmet: nec quod iure Romano ex naturali obligatione non nascitur actio, facere potest, ut ex ratione iuris gentium ex ea actio dari non debeat, nam unumquodque ius civile hic statuendi habet potestatem. Sed & in verbis *naturalis obligatio*, est ambiguitas. Nec quisquam est, qui dubitet, vel maxime ex iuris gentium contractibus esse naturalem obligationem, at nimirum ius civile, quandam obligationem naturalem, v. c. quæ ex pacto simplici nascitur, noluit esse efficacem ad actionem in Repub. Romana producendam, sed nec videntur nostri Dd. satis intellexisse, quid non effectus gentium. Est illud, in Idea, si consideres, nullibi, sed deprehenditur in singulis Rebuspublicis: & ad illud referuntur, quæ ratio communis omnibus gentibus dictavit. Itaque penitus falsum est, quod iudicia & magistratus iuri civili sint accepta referenda. Quin imo, qui instinctus quasi naturæ homines ad coeundem in communem societatem & in civitates compulit, idem iudicia & magistratus, sine quibus nulla Respublic. consistere possit, introduxit, & utique quæcunque apud gentes fuerunt, ea ad ius gentium sunt referenda. Et verissima igitur est sententia, quam teste Iasone d. loco, Ultramontani defendeunt, actiones esse à iure gentium; sed inepta plane ratione, (si fides Iasoni eam referenti) quod deportatus, qui retinet ea quæ sunt iuris gentium, retineat actiones, ex *l. si mandavero 22. §. is, cuius 5. Mandati.* Non dicam quod aliqui eum locum de relegato accipiunt, sed dicam, quod hoc ipsum habeat deportatus beneficio iuris civilis & humanitate ut actiones saltem utiles movere possit, dum videl. Lex permittit ei usum bonorum post quæsitorum; sed usum tantum; nam ei mortuo nihilominus in bonis etiam post damnationem quæsitis, ex ratione veteris iuris succedit fiscus: ut alibi tractatur. Alias pro hac sententia, quod actiones sint iuris gentium, facit quod ipse Iason scribit *infr. in §. in personam nu. 1.* iure gentium omnem conventionem fuisse efficacem pro consequenda manu regia: id est,

ut

Digitized by Google

ut hoc modo promittens cogatur ſervare fidem. Quæ imploratio manus regiæ eſſentia ſua eſt actio. Neque ex jure genitum omnes Reſpubl. monarch cæ ſunt. Sed nolo plura de hac quæſtione.

Vt eccè plerumque.] Proponit duas ſpecies actionum prætoriarum in rem, (nam perſonalium prætoriarum exempla ſequuntur in *§. in perſonam* 8. *inf. h. t.*) quæ habent cauſam, quaſi, & fictum dominium: & quidem duplex ſive dupliciter, ut hic locus oſtendit, 1. cum dominium fingitur adquiſitum, quod nec dum revera eſt adquiſitum, 2. cum dominum adhuc durare fingitur, & necdum amiſſum, quod tamen revera ſecundum rationem juris civilis amiſſum eſt. De priori eſt in *verſ. ut eccè*, quod in rem prætor permittat agere, ut actor ſe dicat quaſi uſucepiſſe, quod tamen, nec dum uſucepit; quæ eſt actio Publiciana, de qua in *§. ſeq.* De poſteriori in *verſ. vel ex diverſo*, ut quis adverſarium non uſucepiſſe dicat (& ita ſe adhuc dominum) quod tamen revera uſucepit; quæ eſt actio reſciſſoria de qua in *§. rurſus* 5. Itaque in *fin. hujus §.* legendum eſt *poſſeſſorem* (non ut in vulgatis, *poſſeſſor*) quam lectionem Ferretus, Ruſſardus, Cujac. Hottomann. Weſembec. probant, & ipſa ratio ſuadet; & inconcinnum eſt, quod Acc. coactus eſt, ita explicare, *poſſeſſor quondam, nunc petitor*, aut, *pro domino, ad quem nunc rediit poſſeſſio*: nec enim de poſſeſſore per exceptionem ſe defendente, ſed de eo, qui movet actionem hic agitur. Durius culum tamen eſt, *poſſeſſorem dicat adverſarium ſuum*, & verbum *dicat* præcedere deberet; tum & ſatis conſtat, actionem in rem non niſi contra poſſeſſorem dari. Idque omnino probo eos, quos refert Contius, hoc verbum *poſſeſſor* expungere. Ita enim rectiſſime legitur, ut vel actor dicat ſe quaſi uſucepiſſe, quod non uſuceperit; vel ex diverſo dicat (ſcilicet actor) adverſarium ſuum non uſucepiſſe, &c.

TEXTUS.

4. Namque ſi cui ex juſta cauſa res aliqua tradita fuerit (veluti ex cauſa emptionis aut donationis, aut dotis, aut legatorum) nec dum ejus rei dominus effectus eſt; ſi ejus rei caſu poſſeſſionem amiſerit, nullam habet in rem directam actionem, ad eam perſequendam: quippe ita proditæ ſunt jure civili actiones, ut quis dominium ſuum vindicet: ſed quia ſane durum erat, deficere eo caſu actionem, inventa eſt à prætore actio: in qua dicit is, qui poſſeſſionem amiſit, eam rem ſe uſucepiſſe, quam uſu non cepit, & ita vindicat ſuam eſſe, quæ actio Publiciana appellatur: quoniam primum à Publico prætore in edicto propoſita eſt.

COMMENTARIUS.

Aſſumit Juſtin. prius membrum ex *fin. §. prec.* ubi quis dicit ſe uſucepiſſe quod non uſucepit quod fit per actionem Publicianam, ab autore prætore ita appellatam, cujus introducendæ ratio fuit, difficultas probandi dominii, quod tranſire in eum, qui ex quamvis juſto titulo rem accepit, non poteſt, niſi ipſe tradens fuerit dominus: quod cum difficillime oſtendi poſſet, & tamen non probato dominio, in rei vindicatione civili, ſuccumbendum eſſet actori, quod iniquum viſum fuit prætori, ut quivis poſſeſſor hoc modo vinceret, & potior eſſet; dedit hanc actionem prætor, qua obtineret, qui bona fide & juſto titulo rem ſe accepiſſe, adeoque utique in conditione uſucapiendi fuiſſe, probaret: quo probato præſumetur interim dominus, & ei quaſi domino poſſeſſor reſtituere rem tenetur; eoque ne qua offenderentur regulæ ſubtiles juris civilis, placuit ſub colore dominii & quaſi impleræ uſucapionis hanc actionem intentari, ut in *fin. §. prec. & h. §. in fin.* docet Juſtinian.

Et nimis temerarie ne quid gravius dicam Hottom. hic totum hoc ait eſſe falſum & nugatorium: Nec credibile eſt, quidquam hic de ſuo commentum eſſe Tribonianum, ſed iſta ex veteri ICto deſcripta planè probabile eſt. Et cum ignoremus exactã rationem formularũ veterum, modeſtius ſentire & ſcribere debemus. Et ita legimus, quod teſtamentũ parentum per liberos exheredatos, aut præteritos, ſub colore furoris impugnetur, cum tamen nil prohiberet ſub alia forma liberis ſuccurrere. Apparet autem hic turpiter errare *Laſonem hic n.* 82. ubi contendit, in hac actione expreſſè ponendum eſſe, quod quis non ſit dominus. Ex his etiam apparet, eum queque, qui in rei veritate eſt verus dominus,

minus, si dubitet, an probare dominium possit, rectè uti publiciana; Ceteroquin vero domino qua tali hanc actionem non competere posse verius est, de quo latè *Iason hic num. 59. & sequentib.* Et quoniam igitur hæc actio fundatur in colore usucapionis, consequenter oportet eum, qui ea agere vult, fuisse in ea causa, ut rem usucapere potuerit. Itaque requisita usucapionis hic adesse necessum est, & nimirum, ut res fuerit tradita, & ita possessio translata in accipientem, sine qua usucapio non procedit, *l. sine, 25. de usucapionib.* tum secundò, ut fuerit tradita ex justa causa & titulo, & tertiò, ut accepta fuerit bona fide; quod postremum huic §. adjiciendum est; quoniam alias non haberet locum usucapio. Hæc enim res inducit æquitatem hujus actionis, & ut *hoc §.* ait Justinianus, faciebat, ut durum haberetur deficere actionem.

Et hinc enim est, quod hæc actio regulariter contra dominium non datur, *l. pen. de public. action.* hîc enim cessat æquitas actionis, cum domini conditio sit potior. Hinc etiam est, quod nec contra eum potest obtinere & vincere agens hac actione, qui habet titulum *l. sive autem, 9. §. si duobus, 4. de publician. action. Iason hic num. 19. & Zas. num. 24.* quoniam oportet in actore, qui rem evincere vult, jus esse potius, *argum. l. ult. de public. action.* & cum actor non necesse habeat probare dominium, sed tantum titulum & bonam fidem, si possessor idem jus probare possit, meritò agente potior erit. Cætera, quæ ad hanc rem prolixè pertinent, prolixè *in tractatu de actionib. disput. 3.* explicavimus. Hottoman. saltem qui cornicum oculos configere vult, sententia nobis explicanda est. Statuit ille hanc publicianam actionem pro iis fuisse introductam, qui non jure Quiritium facti domini fuissent, & nimirum, qui citra mancipationem, in jure cessionem, & eos modos, quos refert *Ulpian. tit. 20.* rem accepissent, simplici traditione. Atqui ex sententia Hottoman. etiam dominii bonitarii, & ut maximè à vero domino rem accepissent, hac actione utebantur: quoniam ut maximè verus dominus rem, sed citra nexum tradidisset, dominium bonitarium tantum ex ratione juris veteris transibat. Ulpian. tit. 1. §. *qui tantum.* Hanc sententiam falsam esse dico, & scrupulositatem mancipationis jam magnam partem tempore Jurisconsultorum nostrorum in usu desiisse existimo. Et vero quod actio in rem directa, fuerit data non tantum his, qui speciali modo juris Quiritium dominium consecuti essent, sed etiam, qui jure gentium, expressum est, in *l. in rem, 23. de rei vindicat.* quem cum is se Hottoman. adducat, apparet eum studio novandi aut contradicendi in tam absurdam sententiam abreptum. Et passim nostro jure usucapere ille dicitur, qui à nō domino rem accepit in *princip. supra, de usucapionib.* & patet ex *l. 1. de usucapion.* ubi hic finis usucapionum dicitur, ne dominia sint in incerto. Atquin & olim, qui tantum bonitarium dominium habebat, licet possidendo per annum aut biennium consequeretur & dominium Quiritarium argument. *l. si finita, 15. §. Iulianus, 16. de damn. infernd.* tamen etiam propter solum bonitarium dominium servus erat, neque qui nudus dominus Quiritarius manserat, ullam bonitario controversiam poterat movere. Sed & disertè in *l. 1. de publician. action.* prætor proponit hanc actionem, ubi res est tradita à non domino, & in *l. si ab eo, 18. de pignorib.* dicitur ei competere publiciana, qui dominium non habuit; & in *l. sin. 21. §. 1. eod.* qui à non domino accepit; idem in *l. sive, 9. §. 4. & passim de Publiciana actione.* Autan ea omnia à Triboniano corrupta dicimus? Ita bellè jura tractabimus. Accedit, quod cum, ut diximus, exceptio dominii obstet publicianæ actioni, & dominus potior sit, utique dominium bonitarium domino nudo Quiritario constat fuisse potiorem.

TEXTUS.

5. Rursus ex diverso, si quis cum Reipublicæ caussa abesset, vel in potestate hostium esset, rem ejus, qui in civitate esset, usucceperit: permittitur domino, si possessor Reipublicæ caussa desierit abesse, tunc intra annum rescissa usucapione eam petere, id est, ita petere, ut dicat possessorem usu non cepisse, & ob id suam esse. Quod genus actionis quibusdam, & aliis similibus æquitate motus prætor accommodat, sicut ex latiore Digestorum, seu Pandectarum volumine intelligere licet.

COMMENTARIUS.

1 *Non valenti agere, an currat præscriptio.*

2 *De remedio rescindente & rescissorio.*

Alterum

zed by Google

ALterum hoc eſt, quod in *fin. §. ſed iſta*, propoſuit Juſtinianus, cum dicit actor adverſarium non uſucepiſſe, quod uſucepit revera; quod diſertè & *hoc §.* repetit; & ita docet in actione Publiciana & reſciſſoria, de qua hoc §. fuiſſe contrarias quodammodo formulas, ſed ad diverſas perſonas actorem & reum relatas. In illa dicebat actor ſe uſucepiſſe, quod non uſuceperat: in hac dicebat, reum non uſucepiſſe, quod uſuceperat: illo caſu dominium pro adquiſito; hoc pro non amiſſo habebatur; ut vel hinc confuteretur Hottomanus, qui ut ad §. *præcedent.* retulimus, falſum & nugatorium eſſe ait, quod de formula Publicianæ actionis ſcribit Juſtinianus: &enim cumulat erroré, & imprudentiam, dum hanc quoque formulam reſciſſoriæ actionis hic propoſitam ineptam eſſe arguit. Et quis verò credere poſſit, hæc conficta à Triboniano.

Duobus autem caſibus principaliter hæc actio competit, & ita, ut dixi, actor intendit, *Primò*, quãdo abſens uſucepit rem præſentis, qui in civitate erat; quem ſolum hic propoſuit Juſtinianus. *Secundò*, quando, qui in civitate eſt, uſucepit rem abſentis, quem utrumque caſum coniungit Juriſconſultus in *l. item*, 21. *in princip. ex quibus cauſis major.* quod prætor hoc agat, ut abſentes, nec capiantur (id eſt, damnum patiantur,) nec capiant, & videlicet aliis damnum interant. Utriuſq; enim communis ratio eſt, quod nec abſens, nec abſenti iniqua conditio debet inferri; nec me, aut abſenté, aut per abſentiam alterius lædi æquum eſt. Itaque licet ſummo jure uſucapio impleta ſit, adeoque jure civili ei, cujus res, vel abſentis, vel per abſentem uſucapta ſit, actio non competat, tamen ex æquitate prætor conceſſa reſciſſoria actione eo rem deducit, ut perinde ſit, ac ſi res uſucapta non fuiſſet. Et quia æquitatem conſiderat prætor, ideò quo ad abſentiæ ſpecies & cauſſas intereſſe voluit, an abſens uſuceperit; an abſentis res uſucapta ſit. Illo caſu inter abſentiæ cauſſas non diſtinguimus: quæcunque enim cauſſa abſentiæ ſit, non æquum eſt eam mihi nocere; idque ex hoc §. apparet, ex quo reſtitutio & actio datur contra eum, qui Reipublicæ cauſſa abeſt, aut ab hoſtibus (quod juſtiſſimum eſt impedimentum) captus eſt. Hoc autem ſuccurrit tantum ei, qui ex juſta, aut neceſſaria cauſſa abeſt, communiter notant Doctores, & probant ex *l. item hi*, 4. *cum ſequentib. l. Reipublica*, 36. *l. non verè*, 42. *ex quibus cauſis major.* His præmiſſis videamus textum noſtrum, & ejus verba; nam ex eo intelligetur, quid in altero caſu, ubi abſentis res uſucapta fuit, juris ſuit: cùm præſertim hanc rem latè in *in tract. de actionib. diſput.* 3. explicaverimus. Ait Juſtinian.

Rurſus ex diverſo] Ait, *ex diverſo*, quia oppoſitus eſt hic caſus ei, de quo in §. *præced.* &, ut diximus, Publiciana agit, qui dominium numquam habuit, tamquam ſi illud per uſucapionem adquiſiviſſet: Sed hac actione agit, qui habuit dominium, perinde ac ſi adhuc dominus eſſet, cum tamen alius ipſo jure per uſucapionem hoc adquiſiviſſet.

Vel in hoſtium poteſtate eſſet] Ut hoc procedat, & contra reverſum detur reſciſſoria actio, oportet poni terminos habiles, quibus ab hoſtibus captus uſucapionem poteſt implere; nimirum ſi capti ab hoſtibus filius, aut ſervus teneant aliquam rem ex cauſſa peculiari, *text. in l. ait.* 23. §. 3. *ex quibus cauſ. major. l. juſto.* 44. § *ult. de uſucap.* Cæteroquin ſi ab hoſtibus quis capitur, & poſſeſſio & uſucapio interrumpitur, & nec eo quidem reverſo redintegratur, tantum abeſt, ut retro ſemper poſſeſſor fuiſſe fingatur, quoniam hic poſtliminii fictio ejusque effectus ceſſat *l. denique*, 19. *ex quibus cauſ. major. l. ſi is in princ. de uſucapionib.*

Rem uſuceperit] Et igitur abſens poteſt uſucapere, neque enim abſentia, ſi nihil aliud accedat, interrumpit poſſeſſionem. Ubi objicitur; quod vulgò jactatur: contra eum, qui agere † non poteſt, non currere præſcriptionem. Atquin præſens contra abſentem agere non potuit. Hæc enim eſt hujus reſtitutionis cauſſa, quod præſens rem ſuam à poſſeſſore abſente non vindicare, & ita præſcriptionem interrumpere non valuit. Ex quo fit, ut ſi vel procurator relictus, vel quicunque alius abſentis defenſionem ſuſcipere paratus fuerit, reſtitutio non detur, *l. item.* 21. §. 1. *cum ſequentib. & l. ſequent. ex quibus cauſis major.* Nec enim facilè uſucapio jure civili, reſcindi, & prior dominus audiri debet, ubi communi jure ſibi adverſus abſentem potuit conſulere. Ex quo & illud conſectarium deducitur, jure Juſtinianeo noviſſimo, ex hac cauſſa amplius reſtitutionem non dari; poſtquam præſenti remedium proditum eſt, quo uſucapionem contra ſe cœptam, vel maximè abſente poſſeſſore interrumpere poſſit, in *l. ut perfectius*, 2. *C. de annal. except.* nimirum per conteſtationem coram magiſtratu factam, quamvis Doctores contrà frequentius exiſtimare videantur; ſed ex frivola ratione, quàm refert hic *Jaſon. num.* 23, quod iſto remedio non poſ-

& ipſam rem conſequi præſens; neque enim in terminis, quos tractamus, & quibus reſtitutio olim dabatur, hoc conſequi contra abſentem præſens poteſt, ut res reſtituatur ipſa: itaque hoc ſatis eſt, quod hodie beneficio *d.l.*2. interrumpere poteſt uſucapionem, qui præſens eſt, & ita ſibi contra quandocunq; reverſum conſervare directam actionem, quæ ſi conſervari integra alia ratione potuiſſet, prætor ſuo edicto & actione propoſita, remedium reſtitutorium non dediſſet. Jam ut ad propoſitionē majorem redeamus argumenti propoſiti, quod non valenti agere non objiciatur, imò non currat præſcriptio: communiter diſtinguunt Doctores inter impedimentum facti & iuris; quod hoc demum, non itidem illud inhibeat, & ſiſtat uſucapionem. Quæ diſtinctio optimam & perſpicuam rationem habet; neque enim ius, quod introduxit uſucapionem factorum ſingulorum, aut quæ in facto poſſunt agendi afferre impedimentū, poteſt habere rationem; Cæteroquin nimis ſæpè inhiberetur uſucapio & eſſet in incerto. At ubi ipſum partier ius inicit impedimentum agendi, tunc & ipſam inhiberi uſucapionem ratio ſuadet. Atquin impedimentū, de quo hic agimus, non iuris eſt, ſed facti. Atqui hinc contra filiusfamilias, quia ratio ius facit, quo minus agere poſſit, præſcriptio quoq; non currit *l.*1. *in fin. C. de annal. except* nec contra mulierem, interim dum ratione iuris obſtante actionem movere non poteſt *l. in rebus*, 30. *verſic. omnis*, *C. de jure dot.* nec ubi obligatio conditionem, aut diem habet *l. cum notiſſimi*, 7 § *illud*, 4. *C. de præſcription. triginta annorum.* Quæ ita obtinent in impedimento iuris, ut ita dicam, intrinſeco, ordinario & perpetuo, & quod ipſam perſonam inhabilitat: aut obligationē, ſecus in extraordinario & extrinſeco, veluti, propter ferias, aut quod prætor ſui copiam non facit, aut Imperator ſpeciale beneficium dilationis concedit, ut *l.*2. *C. de precib. Imp. off.* hic enim præſcriptio inchoata currit, ſed datur reſtitutio, vide *Gomez. hic num.* 14. *& ſeq. Bald. in l. quibus.* 2. *C. d. t. col.* 1. *&* 2. Quæ interim annotare viſum fuit contra Ant. Fabrum, qui de erroribus pragmaticis *decad.*3. *cap.* 9. *& decad.* 88. *error.* 8. abſurdè contendit, nec iuris impedimento inhiberi, & ſiſti uſucapionem.

Permittitur domino] Ita dicitur, vel temporis præteriti conſideratione, vel quia, ut diximus, hoc colore hanc intendit actionem, quaſi etiam num dominus eſſet.

Tunc reſciſſa uſucapione.] Hic aliquid dicendum eſt, de opinione Doctorum, qua hic duplex remedium † ei, qui læſus eſt, dari & neceſſarium eſſe 2 putant, reſcindens & reſciſſorium. Ita nimirum ſtatuunt, primò, libellum eſſe offerendum pro reſcindenda uſucapione, & ita juxta libellum iſtum prætorem officio nobili reſcindere quaſi uſucapionem: & tum reſciſſa uſucapione, per hoc reſcindens judicium, num demum prætorem dare reſciſſoriam actionem, per quam ipſam rem actor conſequatur. Equidem jure veteri in omnibus actionibus ferè duplicis judicii ſpecies apparebat; quædam enim in jure fiebant apud prætorem, formula petebatur, exceptiones, replicationes proponebantur, pro qualitate actionum, & formulæ inſerebantur, tum demum partes cum formula ad judicem pedaneum mittebantur. At enim tractatio illa apud prætorem judicium non dicebatur; & Doctor. proprium quid hic ab aliis actionibus ſtatuunt obtinere; cum præſertim non de veteri, ſed de eo proceſſu & jure diſputent, quo ipſi magiſtratus judicant; & putant (quod longè ab aliis judiciis erat alienum) duplicem libellum, duplicem litis conteſtationem, duplicem etiam pronuntiationem intervenire, nimirum decretum magiſtratus, quo reſcindatur uſucapio; tum ſententia judicis, quo res reſtitui jubeatur. Quod ego falſum eſſe dico.

Fatebor quidem & amplius, accidere aliquando, ut duplex quaſi pronuntiatio intercedat; & hoc ſcilicet in reſtitutionibus minorum; veluti ſi manus ſint porrigendæ contra tertium: & ubi, verbi cauſa, qui rem à minore emit, jam in alium tranſtulit; hoc enim caſu cognita cauſſa, ſi minoris ipſam rem habere interſit, prætor eum contra tertium, & ſcilicet rei poſſeſſorem reſtituet, licet hic nihil cum minore cōtraxerit, ut eſt in *l. in cauſſa*, 13. § 1. *de minoribus.* Et tamen magis puto, nec in his terminis duplex pronuntiatum interveniſſe, aut prætorem per proprium quoddam decretum contractum reſcidiſſe, & tum demum in rem actionem minori dediſſe, ſed ſi prætor cauſſa cognita deprehendiſſet æquum eſſe, ut res minori reſtitueretur, rectè ei reſciſſoriam actionem contra tertium poſſeſſorem conceſſiſſe, ſed quod ex *d.l.* 13. § 1. probatur, dum ait Juriſconſultus, quod minori contra tertium ſuccurratur, aut cognitione prætoria, aut data in rem actione, id eſt, ut prætor, vel det judicem pedaneum, vel ipſe negotium totum decidat, & rem recta minori reſtitui jubeat: Ineptum autem ſit putare, prætorem

primum

primum per decretum, actum ſive contractum reſcidiſſe, & tum demum quaſi ſeparato judicio rem reſtitui juſſiſſe. Et igitur duplicitas hæc judicii reſcindentis, & reſciſſorii apparet nuſquam; quæ & longè abſurdior ſit futura in noſtro caſu, ubi tantum agitur cum uno. Et ita omnino ſtatuendum eſt, quod ſicut in edicto, quod metus cauſſa, & de dolo, non alio modo prætor reſtituere dicitur, quam dum concedit actionem metus & doli. Ita & hic reſtitutionem poſitam eſſe in ipſa actionis reſciſſoriæ conceptione: dum prætor cauſſa cognita actionem contra eum, qui rem uſucepit, concedit. Et teſtatur *Iuſtinianus in §. ſed iſta, 5. in fin. hujus tit.* quod in hac actione actor dicat poſſeſſorem non uſucepiſſe, quod tamen uſucepit, quæ formula non conveniret, ſi jam alio judicio reſciſſa eſſet uſucapio; &, ſi id ita eſſet, jam veteri actioni locus eſſet, nec neceſſaria nova actio prætoria, quæ utilis & reſciſſoria dicitur *l. ult. C. quib. ex cauſ. maj. l. 3. reſtit. milit. l. ab hoſtib. 18. C. de poſtli. reverſ.* Poſſit fortaſſe hic explicari, quod prætoris decretum non habeat eam vim, ut completam jure civili uſucapionem reſcindere & nullam reddere & rurſus eodem jure civili extinctam actionem reſtituere & reducere poſſit: itaque utcunque decreto reſcindente prævio, nihilominus tamen ita agendum, & novâ actionem neceſſariam fuiſſe, ſed ut hoc ita ſit, cui bono igitur fuerit, ut prætor decreto proprio ſuper reſciſſione uſucapionis pronuntiaret? Vidi, qui pro duplici judicio adſtruendo produceret *l. uls. §. ult. ad Senatuſconſultum Vellejan.* ubi ait Juriſconſultus reſciſſa interceſſione in dominum reſtitui actionẽ. Sed conſtat ſanè, in materia hujus Senatusconſulti, nullum duplex judicium reſcindens & reſciſſorium eſſe: Sed nimirum aut mulier tantum acceſſit obligationi, & mulieri tantum ſuccurritur; aut ita intervenit, ut prior obligatio perimeretur, & vetus debitor liberaretur, & tunc in veterẽ debitorẽ actio reſtituitur, quæ & ſimpliciter in eum dare dicitur in *l. quamvis, 8. §. quoties, 7. & §. Marcellus, 9. ad Vellejanum*, eademque ratio eſt, ſi pro ſervo intervenerit, ut in dominum reſtituatur actio *d. l. uls. §. ultim.* quod ſimplicius proponitur in *l. ſed ſi, 9. eodem tit.* Cæteroquin non aliunde rectius, quã ex *d. l. uls.* explicari poteſt, quod in *hoc §. & in l. in honorariis, 35. in fin. de Obligat. & Action.* dicitur reſciſſa uſucapione rem peti; quibus verbis Doctores ad tuendum errorẽ ſuum abutuntur, nihil enim aliud ſignificat, reſciſſa interceſſione actionem in dominiũ dari aut reſtitui, & videlicet ut interceſſio mulieris pro nulla habeatur, & prætor tamquam ſi ea nõ interveniſſet, in dominum det actionem; Ita & hic dicitur idẽ, quoniã prætor cauſa cognita, uſucapionẽ pro nulla habet; & ſignificatur effectus reſciſſoriæ actionis, quæ non obſtante uſucapione rẽ à poſſeſſore evincit; adeo vi ipſa dum prætor actionem hanc concedit, uſucapionem quaſi reſcidit.

Eodem ſenſu dicitur in *l. metum, 9. §. volenti, 4. quod metus cauſſ.* in perſonam dari actio reſciſſa acceptilatione; ſi videlicet quis per vim, intentato metu coegerit ſibi accepto ferri debitum; eſt enim & hic utilis in perſonam, ut acceptilatio pro nulla habeatur, itemque in *§. ſeq. reſciſſa traditione rem peti*, ex quo non niſi ridicula duplex judicium quis introduxerit. Poſſit etiam quis pro ſententia Doctorum moveri ex *l. noviſſimè, 7. § penult. quod falſ. tutor. author.* Ubi dicitur venire in judicium illud fructus, quos quis in reſtitutorio judicio eſt facturus: adeò per illud judicium poſſit intelligi judicium aliquod reſtituens, poſt quod ſequatur reſtitutorium. Quæ autem judicii reſtituentis & reſtitutorii, eadem reſcindentis & reſciſſorii ratio eſt. Sed naſcitur iſta objectio ex falſâ iſtius loci interpretatione: & judicium iſtud in quo habetur ratio ſumptuum futurorum, non eſt aliquod judicium reſtituens, quod agitetur coram prætore, & quo hoc tantum agatur, ut reſtituatur actio; ſed eſt vera actio, quæ tractatur coram judice pedaneo, & ſcilicet alio in factum in tutorem falſum, qui tanquam tutor præbuit authoritatem puberi cum actio contrahendi, & eſt actio quaſi ex delicto & quæ coerceat dolum *l. hujus, 9. §. 1. l. falſus, 11. quod falſ. tutor.* & in conceſſione hujus actionis, ipſa reſtitutio conſiſtit, quam edicto ſuo pollicitus eſt prætor *l. 1. §. ult. eodem tit.* à quo planè diverſum eſt judicium reſtitutorium, cujus eſt mentio in *d. l. 7. §. penult.* & quod datur in pupillum, qui fortè ex contractu factus eſt locupletior. Ex quibus etiam confutatur alia opinio Doctorum relata à *Jaſon hic numero 16.* qua hanc actionem ab aliis diſtinguunt, quod hæ ſimpliciter objus quæſitum competant; ſed pro illa ſit implorandũ officium judicis, nam omnes actiones olim à prætore erant petendæ, ſed hanc ſaltẽ agnoſco rationem differentiæ; quod aliæ actiones, verbi cauſſa, ex contractu quæſitæ, ſimpliciter concedebantur, ſed hæc ſicut & aliæ reſtitutoriæ cauſſa cognita dabantur, & ſæpe à prætore negabantur. Cætera explicata ſunt in *tract. de Act. deſſut. 3.*

Intra annum.] Præcedens error quem confutavi alii & graviori errori causſam dedit; ut nimirum ſtatuerent duplex tempus; alterum pro judicio reſcindente, alterum pro reſciſſorio, & illud quidem intra quadriennium continuum durare, quo referunt *l. ultim. Cod. de temp. in integr. reſtitut.* hoc autem finiri anno utili referunt hunc textum & cæteros, qui utilis anni faciunt mentionem, *l. in honorarius, 35. de obligat. & action. l. ult. Cod. ex quibus cauſſ. major. l. ab hoſtibus*, 18. *Cod. de poſtlimin. reverſis*, omnino abſurdè, cum nuſquam in Digeſtis & Codice, niſi utilis anni mentio fiat, & Juſtinianus in *d. l. ultim. Cod. de tempor. reſtitut.* annum utilem in quadriennium continuum mutaverit. Et nimirum prætor petita reſtitutione protinus hanc actionem dabat, adeò aliud tempus conſtituere, intra quod ea moveatur penitus ineptum & ridiculum eſt; quoniam ipſa actio à prætore petebatur, qua & impetrata jam non amplius ſupereſt quæſtio, intra quod moveri poſſit. Itaque unicum tantum eſt tempus, intra quod reſtitutio & hæc actio reſciſſoria petitur, ut pluribus oſtendi *d. diſputat. 3. theſ. 29.* Et eſt nova iſta actio prætoria & falſum quod reſciſſo obſtaculo veterem dari actionem poſt Dd. *ſcribit Iaſon h. t. num. 14.*

Illud autem ſingulare eſt, quod hoc tempus quadriennii continui, præter naturam aliarum actionum, non tantum introducendo negotio, & inſtituendæ actioni, ſed etiam finiendæ præfinitum eſt, *d. l. ult. Cod. de tempor. reſtitut.* idemque probat *l. penult. & l. 5. Cod. eodem tit.* juncto textu, ex quo deſumpta eſt, in *l. 2. Cod. Theodoſian. de in integrum reſtituend.* & quod judicium quoque doli intra biennium voluit finiri. Conſtantinus in *l. ultim. Cod. de dolo.* Et hoc fortè, quæ hæc judicia ſunt extraordinaria, quæ dantur contra actus jure civili perfectos. Nec diſſimile eſt; quod ſpeciali favore cauſſæ fiſcales intra ſex menſes finiendæ ſunt, *l. ult. ubi Cujacius Cod. de jure fiſci.* & ſuper cauſſis excuſationum quæ agitatur controverſia; intra quatuor menſes abſolvi debet. *l. quinquaginta, 38. de excuſat. tutor.* quæ tamen omnia accipienda ſunt cum mica ſalis, ut ſi qua juſta cauſſa interveniat, aut mora contradictoris, vel judicis tempora prorogentur, aut utique reſtitutio concedatur, *argument. l. ſi cum, 39. de excuſat.* quod enim ibi reſponſum eſt, in ſimilibus quoque cauſſis valere debet. Illud perſpicuum eſt, quod hîc annus currat à tempore ſublati impedimenti, ex quo agi poteſt, & abſens reverſus eſt, quod innuit hujus 5. particula *tunc*, de quo *Iaſon hic num. 28. & 29.*

TEXTUS.

6. Item ſi quis in fraudem creditorum rem ſuam alicui crediderit, bonis ejus à creditoribus poſſeſſis ex ſententia præſidis permittitur ipſis creditoribus reſciſſa traditione eam rem petere, id eſt, dicere eam traditam non eſſe, & ob id in bonis debitoris manſiſſe.

COMMENTARIUS.

1 *Quibus caſibus competat actio Pauliana.*
2 *Quando hæc actio detur.*
3 *An hæc actio ſit perſonalis, nec ne, & an hoc §. de actione Pauliana agatur.*

PRoponitur hic actio, qua ſuccurritur creditoribus, in quorum fraudem debitores, cum viderent ſe ſolvendo non eſſe, alienaverunt bona. Idque poteſt fieri tribus temporibus, 1. poſtquam † debitores ceſſerunt bonis, aut etiam decretum ſuper vendendis bonis interpoſitum fuit. Ceſſio enim jus quidem in omnibus bonis tribuit creditoribus, ſed poſſeſſionem actualem non transfert; ut nihilominus, quædam clam creditores, de facto debitor alienare poſſit, 2. poſtquam ſaltem ex primo decreto contra debitorem latitantem immiſſio in bona ejus facta eſt; quæ & ipſa cum actualem poſſeſſionem bonorum non conferat, potuit quid in fraudem creditorum alienari per debitorem. Denique etiam necdum ulla miſſio ſit facta in poſſeſſionem bonorum, poteſt tamen in fraudem creditorum, alienare debitor, qui cum incipit labi bonis, metuit, ne bonorum immiſſionem pati, aut etiam bonis cedere cogatur; patet ex *l. ſi quis*, 15. *& l. omnis. 17. & paſſim tot. tit. C. quæ in fraudem creditorum* omnibus caſibus ſi quid ita in fraudem alienatum ſit, poteſt revocari per creditores, per actionem revocatoriam, quæ dicitur Pauliana, ita ut res alienata rurſum redeat ad bona debitoris, ut cum cæteris, verbi cauſa, vendi & ex ea creditoribus ſatisfieri poſſit. Tum enim demum competit hæc actio, ubi conſtat debitorem ſolvendo non eſſe, & ejus bona quæ jam tenet, non ſufficere creditoribus *l. 1. & 2. & 5. C. de his, quæ in fraudem credit. l. ait*, 10. *in princ. ff. eod.* Et datur ſcilicet regulariter adverſus

adversus eos, in quos res translata est à debitore; & datur creditoribus, *h. §.* ubi additur hic color & hæc formula, quod creditores dicant, eam rem traditam non esse, & ob id in bonis debitoris mansisse. Ex quibus verbis ostenditur affinitas hujus actionis cum duabus præcedentibus in quarum altera dicit actor rem usucaptam, cum revera non esset; in altera dominium non amissum & non usucaptam rem, cum tamen revera esset; ad eundem modum in hac dicunt creditores actores, rem non esse traditam & in bonis debitoris mansisse, cum tamen revera tradita esset, & ex bonis debitoris exiisset. Quod notandum est contra Hottomannum, qui contra formulam *hujus §.* nihil movet; cum tamen, quod de prioribus duabus actionibus traditur, falsum & nugatorium esse scribat: & est verò ubique eadem ratio. Sicut autem actionis, de qua in *§. præcedenti*, quæ rescissa usucapione dari dicitur, hic effectus est, ut possessor rem restituere cogatur, ut maximè jure civili ejus dominus factus sit, ita hujus Paulianæ effectus est, ut cum rescissa traditione competat, id est, perinde competat, ac si debitor rem non tradidisset, sed aliundè ad possessorem pervenisset, eam possessor creditoribus agentibus restituere necesse hebeat. Sed quo jure agunt creditores, & actionem hanc movent, quæ in rem est juxta hunc *§.* quod series ipsa & connexio arguit, & verbum petendi, quod actionum in rem proprium est. Respondeo eam speciali edicto prætoris esse accommodatam creditoribus, & ideò non tam nativam (de qua distinctione infrà agemus) esse quam dativam. Et quidem causam ejus dandi hanc fuisse: postquam jam jus creditoribus est quæsitum in bonis debitoris. Nam, ut diximus, non datur creditoribus hæc actio, nisi postquam debitorem solvendo non esse, & cætera ejus bona creditoribus non sufficere constat: quod tum demum exactè constat, ubi bona à creditoribus possessa, & jus bona vendendi iisdem permissum est, per secundum decretum prætoris: quo casu curator ferè bonis dari solet, qui & creditorum nomine, aut si quem ipsi creditores ad hoc constituerint, a experietur hac actione. Idque est, quod † innuitur *hoc §.* per verba, *bonis ejus à creditoribus possessis*, quod nimirum tum demum hæc actio detur, non etiam antè, cum dubitari potest, an bona cætera sufficiant creditoribus. Et igitur Donellus *hunc §.* vitiosè planè, & per fallaciam compositionis & divisionis hæc verba ita accepit, ac si significarent, pro iis demum donis revocandis competere hanc actionem, quæ debitor cum jam bona possessa essent, alienavit, quod perspicuè falsum est: & non ad tempus factæ alienationis, sed intentandæ hujus actionis ea verba pertinent: idque est, quod post Doctores notat *Iason num. 26.* non esse locum remediis revocatoriis, nisi ex cussis omnino bonis debitoris: *& de eodem num. 66.* Igitur hoc modo creditores bona alienata revocant à possessoribus, ut cum cæteris vendantur, & ex iis, creditoribus, quorum causa potior est, satisfiat. Atque hæc est actio Pauliana, quam hoc §. paucis attingit, & perstringit Justinianus: eaque est communissima omnium Interpretum opinio: à qua temerè discessionem fecit Donellus hic, quem pauci, & exigui judicii † homines secuti sunt; ex hac præcipuè ratione, quod, ut antè diximus, hoc §. scopus Justiniani fuit proponere actionem realem. Atqui actio Pauliana potius videtur personalis, per argumenta, quæ adduxi ad *Treutler. de benefic. credit. §. & in meo tractat. de actionib. disput. 3. thes. 39.* Et quod actio Pauliana magis sit personalis, ab ipsis Interpretibus vulgò communius probari videō. Ita enim *gloss. hic*, ad verba, *eam rem petere* movet hoc dubium, quare hæc actio sit proposita inter actiones in rem, cum ipsa personalis tamen sit: & respondet, id ob similitudinem fieri, quam habet ista actio cum prioribus duabus, hactenus, quod dicatur & in Pauliana aliquid, quod non est revera factum, vel potius non esse factum, quod revera factum est: & *gloss. in l. ait*, 10. *§. si quis particeps, qua in fraud. creditor.* adeo ait esse personalem hanc actionē, ut & in rem scriptam esse neget. Et ut maximè in rē sit scripta, tamen constat, eas, quæ tales sunt, origine in personam esse, nec illa similitudo relata in gloss. hic satis esse videtur, pro methodo hac defendenda, qua Justinianus hic est usus. Nec Interpretes cæteri dubitant, quin actio Pauliana, ex delicto aut quasi contractu descendat: Et ex delicto quidem, si qui rem accepit à debitore, fraudem participaverit: sed ex quasi contractu, si non participaverit: ut tractat & confirmat *Iason in hoc. § n. 104. & sequentib. & n. 112. in fin.* intrepidè tenendū ait, quod non sit hæc actio dativa, sed nativa, & quod habeat materiā præexistentem. Mihi verò istæ traditiones non admodū sapiunt. Et ut maximè dolus sit delictum, & aliquid delinquat, qui rem emit à debitore, quem scit in fraudē debitorū alienare, nihil tamen egit cum creditoribus, in quos propriè nec deliquisse videri potest: & actiones ex delicto nō solent dari ad evocandā rem, sed ad pœnam aut utiq; ad interesse: nec formula illa,

quam hîc proponit Justinianus, necessaria esset, si ex delicto ageretur, imò plane actio ex delicto inepta est: quorsum enim attineret, dicere rem mansisse in bonis debitoris, si saltem de rei dolo coercendo ageretur. Illud longè autem improbabilius est, quod Jason contendit, etiamsi possessor non fuerit conscius fraudis, sed rē bona fide acceperit, & scilicet ex causa lucrativa, (nam qui titulo oneroso rem accepit bona fide, hac actione non tenetur) tamen eum obligatum videri ex quasi contractu. Etenim quasi contractus habent aliquam, licet taciram conventionem, quæ hic planè nulla est, cum possessor nihil planè egerit cum creditoribus: neque verò qualitas tituli, quod vel onerosus vel lucrativus est, facere potest, ut magis vel minus actio sit ex quasi contractu. Et dissimile planè exemplum est, quod Jason affert de eo, qui indebitum accepit: quoniam hic inter solventem & accipientem negotium geritur, ut explicatum est ad §. *pen. suprà, de obligat. quasi ex contract.* Itaque censeo verissimam esse Ultramontanorum, quam refert, & malè improbat Jason *hic num.* 111. Quod hæc actio Pauliana sit potius dativa, quàm nativa: & quod æquitatis consideratione prætor hanc actionem concesserit creditoribus, omnimodo quidem contra eum, qui rem tenet ex causa lucrativa, sed si ex causa onerosa, tum demum, si fraudis particeps fuerit: nimirum quia putavit potiorem habendam rationem creditorum, qui certant de damno vitando, quàm ejus, qui captat lucrum: Jason autem ita argumentatur:

Omnis actio personalis vel est ex contractu vel ex maleficio, & vel vero vel quasi, & adeò est nativa.

Atquin hæc actio est personalis.

Ergo, &c.

Nego *primò* majorem esse universalem & sine exceptione: quod supià ostendi exemplo actionum, quæ sunt ex pactis legitimis, & alias speciali quadam æquitate conceduntur. Et verò cur non possit quædam actio personalis esse dativa? & quod talis sit actio de peculio probavi *in tract. de Actionib. disput.* 8. *thes.* 9.

Quod autem in assumptione pro vero ponitur, omnino apud me controversum est, propter hunc §. nam hanc actionem refert inter reales actiones, & utitur verbo petere, quod actionum in rem proprium est, neque actionis formula, convenit ullo modo actionibus in personam, ut quod contra possessorem tertium hæc actio datur, cum quo nihil actum est, certum indicium est, actionem esse potius realem.

Verùm ex quo jure tandem in rem, vel quo jure dabitur hæc actio: siquidem nec dominium creditores habent, & neque hic de casu hypothecariæ, sed specialis actionis tractamus. Donellus hinc & ex his causis negavit in hoc §. agi de actione Pauliana, sed confinxit agi de actione quadam hypothecaria, qua creditores persequantur bona in fraudem alienata.

Sed obstat, quod suprà probavimus competere hanc actionem, etiam ubi quid alienatum fuit, antequam bona possideri ceperint, tum si jure pignoris alicujus persecutio fieret, non esset necessarium creditores dicere, quod res in bonis debitoris mansserit, quippe per alienationem rei oppignoratæ, certum est, non tolli jus pignoris, sed hoc rem quocunque eat, comitatur.

Fateor habere istam actionem quasi speciem quandam hypothecariæ actionis, si ponas quid alienatum fuisse à debitore, cum jam immissio in bona facta esset, quomodo constat contrahi jus pignoris, quod prætorium appellatur, sed enim dicam hanc ipsam Paulianam esse quasi hypothecariam, & quasi ad exemplum ejus introductam. Nam hypothecaria, de qua §. sequenti, propriè competit, ubi ex Lege vel convent one res obligata est, quæ conventio hic deficit: ut quasi speciali actione fuerit opus, quæ scilicet est Pauliana; sed quæ longè latius pateat, quàm hypothecaria: & nimirum, quia *primò*, ut jam dictum, competit etiam pro rebus alienatis, antequam pignus prætorium constitutum.

Secundò, quia datur non tantum, ubi res alienatæ, sed etiam ubi actiones, ut ita dicam, alienatæ, & scilicet debitor debitorem suum in fraudem creditorum suorum liberavit *l. hac*, 14. *in princip. quæ in fraudem creditorum*. & quæcunque eadem in fraudem facta sunt, revocantur. Ex quo &, ut omnino statuam, hanc actionem esse dativam, & mera consideratione æquitatis à prætore introductam: itaque planè mistæ naturæ, & quæ modo realis, & inter alia in terminis *l. ait*, 10. §. *& fructus*, 20. *l. ultim. §. 1. quæ in fraudem creditorum*. modò personalis naturam imitetur. Itaque Justinianus in hoc libro & tit. non propositum haberet naturam actionum singularium plenè exsequi, cum sub actiones reales retulisse actionem Paulianam, non quasi illa semper & omnibus casibus, & purè in rem esset, aut actionis in rem naturam semper imitaretur:

Digitized by Google

taretur: ſed quia etiam & ſuis caſibus eſſet in rem, & utique hujus naturam & conditionem ſequeretur: veluti cum datur contra poſſeſſorem, qui nihil cum creditoribus egit, & qui titulo lucrativo rem tenet. Et facit, quod nec actio, de qua *in §. praced.* omnibus caſibus eſt in rem, veluti in ſpecie *l. Julianus*, 17. §. 1, *l. ſi quis*, 41. & *l. ſi quis*. 43. *Ex quibus cauſ. major.* Et hinc etiam eſſe puto, cur hæc actio dicatur in factum *d. l. hac*, 14. *quæ in fraudem credit.* de quo tractat *Inſon hic num.* 97. (Alias enim actiones in factum dicuntur, quæ aliis actionibus ſunt ſubſidiariæ *§ ult. ſupra ad Legem Aquil. l. non debet*, 11. *in fin. de dolo malo.*) quoniam eſt natura ſua extraordinaria ex nulla certa cauſa competens, ſed pro ut res & æquitas poſcit, accommodatur. Nam & alias, quæ id genus actiones ſunt prætoriæ à prætore deficientibus aliis actionibus accommodatæ, in factum appellari ſolent, ut *in l. fin. in princ. De eo per quem fact. erit.* Atque hæc quidem ad explicandam naturam iſtius actionis hic proponere viſum fuit: cætera ex ſupra citatis *ad Treutler part. 2. diſput. de benefic. credit. theſ. 5. & ex tract. de actionib. diſput. 3. theſ. penult.* huc repeti volumus. Unicum addo, quod Theoph. cujus non levis eſt autoritas, hanc actionem, de qua hoc §. agitur, & in rem & Pauliannam appellat.

TEXTUS.

4. Item Serviana & quaſi Serviana (quæ etiam hypothecaria vocatur) ex ipſius prætoris juriſdictione ſubſtantiam capiunt. Serviana autem experitur quis de rebus coloni, quæ pignoris jure pro mercedibus fundi ei tenentur. Quaſi Serviana autem eſt, qua creditores pignora hypothecasve perſequuntur. Inter pignus autem & hypothecam, ad actionem hypothecariam. quantum attinet, nihil intereſt: nam de qua re inter debitorem & creditorem convenerit, ut ſit pro debito obligata, utraq; hac appellatione continetur: ſed in aliis eſt differentia: nam pignoris appellatione eam rem proprie contineri dicimus, quæ ſimul etiam traditur creditori, maximè ſi mobilis ſit: at eam quæ ſine traditione, nuda conventione tenetur, propriè hypothecæ appellatione contineri diçimus.

COMMENTARIUS.

1 *Hypothecaria actio qua.*
2 *Serviana ad quid detur.*
3 *Et an in omnibus ſpeciebus pignoris habeat locum.*
4 *Differentia pignoris & hypothecæ.*

MOnuimus ſupra *ad §. quibus modis re contr. obl.* actionem pignoratitiam ab actione hypothecaria accuratè eſſe diſtinguendam. Illa eſt ex contractu perſonalis, & datur debitori: pro repetenda re pignorata, ubi debitum ſolutum, aut alio modo obligatio pignoris finita eſt. Hæc eſt in rem, *l. 17. de pignor. l. 18. C. eod. l. 3. §. ad exhib. l. ſi cum*, 66. *in princ. de evictionib.* & non naſcitur ex aliqua conventione, ſed ubi per conventionem res pignori nexa eſt, propter jus in re quæſitum creditori, ex edicto prætoris, non ſoluto debito, & obligatione pignoris adhuc durante, creditori datur ad rem perſequendam, ut porro morante debitore, re diſtracta debitum conſequatur. Nam quod ſcriptum eſt *in l. ſi tibi*, 17. §. 2. *de pact.* ex pacto naſci actionem hypothecariam, paulò pinguius dictum accipiendum eſt: quod nimirum conventio de pignore nuda quoque faciat, ut res pignori nexa ſit: quo nexu poſito, ex edicto prætoris competit actio hypothecaria, ut alibi pluribus oſtendi. Planè ut ad *d. § ult. quibus modis re contr. ob.* diximus, pignoratitia actio paulò abuſivè uſurpatur aliquando pro actione hypothecaria, *l. 3. §. 3. ad exhib. l. Tutius*, 9. *in fin. princ. quibus modis pignor. ſolv. l. rem.* 4. *de pignor. act. l. communi*, 7. *§. inter.* 12. *communi dividund. l. duobus*, 19. *l. penult. §. 1. de except. rei judic. l. naturaliter*, 13. *in princip. de condict. indebit.* Actio autem hypothecaria †in genere eſt, qua creditor rem quamcunq; pignori obligatam perſequitur. Itaque non animadverto, cur eam appellationem hic quaſi propriam faciat Juſtinianus actioni quaſi Servianæ: cum nulla ratio dari poſſit, cur non & ipſa Serviana dici debeat & poſſit hypothecaria, niſi fortè quod cũ initio tantũ pro rebus coloni hæc actio introducta eſſet, propriũ ſibi nomẽ fecit ab authore Servio, prætore, quæ poſtea ad quæcunque pignota producta nomine hypothecariæ appellata fuit, cum illa propriũ jã nomen haberet: ſed quæ ſanè ab objecto rectè & ipſa vocatur hypothecaria, & hinc videntur etiã ita ſeparari *in l. 3 §. 3. ad exhibend.* Inprimis autẽ cũ præter cõventionale, ſint & aliæ ſpecies pignoris, videndũ eſſet, an pro omnibus hypothecaria competat,

petat, sed prius de actione quæ in specie Serviana vocatur, agendum est. Et Justinian. Servianam 2 competere † pro rebus coloni, quæ Locatori fundi pro mercede sunt obligatæ, quem textum olim secuti Jac. De Rau. & Petr. de Bellapert. negaverunt Servianæ actioni locum esse pro rebus inquilini obligatis pro mercede, & miror reliquos omnes communissime veteres, ut inprimis ex *Nic. de Neap. & Iason hic n.* 23. & 24. apparet, non tantum improbare eam opinionem, sed etiam ut absurdam & manifesto falsam explodere & irridere. Atquin cum nitatur ea verbis hujus §. ea solidius confutanda, aut probanda erat. Et video eos unico uti fundamento, quod eadem sit ratio coloni & inquilini. Ad quod ego facile respondeo, paritatem rationi feciſſe, ut actio primo introducta pro rebus coloni, etiam porrigeretur postea ad res inquilini, & scilicet pro his persequendis actio quasi Serviana daretur. Et potuit non defuisse ratio, quæ moveret prætorem, ut initio locatori fundi tantum proponeret actionem in rem, vel quod locator iste minus providere potest, ne res sibi obligatæ alienentur, vel quod alias prætor non satis putabat consultum locatori, cum coloni fere sint in re tenui, & locator sibi speciatim de rebus quibusdam caviſſet. Etenim & hic omnino sentio contra Dd. Servianam ad eas res pertinere, quas colonus nominatim pro mercede fundi obligavit, quod & ita Theoph. hic proponit, quomodo *in §. adipiscenda 3. infra de interdict. in fin.* Salvianum Interd. dicitur competere ad persequendas res, quas colonus pignori pepigit. Et proprium est prædiorum urbanorum, ut quæ in ea invecta sunt, etiam citra conventionem expressam, tacito pignori teneantur: quam sententiam solide confirmavimus ad *Treutl. de pignorib. & in Tr. de pignorib.* ideoque nihil addo. Solet autem aliquando actio Serviana in genere usurpari, ut etiam quasi Servianam comprehendat *l. 1. C. de Salu. interd. l. 3. de pignorib. l. si creditor* 28 *de pignor. act.* De quasi Serviana ait Justi. quod ea creditores pignora hypothecasve persequantur. Ipsa appellatio quasi Servianæ ostendit & arguit, per productionem id fuisse receptum, ut quod primo tantum pro locatoribus & in rebus coloni obligatis introductum erat, post, omnibus creditoribus ex quacunque causa, ad res quascunque persequendas concederetur, quod an ab ipso prætore edictum suum producente, an à ICtis factum esse dicamus, parum interesse puto. Sed videndum an in omnibus speciebus pignoris, & videlicet, etiam prætorii, judicialis & legalis, ea actio habeat locum. Et de legali vix dubium esse potest, quod nulla actio alia hic sit, & inutilis vero hypotheca futura, si ejus persecutio non sit, & censetur Lex eo jure & effectu hypothecam dedisse, quo etiam per conventionem constituitur hypotheca, facit *l. ubi 26. C. de jure dot. l. assiduis* 12. *C. qui potior in pign.* & in primis quod *in l. ultim. C. de pact. convent.* dare se profitetur Justinianus hypothecam, si nihil inter partes conventum sit; & igitur in locum conventionalis hypothecæ: Pro prætorio pignore sufficere videtur actio Pauliana, juxta paulo ante dicta: sed imo tamen non sufficit, quippe quæ competat tantum pro rebus alienatis per debitorem, potest autem quid alia ratione & modo ad alium pervenisse, potest etiam possessio jam per creditores actu apprehensa, aliquo casu amissa esse, ubi sane cessante actione Pauliana, hypothecaria necessaria videtur, quam & nominatim dedisse videtur, *Inst. in l. 2. Cod. de prat. pignor. uti Cyn. Salicet. & alii communiter ibid.* annotarunt.

Porro cum hæc actio sit in rem, in ceteris actionum quoque in rem † naturam imitatur. Et a proinde ex parte Rei possessio requiritur, ex parte actoris, jus pignoris, quod quomodo constituatur, proprio loco & in materia pignorum explicatur: prout tamen vel contra ipsum debitorem, vel contra tertium possessorem, & hunc vel causam à debitore habentem, vel non, agitur, ita & probatio variat: ut scilicet aliquando rem fuisse in bonis debitoris, necesse sit probare: aliquando, simplicem obligationem pignoris probasse sufficit, de quo plenissime, *Iob. Fab. Ang. & Ias.* hic tractant, & nos diximus *in Tract. de Action. disput.* 3. Iidem & arbitraria hæc actio est, sicut ea quæ jure dominii competit. de quo dicemus aliquid *in f. ad §. praterea* 31. Ait Justin.

Inter pignus & hypothecam.] Nihil differre pignus & hypothecam ait, quo ad actionem hypothecariam: quo sensu & ICtus *in l. 5. §. 1. de pign.* (inscriptio enim est, ad formulam hypothecariam) inter illa nihil nisi nominis sonum interesse ait. Et pro ratione subjicit, quod de quacunque re convenerit, ut sit pro debito obligata, utraque hac appellatione contineatur, id est & pignoris & hypothecæ: ut verbum *utraque* sit sexti casus: minus autem recte illi, qui utramque rem intelligunt in actionem hypothecariam venire: quod quidem per se verum est: sed sensus horum verborum non est: neque enim de duplici re, sed in genere de re obliga-

ſſigata pro debito, de duplici autem appellatione & nomine loquutus eſt Juſtinianus. Et falluntur Ruſſardus & Contius, qui notant, quod pro *appellatione* Theophilus legerit *actione*. Theophilus enim, ut alias, non verbum verbo reddidit, ſed mentem Juſtiniani expreſſit, quod ſive mihi tradideris rem, ſive ſaltem hypothecæ obligaveris, poſſim movere actionem quaſi Servianam, quod rectiſſime dicitur: poſitis nimirum terminis habilibus, ſi poſſeſſionem rei mihi pignori datæ amiſero: quod ſi enim eam adhuc penes me habeam, Servianæ actioni locus non eſt: ſtaque pignus qua pignus conſideratum, id eſt, qua adhuc illud poſſideo, in actionem pignoratitiam non venit, ſed amiſſa poſſeſſione jam habet naturam hypothecæ, & perinde hactenus eſt ac ſi hypothecæ ab initio obligatum eſſet. Et hactenus accipiendum eſt, quod nihil inter hæc duo intereſſe dicitur quo ad actionem hypothecariam, cæteroquin & quo ad actionem iſtam pertinet, non parum intereſt, quo ad alia. Nam 1. rem tantum hypothecæ obligatam perſequi non poteſt creditor, niſi debitor ſit in mora, & de ſolvendo legitime fuerit interpellatus *l. debitores* 10. *C. de pignorib.* Atquin ſi creditor poſſeſſionem pignoris ſibi à debitore initio traditam amiſerit, ratio manifeſta ſuadet, quod protinus amiſſa poſſeſſione pro ea recuperanda actione hypothecaria uti poſſit, ut ipſi rei pro ſecuritate debiti incumbere liceat, juxta initio tempore contracti debiti dictam Legem.

Deinde jure noviſſimo ex *N.* 4. poſſeſſor actione hypothecaria niſi excuſſis & debitore, &, ſi qui ſunt fidejuſſoribus, conveniri non poteſt, quod itidem ſecus habet, ubi poſſeſſio pignoris amiſſa eſt, quam ut ſtatim in priſtinum ſtatum reponatur ratio ſuadet, & communiter quoque admittunt Doctores de qua re & aliis plenius egimus in Tract. de pignoribus.

Sed in aliis differentia eſt.] JCtus *in l. plebs.* 238. *de verb. ſign.* ait pignus dictum à pugno, quaſi quod manu tradatur, & ob id proprie in rebus mobilibus ſtantum conſiſtere. Unde nata altera differentia, † quod cum mobiles fere res pignori tradi ſoleant, (quod alias earum pignoratarum nullus aut exiguus futurus ſit effectus, ut quæ occultari & corrumpi facile poſſit) pignus ſit, ubi poſſeſſio translata eſt in creditorem, hypotheca autem, ubi poſſeſſio manet penes debitorem *h. text. & l. ſi rem* 9. *§. 2. l. cum & 35. §. 1. de pignor. act.* unde & pignoratitius contractus, cum res traditur *§. ultim. ſup. quib. mod. recontr. obl.* & pignoratitia actio, qua repetitur pignus *d. l.* 9. *§. 3. l. debitor.* 40. *§ uls de pign. act.* Cæterum videtur illa in *d. l.* 238. *de verb. ſign.* magis alluſio eſſe, quam vera notatio: cum nec mobilibus quidem rebus omnibus conveniat: neque enim ſervus, aut bos &c. pugno apprehenditur. Et, ſit rem accuratius putemus, pignus, Latinum, hypotheca Græcum verbum eſt: & non minus ſuppoſitum eſt pro ſecuritate debiti, imo & magis, quod creditori traditum eſt, eoque & proprie loquendo hypotheca erit, ſed ita diſtinguere placuit JCtis.

TEXTUS.

8. In perſonam quoque actiones ex ſua jurisdictione propoſitas habet prætor, veluti de pecunia conſtituta: cui ſimilis videbatur receptitia: ſed ex noſtra conſtitutione (cum & ſi quid plenius habebat, hoc in actionem pecuniæ conſtitutæ transfuſum eſt) & ea quaſi ſupervacua juſſa eſt cum ſua autoritate à noſtris Legibus recedere. Item prætor actionem propoſuit de peculio ſervorum, filiorumque familiarum: & eam ex qua quæritur, anjuraverit actor, & alias complures.

COMMENTARIUS.

1 *Receptitia actio qualis.*
2 *Actio de pecun. conſt. an ſolum pro rebus fungibilibus.*
3 *Cur hic ex pacto nuda detur actio.*

POſt actiones prætorias in rem ſequuntur quædam perſonales: exempla enim tantum proponere voluiſſe Juſtin. ex fine *hujus §.* apparet. Et proponit tres ſpecies, de quarum ſingulis mox ſingulos ſubjicit *§§.* de conſtituta pecunia de peculio, ut eam quæ ex jurejurando datur. Et de actione conſtituti interim iſto *§.* præmittit, quod in eam quodammodo transfuderit actionem, quæ dicebatur receptitia: eaque conſtitutio exſtat *in l. 1. C. de conſtit. pecun.* Notant *Cujac. in paras. C. d. t. & Hottom. hic.* quod receptititia actio † in ſpecie data fuerit contra argentarios, qui quaſi publicum officium exercebant, ſi aliquid ſe ſoluturos recepiſſent: unde etiam nomen acceperit hæc actio: & facit conjectura, quod in extremo *d. l. 2.* fit argentariorum mentio: ſed & expreſſe Theophilus hic de receptitia,

tia, ἀεμοζει, inquit, τραπιζιτης ἀντιφωνήσαντες, id est, competit argentario constituente. Illud autem dubium est, apud me, quod à plerisque & ab Hottoman. quoque hic tradi video, actionem de 2 constituta † pecunia tantum competiisse pro rebus fungibilibus, receptitiam autem pro quibuscunque rebus: ut enim de hoc dubitem illud facit, quod argentarii tantum in pecunia negotiari, & fere pecuniam tantum numeratam tractare & solvere solebant: neque istud mihi ex *d. l.* 2. *C. de const. pec.* videtur colligi posse: quamvis id quoque tradat Theoph. hic quod actio receptitia angustior fuerit olim respectu personarum, cum soli argentarii tenerentur: sed latius patuerit ratione rerum, quod quævis res in eam venirent. Haud scio an Theophilo fidem habere hic debeam: maxime quod prætor argentariorum exemplo videtur hoc introduxisse, ut reliqui quoque cives, & nimirum actione constitutæ pecuniæ tenerentur: nec ulla apparet ratio, cur prætor eam solum ad res fungibiles restrinxerit, si argentarii ob quascunque res tenebantur. Apparet autem hinc ultro, quæ ratio sit, ob 3 quam hic ex pacto† nudo actionem dederit prætor: nimirum ut dixi, argentariorum exemplo motus: cui & hoc accedit, quod Theophilus hic scribit, coercendæ improbitati eorum primum introductam actionem hanc fuisse, qui in jus vocati, ut dilationem impetrarent, promisissent creditori, citra stipulationem, id est hoc se facturos constituissent, ut intra certum tempus satis fieret creditori. Itaque & dubitatum fuisse, an hæc actio danda esset in hæredes, imo an esset annalis & pœnalis, apparet *ex l. 1. & 2. C. de constit. pec. l. item* 18. *§. ult. D. eod.* Et ruunt itaque & futilia sunt, quæ tam prolixe & operose hac de re disputant Dd. ut inprimis videre est apud *Ysonem hic n. 46. & seqq* cujus disputationem examinavi *Tract. de Act. disp.* 8. *th.* 3.

Item actionem de peculio.] Diserte hic Justinianus actionem de peculio refert inter actiones personales: nec desunt tamen qui eam proprius accedere ad naturam actionum in rem arbitrantur, de qua re prolixe dixi *in Tract. de action. disp.* 8. *thes.* 9.

An actor juraverit.] De ea paulo post dicemus *ad §. Item si quis* 11.

TEXTUS.

9. De constituta autem pecunia cum omnibus agitur, quicunque vel pro se vel pro alio soluturos se constituerint: nulla scil. stipulatione interposita: nam alioquin si stipulanti promiserint, jure civili tenetur.

COMMENTARIUS.

1 *Quid si per modum stipulationis constitutum sit.*
2 *Quid si quod vitium sit in stipulatione tali.*
3 *An civili nudæ obligationi accedat fidejussor.*

Hic aliquanto amplius, de actione constitutæ pecuniæ dicemus constitutum est nudum pactum, quo quis se soluturum constituit. Quæ res occasionem dederit, ut hic ex nudo pacto actio daretur, attigimus ad *§. præf.* Diximus ibidem prætorem hoc egisse, ut coerceret & ipse improbitatem eorum qui in jus vocati fidem, quam de solvendo, ut dimitterentur, dederant, fefellissent. Sed ut fere fieri solet, ampliatus postea fuit usus constituti, ut etiam debitum alienum recte constitueretur: utique non ut eo demum casu obtineret, quo quis, ut alius in judicium vocatus, dimitteretur, se pro eo soluturum constituit: textus enim juris indefinite loquuntur. Et hactenus differt à fidejussione constitutum: quod & proprium & alienum debitum constituitur, nemo autem pro seipso fidejubet, tum quod cum fidejussio requirat stipulationem, constitutum & nuda pacto perficitur *h. §. in fin.* Et quid si igitur per modum stipulationis fiat † constitutum, constituis te solvturum? Constituo: an actio ex constituto, an ex stipulatione, an utramque dabitur? Late & intricate hanc rem disputant Interpp. hic & inprimis *Yson. n.* 21. *& seqq.* cujus tractationem excussi *Tract. de Actionib. disp.* 8. *th.* 3. n. hil absurdi habet, si dicamus, postquam prætor ex constituto actionem admisit, utramque actionem concurrere: cæteroquin si cui ista opinio non placeat, manet nihilominus utilitas constituti, cum sæpe accidat, ut citra formam stipulationis quis vel pro se, vel pro alio constituat se soluturum: &, si forte qua in parte inutilis sit stipulatio, † actionem ex a constituto locum habere dicemus: quod contra sententiam Jasonis & Interpp. defendam, etiam ubi quis interroganti an constituat se soluturum, annuerit se id facturum non obstante *l. 1. §. 3. de verb. obl.* ubi dicitur, si quis interroganti annuerit, nec naturalem nasci obligationem. Hoc enim, ut tractavimus *sup. ad pr. tit. de verb. obl.* procedit, ubi fuit animus contrahendæ stipulationis. At enim cum constitutum contrahatur nudo pacto, qui egerunt de constituendo, rationem hanc juris intellexisse, ei se accommodasse & in dubio pacisci voluisse intelligentur.

gentur. Notant communiter Dd. & post eos *Iason n. 55. & seqq.* aliam quoq; differentiam inter constitutum & stipulationem, quod hæc accidat etiam civili obligationi tantum: illud non item, sed oporteat utique aut civilem mixtam aut naturalem tantum adesse *l. 1. §. 6. & l. 3. §. 1. de const. pecun.* Et hoc omnino liquidum haberi debet, postquam præsertim Just. nominatim *in l. 2. C. de constit. pec.* improbatius vetus, quo etiam indebitum actione recepitia poterat peti: indebitum autem dicitur, quod civiliter tantum debetur, quippe quod repeti potest solutum *l. qui ex s. 40. in pr. de condict. indeb.* Sed quod illud attinet, quam vis id Jason pro non dubie ponat, quod etiam pro civiliter † tantum debito recte accedat fideiussor, falsum esse probavimus ad *§. 1. sup. de fidejussorib.* neq; hic repetere libet.

TEXTUS.

10. Actiones autem de peculio, ideo prætor adversus patrem dominumve comparavit: quia licet ex contractu filiorum servorumve ipso jure non teneantur: æquum tamen est, peculio tenus (quod veluti patrimonium est filiorum, filiarumq;, item servorum,) condemnari eos.

COMMENTARIUS.

1 *Causa actionis de peculio.*

2 *Actio de peculio non consumit obligationem principalem.*

3 *An actiones duæ, de quibus in* l. 44. de pecul. *sint diversæ nec ne.*

4 *Actio de peculio non est ex contractu, sed magis dativa.*

DE actione de peculio non indiligenter egisse videmur *in tract. de act. disp.* 8. & dicemus aliquid tit. seq. Hoc saltem ad istum §. notandum: quod sicut actio noxalis, non est propria actio, sed actionum ex delicto, quæ civiliter intentantur, adiectio, de quo *infra tit.* 8. ita quoque actio de peculio non est actio propria, † sed adiectio actionum ex contractu filii aut servi, v. c. filius accepit commodatum aut depositum, in ipsum filium actiones, sicut contra quemvis alium sui iuris dantur: sed in patrem est actio depositi & commodati de peculio: quam prætor in patrem dari permisit, quia, ut hoc §. dicitur æquum putavit, ut peculio tenus teneatur & condemnetur: quoniam nimirum ex contractibus filii adquirit, & concedendo peculium etiam jus contrahendi dedisse intelligitur *arg. l. 1. §. 5. de adq. poss.* ut proinde qui cum filio contrahit, simul patris personam spectasse & ejus quoq; fidem quadantenus secutus videatur. Recte vero peculio tenus tantum non in solidum dominum & patrem teneri voluit prætor: quoniam non ulterius, sed hactenus, qua vires peculii si potrigunt, jus contrahendi est concessum: & intuitu patris & domini hoc est quasi patrimonium servorum & filiorum fam. quomodo ratio hujus §. explicanda est, quod peculium veluti patrimonium sit servorum & filiorum: exteroquin in filio illa ratio claudicat: quia etiam si nullum peculium filius habeat, tamen sed & supra vires peculii filius fam. & in solidum tenetur *l. filius fam. 39. de oblig. & act.* idque est quod Dd. dicunt, voluntatem patris vel domini non esse absolutam, sed limitatam ratione quantitatis concessæ in peculium. Revera autem ex obligatione & contractu ista actio de peculio non descendit: quia nihil revera contraxerunt pater & dominus: idque probatur per *l. eo 50. §. 3. de pecul.* ubi negatur, quod per actionem de peculio consumatur obligatio, quæ inter servum & alium contracta est, & omnino, quod fuerit deducta in judicium. Atque hinc videtur explicandum, quod hoc §. dicitur, patrem & dominum ex contractu filii & servi non teneri ipso jure, id est non teneri ex mera & stricta ratione juris: sed tantum actionem contractus intuitu æquitatis in dominum & patrem per prætorem esse productam: quæ explicatio meo judicio rectior est, quam quod vulgo ita acceperunt, non teneri patrem & dominum iure civili, licet hæc explicatio firmetur ex *§. 1. infr. de perp. & temp. act. in pr.* Sed notandum insuper & illud, latiorem quandam potestatem contrahendi habere filium quam servum, & ex quibusdam causis & contractibus filii dari actionem de peculio, quæ ex iisdem contractibus servi in dominum negatur, veluti si fideiusserit, si novaverit, si compromiserit servus, dominus nec de peculio tenetur, ut tractavimus *sup. ad §. præterea, quib. mod. obl. toll.* & tamen tenetur de peculio pater, si filius intercesserit aut compromiserit. *l. 3. §. si filius f. 5. cum §. seq. de pecul.* Adnotemus quædam ad verba textus.

Actiones de peculio.] Quod actio de peculio sit in personâ, probat hic locus, quod Just. expresse eam inter actiones personales refert: & utique constat eam non nasci ex ullo iure quod actor in re habeat, & passim pater dicitur debitor, quomodo non solet appellari, qui conveniti potest actione in rem,

Degenerat tamen hæc actio, ut in quibusdam reali magis quam personali similis videatur, quoniam cum personalis actio semper sit contra eundem, hæc actio peculium sequitur, v. c. si dominus servum cum peculio alienaverit *l. & ancillarum* 27. §. *de peculio*, quoniam scilicet prætor propter peculium & peculio tenus voluit dominum teneri de quo dixi plene *Tract. de act. disp.* 8. *th.* 9.

Adversus patrem & dominum.] Salva nihilominus † obligatione, quæ cum servo & filio contracta est: Et nimirum hoc effectu, ut licet cum patre actum sit, actio civilis contra filium maneat salva: si actum sit cum domino, servus naturaliter maneat obligatus, & si quandocunque liber factus solvat, repetere non possit *l.* 14. *de oblig. & act.* Et huc pertinet, quod dicitur in *l. si quis* 44. *de pecul.* eum, qui cum filio contraxit, duos habere debitores, patrem & filium ipsum; & nimirum ita, ut in filium actio civilis detur. Idem autem de servo non dicitur, quia καθ' ἑαυτὸν ἰσχύει debitor dicitur, qui exigi & in judicio convenir potest. Ceteroquin quatenus verbum debitoris latius sumitur, ut etiam naturaliter obligatus contineatur, etiam, qui cum servo contraxit debitores duos habet, dominum de peculio, & servum in solidum, eo effectu, ut dixi, ut debitum sibi à servo manumisso solutum, possit retinere. Idque probatur textu paulo ante citato in *l. eo* 50. §. 2. *de peculio*, ubi dicitur, quod etiamsi actio de peculio instituta sit, tamen servus pro naturali sua obligatione, quæ in judicium deducta non sit, recte det fidejussorem.

Apparet autem hoc ita intelligi, ut maneat naturalis obligatio, quatenus per actionem contra dominum institutam actor consecutus non est. Itaque si servus ex contractu suo centum debeat, si actor ex peculio consecutus sit quinquaginta, in residuum manebit obligatus servus. Idemque in filio est, quod si hic conventus undecunque solverit pecuniam, actio de peculio sublata & pater liberatus erit.

Ubi quærunt Dd. an actio quæ contra filium & † patrem competit juxta *l.* 44. sint diversæ, an una eademque actio. Mihi res expedita videtur, per ea quæ superius dicta sunt actionem de peculio non esse propriam actionem, sed alterius actionis, v. c. ex vendito, empto, commodato, adjectionem. Ita enim consequitur, esse eandem specie (eadem enim numero esse non potest) actionem, cum nova saltem qualitate, quomodo & v. c. actio furti noxalis, ob delictum servi, est eadem specie actio cum actione furti, quæ datur contra hominem liberum, qui furtum ipse admisit, sed habet novam qualitatem.

Ex contractibus filiorum.] Ex causa enim delictorum actio de peculio non datur, *l. ex pœnali lib.* 58. *de R. I.* licet si filius ex causa delicti pecuniarie condemnatus sit, ita quasi novatione facta, actione judicati de peculio pater recte conveniatur *l.* 3. §. *Idem* 11. *de pecul.* & diximus *tit. præced. ad* §. *pen.* Sed an igitur hæc actio de peculio ex † contractu est? Equidem si contractum non esset, actio hæc locum non haberet; verum tamen propterea ex contractu hic actio nata dici non potest; ut demonstravimus pluribus in *tract. de action. disput.* 8. *thes.* 9. ubi probamus, hanc actionem potius dativam quam nativam esse, cui sententiæ adstruendæ duo hic fundamenta addo. 1. quod si existeret aliqua sufficiens materia & causa hujus actionis, (ex hac enim nota æstimant Dd. actionem quam vocant nativam) etiam extitisset ante edictum prætoris, & iniquescissent jura civilia, quæ actionem negassent; nec prætor quidquam addidit, ex quo nova statui possit obligatio; neque generalis illa concessio peculii facere potest, ut hæc actio esse dicatur ex obligatione aliqua in singulis specialibus casibus 2. quæ obligatio instituta actione non deducitur in judicium, ex illa non potest actio dici nata. Atquin obligatio contracta v. c. cum servo, actione de peculio instituta contra dominum, non deducitur in judicium, Ergo &c. Assumptio probatur ex sæpe citata *l. eo* 50. §. 2. *de peculio.* Et faciunt quæ paulo ante de natura hujus actionis comitante peculium servis alienati diximus.

Peculio tenus.] Ergo non in solidum: & frustra objicitur ab Interpp. tum quod filius & pater habeantur pro una persona; tum quod pater habeat instar hæredis quæ ad *pr. h.* §. refert *Iason hic.* Enim comparatio patris & hæredis, tantum in quibusdam casibus locum habet, regulariter autem falsa & nulla est, quoniam peculium profectitium est ipsius patris proprium: hæres autem bona aliena accipit, & repræsentat defunctum, & in omne ejus jus succedit. Nec minus ineptè unitas personarum huc affertur; quippe quæ maxime pertinet ad jus adquirendi per filium. Et ad prius illud pertinet amplius, quod quisque voluntate propria & facto suo adquirit hæreditatem: atquin pater citra ullum factum suum de peculio obligatur. Intelligimus plane hic peculium profectitium, quod ex concessione patris filius habet & tenet; nomine au-

rum

tem adventitii peculii, quod pater & administrator possidet ipse, & in quo usumfructum habet, ex contractu filii conveniri non potest; de quo etiam tractat *Iason hic n.* 10. *& seq.*

TEXTUS.

11. Item si quis postulante adversario juraverit, deberi sibi pecuniam quam peteret: neque ei solvatur: justissime accommodat ei talem actionem; per quam non illud quæritur, an ei pecunia debeatur, sed an juraverit.

COMMENTARIUS.

1 *Iuramenti decisorii effectus.*

2 *De natura actionis quæ dicitur esse ex jurejurando.*

3 *Ad* l. 13. §. 3. & 4. de jurejur. *& an supersit vetus actio.*

4 *Ad* l. 7. §. 7. de publ. act.

TErtium hoc exemplum est actionis prætoriæ in personam, quæ nascitur ex juramento. Dicitur enim jusjurandum novationis vim habere† & proficisci ex conventione *l. qui juraſſe* 26. §. *ult. de jurejur. junct. l. Stichum* 95. §. *naturalis* 4. *de solut.* quam vis conventio per se ad producendam actionem efficax esse non potuisset, nec juramentum, eã secutum, nisi autoritas prætoris accessisset; quæ ideo accessit, quod qui defert iusiurandum creditori sine actore, quasi hoc præmittere & pacisci videtur, se soluturum, si actor iuraverit sibi deberi. Itaque quia propter hoc factum, & quod iuxta voluntatem rei iuravit creditor, actio detur, ideo actio ipsa in factum appellatur *l. actori* 8 *Cod. de reb. cred.* quoniam hoc solum quæritur an iuratum sit, non iam hoc amplius, an debeatur, h. §. non secus ubi iudicatum est, hoc solum in actione iudicati quæritur, an iudicatum sit, qua de causa hæc inter se comparantur, iudicatum esse & iuratum esse *l. post rem* 56. *de re judicata.* Et nimirum apparet, non esse hoc ex libera voluntate debitoris, deferentis iuramentum, sed cum alias metuat condemnationem diffisus exceptionum probationi, aut quod nullas habet, mavult decidi rem per iuramentum, quod forte credi torem metu religionis susceptum non esse arbitratur. Et proinde, dicitur quoque esse iuramentum instar iudicii *l. qui* 26. *in fin. de jurejur.* vel quia jurare quis cogitur, aut juramentum referre quod tum cogitur omnino præstare, qui detulit, aut ob hoc ipsum condemnatur; aut potius quia juramento præstito perinde est, atque si legitimis probationibus præcedentibus condemnatus reus fuisset, quod relata juramenti & rei judicatæ comparatio confirmat; & probant textus in *l.* 5. §. 2. *de juram.* ubi JCtus ait, post juramentum non amplius quæri an debeatur, quod juramento satis probatum videatur; itemque in *l. sed si* 11. §. *ult. eod. tit.* perinde haberi quod juratum est, ac si probatum esset. Ex quo colligi & effici videtur, actionem quæ ex juramento datur, non esse semper in personam. Quid enim si qui utebatur actione in rem possessore deferente, vel rursus possessore actore deferente, rem suam esse juraverint? Cum ita dominium probatum intelligatur, amissa possessione, pro ea iterum consequenda, actio non nisi in jure quod actor in re habeat, fundari posse videtur: & quod ei qui juravit hæreditatem suam esse, utilis petitio hæreditatis detur, satis probat *d. l.* 11. §. *ult. de jurejur.* & de vindicatione singulari *l. si duo* 13. §. 1. *eod. tit. & in l. sed & si* 7. §. *si petiit* 7. *de publ.* ubi ei qui juravit, Publiciana datur quæ utique in rem est. Dicendumne erit aliam esse actionem † in factum, de qua hic agitur; aliam actionem utilem in rem, quæ propter præsumptam probationem dominii competit juxta *dd. textus?* At enim in *d. l.* 11. §. 5. *h. t.* dicitur, actionem in factum dari, quę non alia potest esse quam ex jure jurando; tum etiam, si qua alia ex ratione juris competeret actio, nihil opus fuisset prætorem introducere actionem novam. Quæ itidem controversia incidit, ubi ex causa contractus est juratum; nam & hic utilem contractus actionem dari responsum est in *d. l. si duo* 13. §. 3. *& 4. de jurejur.* Vetus hæc controversia est, an aliqua † utilis actio; & quando, concurrat cum actione in factum ex jurejurando, & an hæc sit nova actio an aliarum actionum adjectio, de quo dixi *tract. de act. th.* 4. *disp.* 8. Et istud initio nil moveat, quod si competisset utilis actio, non opus fuisset nova actione: quoniam postquam prætor edicto suo hanc autoritatem juramento tribuit, & ut probationis loco esset admissum fuit, ut qui juravit utili actione experiri posset; quæ alias locum non habuisset. Tum etiam ratio perspicua est, cur utilis actio tantum competat post juramentum; quia juramentum tantum ficta probatio est: Ceteroquin petitor, qui instituta actione in rem, dominum se esse judici approbavit, & rem restitutam accepit, amissa quandocunque possessione dubio procul directa actione experietur.

Sed illud quæritur, quis locus superesse possit utili actione, aut potius an non ineptus sit futurus & male consultus, qui instituat utilem actionem in rem, juxta *d. l.* 11. *§. uls. & l.* 13. *§.* 1. *de jurejur.* cum expeditissimam habeat actionem in factum ex juramento, in quo nulla probatione oneretur, sed sufficiat saltem ostendere, quod juratum sit. An dicimus, actionem utilem nullam aliam esse, quam actionem in factum quam prætor, aut potius novam qualitatem tantum introduxerit? An quod actio prior cum actione ista in factum prætoria concurrat? Et sicut actio prior per sententiam non tollitur, sed nova accedit actio judicati, ut probavimus ad *§.* 1. *quib. mod. toll. oblig.* nec impedire novam hanc actionem, quo minus actio pristina adhuc instituatur; cujus & possunt esse aliquæ utilitates, imo quæ & necessaria, aliquando videtur, & v. c. ubi juratum est super contractu bonæ fidei: qui cum habeat varias præstationes, & vero juramentum stricti juris sit, si juratum simpliciter fuerit venditum, aut societatem contractam esse, actio in factum non videtur porrigi posse, ad omnes præstationes horum contractuum, & ob id. necessaria esse ipsius contractus actio. Unde recte responsum est in *d. l.* 33. *§.* 3. *&* 4. in terminis modo dictis, agi exempto & pro socio; cum præsertim ex hujusmodi contractibus mutuæ obligationes nascantur; &, si emptor juraverit, venditam sibi esse rem, etiam ei contra quem juratum est, actio ex vendito detur *d. l.* 13. *§.* 3. *in fi. de jurejur.* Et hic observandum, agi de jurejurando, non quod in judicio post litem cont. sub judice pedaneo præstitum fuit: post hoc enim sequitur sententia, necatteo hæc actio in factum locum habet, ut tractavimus *d. disp.* 8. *de action. th.* 4. Sed quod præstitum est iure apud prætorem, necdum constituto judicio, aut data actione, itaque longe facilius est, & concinnius, ut hic ex contractu super quo juratum est, actio detur quam ut post rem judicatam actio prior rursus in judicium deducatur; cum & per sententiam omnia capita controversa decidantur, sed juramentum etiam simpliciter super contractu interponatur. Quod si juraverit quis v. c. ex mutuo sibi centum deberi, expeditius ipsa actione in factum utetur. Constat porro, ut diximus, etiam in actionibus in rem jurari, per *supra dd. textus*; quo facto sane vix dici poterit, quod actio in factum, quæ scilicet concurrit cum utili actione in rem, ipsa sit in personam; utcunque non detur contra quemcunque possessorem sed tantum contra eum, contra quem est juratum *d. l.* 7. *§.* 7. *de publ. act. d. l.* 11. *§.* 1. *& ult. de jurej. & l. nam* 9. *§. ult. de jurejur.* quoniam alius quã inter quos res acta est, juramentũ nec prodest nec nocet *l.* 3. *§. pen. inf. de jurejur.* Hoc autẽ nõ sufficit, ut propterea actio possit vere & proprie dici in personam esse; utpote quæ in domini quodam jure, quod censetur probatum esse, fundetur. Et tamen quandam istud similitudinem cum actione in personam introducit, sicut & hoc, quod diximus ante, conventionem partium quandam causam præbere huic actioni. At defendendam plane hanc Justin. methodum satis est, pleriſque casibus hanc in personam esse actionem. Probatur autem & hic concursus actionis utilis, in rem, cum actione in factum, ex *d. l.* 11. *§. ult. de jurejur.* ubi ei, qui juravit, hæreditatem suam esse, utilis actio datur, quoetiam referri solet *l.* 13. *§.* 1. *de jurejur.* & in *d. l.* 7. *§.* 7. *de Publician. action.* eidem datur Publiciana; atquin in *d. l.* 11. *§.* 1. actio in factum proponitur. Itaque posito hoc concursu nulla pugna est inter *d. l.* 11. *§.* 1. *& d. l.* 7. *§.* 7. Sed magis quæritur cur in specie *dict. leg.* 7. *§.* 7. non itidem utilis † actio detur, sed Publiciana præponatur. An eadem est ibi publiciana, quæ aliis locis utilis vocatur? Sed enim Publiciana respective ad civilem vindicationem, utilis recte dicitur: Sed alio sensu in *d. l.* 11. *§. ult. de jurejur.* actio utilis dicitur: ideo videlicet, quia juramentum non vera, sed ficta probatio est, nec prætor verum & Quiritarium dominium efficere potest, ideoque in specie quoque *d. l.* 13. *§.* 3. *&* 4. *de jurejur.* recte Interpp. communiter intelligunt actionem utilem empti, aut pro socio. An potius, cum Jasone in *§. sed ista* 3. *sup. h. t. n.* 66. (ubi plures citat) ex *rubrica* eum explicamus & ibi actum Publiciana fuisse dicimus. An potius quemadmodum verus dominus, qui tamen de dominio plane probando dubitat, potest Publiciana actione uti, quemadmodum tractavimus *disp.* 3. *de action.* ita poterit etiam, qui juravit rem suam esse, pro arbitrio suo, aut utilem actionem in rem, perinde ac si probasset dominium, aut Publicianam intentare; eoque magis, quod hæc est prætoria; & illa quoque autoritate prætoris, qui jurantem perinde tuetur ac si probasset vere se dominum esse, robur accepit. Quod autem attinet *d. l.* 13. *§.* 1. *de jurej.* diximus ad *§.* 1. *sup. h. t. inf.* ubi accessionem longi temporis facere ut actio utilis contra quemcunque possessorem detur, quæ alias citra eam locum tantum haberet contra eum, qui detulit iuramentum, per textus paulo superius citatos; & errat omnino glossa hic, dum statuit, si res

tradita

tradita sit actori, qui iuravit rem suam esse, ei competere Publicianam contra quemvis possessorem; quod pugnat *cum l. 7. §. 7. de Publ.* & ceteris ante adductis textibus. Eadem enim utilis actionis in rem ratio est, quæ & ipsa contra quemvis possessorem daretur, si hoc in Publiciana admitteretur. Nec movet, quod adducit; ubicunque est titulus & bona fides, & ita jus usucapiendi, ibi Publicianæ ordinariæ contra quosvis possessores esse locum. Etenim negandum est, quod jusjurandum vere sit loco tituli, & absolute; sed omnino pro titulo est quo ad deferentem, cujus factum, alteri præjudicium afferre non potest: vid. late post Joh. Fab. & alios *Iasonem hic n. 51.*

Apparet autem, hunc §. non loqui de juramento promissorio quod contractibus adjicitur, sed de juramento decisorio, & nec hoc quidem omni. Non enim loquitur de iuramento, quod Dd. vocant suppletorium & necessarium quod judex parti defert solus, quæ non satis probavit, iuxta *lex admonendus 31. de jurejur.* A parte autem defertur iuramentum, vel post litem contestatam, permittente ex causa iudice, vel ante litem contestatam. Illud iudiciale dicitur, & magis est, ut nec ad hoc pertineat hic §. quoniam post hoc iuramentum sequitur sententia, quam iudex semel acceptus pronuntiare cogitur: & ipse approbat delationem: Ceteroquin postquam quis iudicem accepit, iam ad necessitatem probandi se adstrinxisse intelligitur; nec adeo ipsi permittendum est, ut desultoria levitate onus probandi imponat adversario, quod ante facere debuisset. Itaque ad posteriorem hanc speciem, pertinuit principaliter Edictum prætoris, iurisiurandi extra iudicium præstiti, ubi actio ordinaria aliqua deficiebat: ut proinde prætorem succurrere oportuerit. Sed hæc prolixius exsequi ratio instituti non patitur.

TEXTUS.

12. Pœnales quoque actiones prætor bene multas, ex sua Jurisdictione introduxit: veluti adversus eum, qui quid ex albo ejus corrupisset, & in eum, qui patronum vel parentem in jus vocasset: item adversus eum, qui vi exemerit eum, qui in jus vocaretur, cujusve dolo alius exemerit & alias innumerabiles.

COMMENTARIUS.

1 *Pœna album corrumpentis cui applicetur.*
2 *Quo sensu jurisdictio prætoris dicatur perpetua.*
3 *De raptione in jus: & an ea Edicti fuerit causa.*

PLenius illustrare vult Justin. quod *sup. §. 8. & seqq.* de actionibus prætoris in personam proposuit: exemplo nimirum alterius speciei actionum personalium, quæ sunt ex delictis: de quarum actionum distinctione plenius dicemus in §. *ex maleficiis 18. inf. h. t.* Hic tantum obiter verba textus percurremus: cum nec actionum hic relatarum essentiam & naturam ullo modo explicet Justinianus, sed tantum exempli loco nomina illarum fere tantum proponat: nec eius scopus fuit, omnium actionum naturas hoc tit. tradere sed generales tantum divisiones actionum proponere, aliquibus actionibus paulo plenius explicatis. Et ait Justin.

Prætor bene multas.] In fin. ait, alias esse innumerabiles. Quod per hyperbolen dictum est, ut intelligamus multas & varias esse: haud dubie enim actiones pœnales prætoriæ, de quibus agit hic §. numerari possunt. Pro *bene multas* alii legunt, *permultas*, alii *pene multas* alii simpliciter *multas*.

Qui quid ex albo.] Album significat matriculam vel tabulam, in quam aliquid refertur & scribitur: notat *Goth. ad rub. de albo scrib.* Hic significat tabulam in qua prætores edicta sua publice proponere solebant, quod post alios notat *Hottom. hic.* Doctores vulgo inepte explicant murum aut parietem dealbatum. Qui ita quid propositum corrumpit graviter delinquit, & ipsam rempubl. quodammodo lædit, quia dignitatem magistratus offendit, itaque prætor in eum proposuit iudicium populare: quoniam non privatim alicui damnum infertur, sed ut dixi, publica magistratus dignitas læditur: cuius adeo vindicta omnibus datur. Itaque disputant Dd. an pœna quæ irrogatur delinquenti applicetur fisco an parti. Et recte concludunt communiter referente *Iasone hic num. 39.* applicari patri: quoniam ut supra diximus, hæc in dubio est natura popularium actionum, ut pœnam & lucrum ipse qui agit, consequatur. Obiicit tamen cum aliis *Angel. hic* doctrinam Bartoli, quod quando prætor non proponit actionem, sed simpliciter irrogat pœnam, tum intelligatur introducta accusatio & criminalis persecutio, ex qua pœna applicetur fisco: hic autem non actionem, sed simpliciter iudicium à prætore proponi *l. 7. in princ. de jurisd.* Equidem

Digitized by Google

dem hactenus Jaſ. recte reſpondet, quod apparet ex h. §. judicium de actione eſſe explicandum. Sed in eo non leviter errat, quo exiſtimat; niſi ad hunc modum per alium textum judicium explicetur, in dubio per judicium criminalium accuſationem intelligi: quoniam imo in dubio per judicium intelligi privatam actionem verum eſt: quod probare innumeris locis poteſt, & edicere ſemper ita prætor ſolebat, ſe judicium daturum: & perſpicuum eſt huic rei argumentum, quod prætor urbanus & peregrinus, qui ſolebant edicta proponere, merum imperium non habebant: eoque nec eorum erat criminalia judicia proponere: ceteroquin generalius loquendo, verbum quoque actionis accuſationem comprehendit. Male etiam hic Hottoman. reprehendit Tribonianum, quod actionem publicam & popularem hoc titul. propoſuerit: quoniam ut oſtendimus *ſup. ad. pr. h. tit.* recte ſub definitionem ibi propoſitam populares quoque actiones referuntur. Pœnam autem communiter ſtatuunt quinquaginta aureorum: quoniam cum in dubio mitior interpretatio in pœnis ſit facienda, (quam rationem ex Dd. refert *hic Iaſon num.* 39.) variet lectio in *d. l.* 7. *in pr. de juriſdict.* & alibi *quingentorum* alibi *quinquaginta* legatur: quam varietatem ibidem poſt Accurſ. etiam Ruſſard. annotavit, & poſterius hoc: *quinquaginta*, etiam Hottomann. hic & *Duar.* 1. *diſput.* 48. probarunt. Editio tamen Florentina habet, *quingentorum.* quam & vulgatæ antiquiores editiones ſequuntur. Et fruſtra a *Goth. in d. l.* 7. citatur *l. pen. de in jus voc.* quia longe gravius peccat, qui publicam auctoritatem lædit, quam qui aliquem ex perſonis prohibitis ſine venia in jus vocat. Ineptius ab eodem adducitur *lex* 10. *de accuſat.* ubi quinquaginta aureis paupertas æſtimatur. vindicatur autem ita læſa majeſtas prætoris: itaque inepta eſt dubitatio Hottomanni, cur non ſuffecerit actio L. Aquiliæ: inepta etiam reſponſio, quod hæc actio tantum ad privatum damnum pertineat. Etenim hic non de chartæ aut alterius materiæ ruptæ æſtimatione, quod ridiculum eſſet, ſed de vindicta dignitatis publicæ quæritur. Ait 2 porro JCtus in *d. l. de juriſdict.* ita † puniri, qui ruperit quod juriſdictionis perpetuæ cauſa propoſitum fuit: quædam enim proponebantur in cauſis ſingulis, veluti citationes peremptoriæ partium &c. ad quas hæc pœna non pertinet. Atquin cum prætoris juriſdictio annua eſſet *infr. in pr. de perp. & temp. act.* nihil videtur a prætore juriſdictionis perpetuæ cauſa proponi potuiſſe. Reſpondetur, perpetuum hoc non accipi abſolute, ſed ſecundum quid, & oppoſitive ad ea, quæ in ſingulis proponebantur cauſis: ut perpetuum hic dicatur, quod ei fini proponitur, ut duret per totam juriſdictionem prætoris, & in un. verſum in omnibus cauſis obtineat: quomodo hoc explicant *Hott. & Duar. dd. locis.* Et tamen addendum eſt, quod monuimus ad §. *prætorum ſup. de jur. nat.* actiones prætorias pleraſq; etiam poſt annum & prætoris finitam jurisdictionem duraſſe, & igitur proprie quoque juriſdictio perpetua dici & explicari hic poterit.

In eum qui patronum &c.] Altera hæc actio prætoria pœnalis eſt: cōtra eos qui eas perſonas quas nō ut oportebat nec ante impetrata venia in jus vocarunt. Quidam enim omnino interim vocari non poſſunt *leg.* 2. *de in jus voc.* quidam poſſunt quidem, ſed ut ante venia à prætore ejus rei petatur, inter quos ſunt patroni, parentes, l. 4. *de in jus voc.* & h. §. Si quis contra fecerit, actio pœnalis eſt in quinquaginta aureos *l. pen. d. t.* eaque ut recte hic Dd. non popularis, ſed privata, & illis tantum competens, quibus facta eſt iniuria. Cauſam edicti hāc, cum aliis quibuſdam notat Hottoman. hic, quod per vocationem veterem in jus, vis inferebatur vocato, quippe quod obtorto quoq; collo in jus rapiebantur, qui ultro conſequebantur. Quam cauſam falſam eſſe oſtendo. 1. quod in *l. quæ vis* 11. *de in jus voc.* dicitur ceſſare pœnam ſi filium vel liberi † pœnituerit, vel ſi patronus vocatus non venerit. Atquin raptio jus violenta in patronum & parentem non poteſt nuda pœnitentia purgari: tum quia violenter rapitur non poteſt non venire: & quod magis eſt dicitur in *d. l.* 11. remitti pœnam, ſi quis non invitus ſit vocatus: at quomodo poteſt eſſe non invitus, qui rapitur? 2. quia in *l. quæſitum* 16. *eod. tit.* permittitur liberto nomine pupilli ſine venia patronum ſuum in jus vocare: nemo autem dixerit violentam raptionem permiſſam eſſe. Sed mirum hoc ipſum, ut filius aut libertus patrem aut patronum in jus ire juberent, permittendum ſine venia non fuit: cum præſertim cognoſcendum prius eſſet, an actio eſſet talis, quæ patris patronive famam lædere poſſet *l. ſed ſi* 10. §. *pen. d. t.* Itaque falſum eſt, quod ait Hotto. quod per vocationem in jus fuerit illata: & quod apud Comicos & alibi de raptione in jus legimus, alibi oſtendi, ad vilia tantum perſonas & deſertores vadimonii pertinuiſſe: & facit quod in *l. peraque* 18. *de in jus voc.* dicitur, eum videri vim inferre, qui aliquem ex domo ſua in jus vocat, id eſt ei quandam neceſſitatem ſi-

que

quendi aut ſatiſdandi imponit: qui autem rapit, non videtur vim facere, ſed vel maxime facit.

Adverſus eum qui vi exemerit.] Tertia hæc actionis pœnalis prætoræ ſpecies eſt, ex Edicto *Ne quis eum &c. lib.* 1. *Dig. tit.* 7. in quam non venit certa quantitas irrogandi, ut in duabus præcedd. ſed tantum, quanti erat, ſuper quo reus in judicium vocabatur, utcunque etiam per injuriam & calumniam vocatus fuiſſet, *l.* 4. §. *pen. & l.* 5. §. 1. *Ne quis eum, &c.* nimirum propter improbum illud factum, quo quis vocatum in jus ad prætorem, exemit: quo ipſo dignitas & autoritas prætoris lædi intelligitur.

Cujuſve dolo malo alius exemerit.] Gl. duas opiniones proponit; unam, quæ hæc verba refert ad eandem actionem, de qua jam diximus, ex Edicto *Ne quis eum &c.* alteram, quæ per ea novam actionem pœnalem proponi cenſet, ex edicto *De eo per quem factum erit &c. lib.* 2. *Digeſt. tit.* 10. quem magis Gl. videtur probare, eandemque contra veteres pleroſq; cum Angelo probat *Jaſon hic*, *n.* 101. ſed pravo judicio: & ipſa verba oſtendunt & eorum connexio, unam tantum deſignari actionem, ibi *qui exemerit cujuſve dolo alius exemerit*: ceteroquin ſi novam actionem proponere voluiſſet, eadem formula, qua in præced. v. c. *item adverſus eum* uſus fuiſſet. Et edictum ſub *tit.* 10. *lib.* 2. *Digeſt.* non pertinet ad eum qui dum in jus vocatur eximitur, ſed qui eum vocatus promiſiſſet ſe in certum diem judicio ſiſtiturum, per alium impeditus fuit quo minus ſe ſiſteret, atquin verba hujus §. *cujus dolo &c.* eundem caſum ſignificant, quo dolo alterius exemtus eſt qui in jus vocabatur. Et falſa adeo eſt ratio Jaſonis, quod hæc verba etiam conveniant *d. tit.* 10. ſed & inepta inſuper eſt, ut maxime ad eum applicari poſſint: cum non conveniat ſententiæ Imp. & inſuper tantum caput unum & quidem minus principale ejus edicti comprehenderit: principale autem eſt de eo qui ipſe impedit, quod utique non omittendum erat. Atquin per edictum *Ne quis eum &c.* non tantum coercetur & principaliter, qui ipſe vi exemit, ſed & is cujus dolo factum eſt ut eximeretur *l.* 5. *in pr. eo tit.* quem caſum poſterioribus his verbis Juſt. comprehendere voluit.

TEXTUS.

13. Præjudiciales actiones in rem eſſe videntur: quales ſunt, per quas quæritur, an aliquis liber an libertus ſit: vel de partu agnoſcendo. Ex quibus fere una illa legitimam cauſam habet, per quam quæritur, an aliquis liber ſit: cætera ſubſtantiam capiunt, ex ipſius prætoris juriſdictione.

COMMENTARIUS.

1 *Præjudiciales actiones cur dicantur.*
2 *An recte h. tit. de actionibus præjudicialibus tractetur.*

DE actionibus præjudicialibus ſatis dixi multa ad *Treutl. de except. th.* 4. *& Tr. de act. diſp.* 2. *th.* 19. Et eſt prima quæſtio de ratione nominis † & 1 appellationis. Et nimirum præjudicium ſeu præjudicialis actio dicitur & eſt, quæ alteri actioni facit præjudicium, & qua deciſa ſimul aliæ quæſtiones deciſæ & dijudicatæ intelliguntur: eoq; prius dijudicanda eſt: & quæ forte rectior appellationis ratio eſt, quia hoc iudicium prius eſt decidendum & terminandum. Nam alias ſi inde dicemus præiudiciales actiones appellatas, quod alteri cauſæ fiat præiudicium, iam omnes pene actiones fient præiudiciales. Exempli cauſa, ſi mota petitione hereditatis, quod iudicium univerſale eſt, interim quis ſpeciale iudicium ſuperre, quæ in univerſale illud iudicium deducta eſt, movere velit, repellitur exceptione ne iudicio univerſali fiat præiudicium, *l. ult. in pr. C. de petit. hered.* quia per particulare iudicium fieret præiudicium hereditatis petitioni: neque tamen ſpeciales illæ actiones præiudicia aut præiudiciales actiones iure noſtro appellantur. Ita in *l. fundum* 16. *de except.* ſi fundum petam, & pendente iudicio, petam ſervitutem ad fundum eundem, dicitur interim differendam hanc actionem, quippe per quam fiat præiudicium actioni principali in rem, quoniam non niſi domino fundi ſervitus deberi poteſt: & tamen nemo actionem pro ſervitute appellat præiudicialem: ſed nec actio in rem pro fundo natura ſua præiudicialis eſt, ut prius decidenda ſit, ſed ex accidenti fit talis, propter motam actionem de ſervitute: quo ſenſu magis præiudiciale eſt iudicium univerſale petitæ hæreditatis, quod ante alias actiones expediendum eſt *arg. d. l. ult. C. de petit. hered.* propius ad rem, ſi quis ab aliquo, tamquam patronus petat obſequium aut operas, aut contra ſe famoſam actionem dari poſſe neget, alter autem ſe libertum eſſe neget, & ingenuum eſſe dicat, qui caſus proponitur in *l. ult. ſi ingen. eſſe dic.* hæ quæſtiones ſunt præiudiciales, hoc

Digitized by Google

ſenſu quod præjudicium per eas ſit controverſiæ de ingenuitate. Atquin dicitur in *d. l. ultim.* eas interim differri, & præjudium reddi; An ingenuus ſit an libertus: ut ex eo rurſus apparet, præjudicium non præcipue dici, eo quod ante alias quæſtiones ſit decidendum: ſed utique & hoc ſenſu, quod aliis cauſis & quæſtionibus facit præjudicium: quoniam hoc deciſo an ſit ingenuus quis nec ne, cæteræ omnes quæſtiones, quarum mentio in *d. l. ult.* deciſæ ſimul ſunt & expeditæ, minime autem inde ita dictæ ſunt quod agatur de magno præjudicio, ut videtur velle *Iaſon hic n.* 13 & 39. qui tamen recte notat *n.* 1. *& ſeqq.* quaſdam actiones dici præjudiciales alio ſenſu, & tum ratione eminentiæ, unde judicium criminale præferatur civili *l. fin. C. de ord. jud.* tum ratione contingentiæ, ut in ſpecie 16. & 18. *de except.* Putat autem fere Hotto. hic, actionem qua quæritur an quis liber ſit an ſervus, non omnino proprie, ut ceteras duas quæ hoc §. proponuntur, eſſe præjudicialem: ex hac ratione, ſi recte intelligo: quod inter dominum & ſervum nulla actio eſſe poſſit. Verum 1. ſi ponamus quem in poſſeſſione libertatis eſſe, quamcunque hic actionem inſtituat, ſi conventus eum ſervum ſuum eſſe dicat, prius hoc decidendum eſt, & hoc deciſum ſimul alia multa decidit: neque enim in ſpecie per actionem tractari id neceſſum eſt de quo quæritur: ſicuti nec quæ proponuntur in *d. l. ultim.* ſi ingen. eſſe dicetur, ita tractatur. Et nimirum qui ſervus eſt omnia alteri acquirit, & in ejus dominio eſt, à quo plurima alia dependent, quæ omnia ſimplici pronuntiatione, ſervum quem aut liberum eſſe videri, decidunt. Illud porro addendum, videri has tres actiones tantum exempli cauſa propoſitas: Dari enim plures illud judicio eſt, quod Juriſconſultus ait in *l. 3. § 2. de rei vind.* liberos à parentibus, peti poſſe præjudiciis, & pertinet enim hoc quoque ad ſtatum perſonæ, an quis ſit filiusfamilias an ſui juris: quam deciſionem multa quoque conſequuntur. Quin & ampliſſ præjudicio hoc diſceptari, an quæ uxor ſit nec ne? reſpondit JCtus in *leg. 3. § ult. de liber. agnoſc.* nam hoc & ad ſtatum pertinet; præſertim ſi ex juris veteris ratione de uxore quæ per coemptionem in manum viri convenit, diſceptetur.

Proxima hinc quæſtio eſt, an hæ actiones vere & recte dicantur eſſe in rem an magis in perſonam, quam olim veterum quorundam ſententiam fuiſſe fert *Iaſon hic num.* 22. ſed nihil hic addere libet quia prolixe eam tractavi *d. Tract. de action. diſp.* 2. *th.* 19. *& præcipue ad Treutl. de exception. th.* 4. Movet & hunc ſcrupulum Hott. hic, quod † hæ actiones præjudiciales non recte tractentur ſub hoc tit. quo contineantur privatæ tantum actiones: hæ autem non ad rem aliquam quæ in dominio ſit aut obligatione competant, ſed ſint pro ſtatu quod inſuper actio, qua aſſeritur libertas, popularis magis ſit, quippe in qua ex populo cuilibet aſſertori eſſe liceuerit, quo refert *l. 2. ne de ſtat. defunct. l. 3. de hom. lib exhib.* quod hæc cauſa quodammodo publica eſſe videatur: & quod in *l ſed hæ 35. § non ſolum 2. de procurat.* actio privata ſeparetur à præjudicio. Addit quod nec ſit in perſonam, nec in rem, quoniam res non deducatur in controverſiam cujus ſit dominium. Item quod actiones privatæ fuerint inſtitutæ apud recuperatores & pedaneos judices, ſed de cauſis ſtatus judices majores & ipſi magiſtratus judicaverint. Sed iſta non ſunt tanti. Nam 1. actio de ſtatu vel re ad ſtatum pertinente, diverſa eſt ab ipſo ſtatu, cujus tractatio primo objecto juris continetur, 2. oſtendimus jam non ſemel, quod etiam populares actiones ſub definitione actionis in *pr. h. tit.* propoſita contineantur. 3. falſum eſt, quod revera & principaliter hæ actiones cauſam publicam concernunt, ſed tantum eo reſpectu, quod publice intereſt, ne quis opprimatur & in ſervitute detineatur, cum liber ſit: itaque permiſſum fuit civibus ſe præbere aſſertores iis, qui in ſervitute injuſta detinebantur, qui inſtar procuratorum erant, cum res utique ad eos ipſos pertineret, qui vindicabantur in libertatem. 4. eſſe has actiones in rem, paulo ante citatis locis probavimus: nec ut actio in rem dicatur, neceſſe eſt, ut ejuſmodi res ſit quæ eſt in commercio: ſed eſt quædam actio in rem & vindicatio juris, cujus ſpeciem hæ actiones conſtituunt: & eſt ea quædam ſubtilis vindicatio: cæterquin vix actio negatoria poſſet mereri nomen actionis in rem. 5. dubium eſt, an in cauſis ſtatus potuerit & ſolitus fuerit olim dari judex: & affirmativam doctiſſimi viri non uno & textu & aliorum autorum teſtimonio tuentur; & ut maxime demus (nec enim hic pluribus id tractare libet) ipſos magiſtratus de cauſa ſtatus cognoviſſe, vitioſe tamen hinc actiones præjudiciales ab iſto tractatu removerentur: quippe cum & perſecutiones extraordinariæ pro fideicommiſſis & ſalariis eſſent cognitionis prætoriæ, quæ tamen inepte propterea à nomine & natura actionum excludantur: & maxime inepta eſt hæc ratio ad ſeculum & ætatem Juſtiniani, qua jam & longe ante vetus illa procedendi & dandi

dandi judices ratio erat ſublata: & ſecundum quæ tempora, etiam interdicta non niſi per actiones in factum exercebantur *§. ultim. inſt. de interd.* quæ tamen in *d. l.* 35. §. 2. *de procurat.* ab actionibus & ipſa ſeparantur: & utique olim quoque generali verbo actionis veniſſe docet *l. actionis* 37. *de O. & Action.* Jam cetera hujus textus videamus. Ait

An aliquis liber.] Hæc eſt prima actio præjudicialis, qua quæritur an quis liber an ſervus ſit. Et illi quidem qui de ſtatu ſuo litigabat, opus fuiſſe aſſertore, qui eum liberali cauſa aſſereret manu docet *l.* 1. *C. de aſſert. toll.* cujus rei quoque apud Plautum & Terent. extant exempla: & ob favorem libertatis receptum erat, ut cauſam, licet nulla interpoſita appellatione liceret retractare, uſque ad tertiam aſſertionem: itaque hic contra regulas ordinarias juris, de eadem re iterum & tertio cauſa referebatur, & judicium reddebatur. Quod utrumque ſuſtulit Juſtinianus, in *d. l.* 1. & 2. *C. de aſſert. toll.* & conſtituit, & ut ſine aſſertore ipſe de cuius libertate quæritur, in judicio conſiſtere poſſit: & ut cauſa ſemel deciſa, ſicut reliquæ omnes non retractetur: & haud dubie erat Gothof. ibi qui hoc tantum ad dictis cauſa inſtitutas aſſertiones refert, ceteroquin retractationi etiamnum locum eſſe putat: quod & verbis & ſententiæ Juſtiniani eo loco repugnat, nec iuvat eum *l.* 1. *§. ult. ne de ſtat. defunct.* vel quia dicerem iuri illi eſſe derogatum per *d. l.* 1. & 2. vel potius, quod in *d. l.* 1. *§. ult.* omnino diverſus caſus tractatur, & hoc deciditur, quod etiam poſt quinquennium ex quo quis mortuus eſt, liceat tractare de ſtatu eius ad hunc effectum, ut eius qui vivit ſtatus confirmetur, aut in meliorem conditionem reformetur & deducatur. Eum autem qui aliquem in ſervitutem petebat nullo opus habuiſſe aſſertore, conſtat. Sed & hoc conſtare puto, ſolum eum non alium agere potuiſſe: & demiror Hottomanni iudicium, qui hic putat, quem vis pro ſuo in Rempub. ſtudio, eum qui ſe liberum mentiebatur, in ius potuiſſe vocare: cum utique hic etiamſi vitiſſet, ſervum pronuntiatum ducere non potuiſſet. Et ineptum argumentum eſt quaſi à relatis ſumptum, quod qui vis alium in libertatem aſſerere potuiſſet. Hoc enim favor libertatis depoſcit, tum & iſtud præcipue, quod ſervus, aut qui ſervus arguebatur, ipſe perſonam in eo iudicio ſtandi non videbantur habere.

An libertus ſit.] Hæc eſt altera actio præiudicialis, qua de ingenuitate & libertinitate quæritur, & verſatur cum eo, qui ſe patronum dicit, eum alter ingenuum ſe eſſe contendat. Ubi iterum repetit Hottom. quod non poſſit eſſe actio in rem, quia non agatur de eo quod ſit in commercio: quam argumentationem iam ante ineptam & nullam eſſe oſtendimus. Illud in genere obtinet in his actionibus, ut uterque poſſit eſſe actor & reus, ſed non ſimul, verum prout quis v. c. aut ſe aſſerit liberum aut ingenuum: aut alter eum ſervum & libertum ſuum eſſe contendit. Qui enim ad iudicium provocat, is actoris vicibus fungitur: quod adeo conſtitui oportet, ut ſciatur, cui incumbat onus petitoris, id eſt, probationis, *l. generaliter* 12. *de exceptio. & l. circa* 14. *de probationib.* Cui non obſtat quod in *l. quoties* 18. *eod. t.* dicitur, patronum, qui operas ab aliquo ut à liberto petit, probare debere, licet in præjudicio poſſeſſor eſſe videatur. Etenim loquitur haud dubie de eo, qui provocat ad iudicium: & quod poſſeſſorem videri ait JCtus, ſignificat, non ob id quod forte quis ſemel aut iterum operas præſtit t, protinus iuri ingenuitatis præiudicium fieri aut factum eſſe, ſed nihilominus teneri eum qui ſe patronum dicit, modis legitimis probare: nec ſufficere, ſi operas aliquando præſtitas fuiſſe (per quod quaſi in poſſeſſione conſtitutus videri poſſit) oſtenderit.

De partu agnoſcendo.] Obiicit Hott. hanc actionem magis videri in perſonam: quoniam ea petatur, ut alatur partus, quæ ſit præſtatio dandi. Sed perinde ita quis probet actionem quæ quæritur, an quis ſit libertus an ingenuus, eſſe in perſonam: quoniam ea hoc ſimul conſequitur patronus vincens, ut operas libertus & obſequium exhibeat, quæ ſunt præſtationes faciendi. Et nimirum hæc eſt intentio, ut declaretur quis ex hoc vel illo natus: quam declarationem cetera ſequantur.

Vna legitimam cauſam habet.] Simpliciter hoc de prima ſpecie affirmat Theophil. & iudicium ſane de ſtatu libertatis & ſervitutis non dubium eſt, ex L. XII. tabb. deſcendere. An igitur particula *fere* hoc loco παρέλκει & ſuperflua eſt? An ideo adiecta, quod etiam circa iudicium de liberali cauſa quædam Edicto ſuo diſpoſuit prætor, ut patet ex *tit. de lib. cauſ.* & ex inſcriptionibus reſponſorum? An ea addita eſt propter iudicium de partu agnoſcendo, circa quod SCta quædam facta eſſe, docemus ex *l.* 1. *in pr. & l.* 3. §. 1. *de liber. agn.*

TEXTUS.

14. Sic itaq; diſcretis actionibus, certum eſt,

non posse actorem suam rem ita ab aliquo petere: *si apparet eũ dare oportere.* Nec enim quod actoris est: id ei dari oportet: scilicet quia dari cuiquam id intelligitur, quod ita datur, ut ejus fiat: nec res, quæ jã actoris est, magis ejus fieri potest. Plane odio furum, quo magis pluribus teneantur actionibus, effectum est, ut extra dupli aut quadupli pœnam, rei recipiendæ nomine fures etiam teneantur hoc actione, *si apparet eos dare oportere*: quamvis sit adversus eos etiam hæc actio in rem, per quam rem suam quis esse petit.

COMMENTARIUS.

1 *Formulam, & verba dare, facere, non convenire omnibus actionibus in personam.*
2 *Dare quid sit in specie.*
3 *Quomodo condictio detur contra furem.*
4 *An spectetur hic & favor actoris.*
5 *Vtilitates hujus condictionis, & an actor teneatur probare dominium.*
6 *Ad* l. 15. de rei vindic.

COncludit hactenus & huc usque traditam actionum divisionem, in personales & reales: & hoc quasi pro corollario ex §. 1. *sup. h. t.* colligere & subjicere videtur. Tradidit enim ibi actione in rem in specie dicta ita experiri quemque, ut dicat rem quam alius possidet, suam esse: actionem autem in personam ita quem experiri, ut dicat alterum sibi dare facere oportere: ex qua nimirum oppositione formularum, quæ actionum disparatis speciebus accommodantur, hic infertur videtur: non posse eum qui rem suam esse intendit, hac formula uti, ut dicat, adversarium sibi dare oportere: efficit enim formularum & actionum oppositio: ut cum in actione in rem quis petat rem suam, per actionem in personam, rem alienam petere intelligatur, quam Reus ipsi debet, & hoc fine petere ut ejus dominium consequatur. Ex quo tanto magis verum esse convincitur, quod sup. *ad d. §. 1. h. tit.* disputavimus, formulam istam *Ajo te mihi dare facere oportere*, nõ convenire omnibus † actionibus personalibus, sed tantum his, quæ condictiones in specie dicuntur: Longe enim hi falluntur, qui ceteras omnes actiones in personam ad faciendum competere putant: nam ut ostendimus *ad d. §.* verbum *facere*, non alio hic sensu sumitur, quam alibi in obligationum divisione *l. 2. d. V. O. in pr.* & in primis in *§. ult. Inst. de verb. obligat.* ubi quod se subjicienda stipulatione pœnali monet Justinian', argumento evidentissimo est, quid per verbum, faciendi, ibi intelligat. Et sane si aburi verbis vel saltem laxius iis uti velimus, rectius de restitutione rei verbum *dandi*, quam *faciendi* prædicabitur: nam & pignori, & commodato & precario rem dare dicimur, cujus tamẽ dominium non transferimus: & quod quis acceptum à nobis, postea reddere dicitur; id utique ei nos recte dicimus dedisse: & quod quis reddit, quid ni hoc etiam dare dicatur. Quod eo etiã pertinet, ut intelligamus, in formula, *Ajo te mihi dari oportere*, † verbũ *dandi*, in specie usurpari, ut docet *hic §.* pro dominii translatione: siquidem ait Justinianus, *dari* id demum intelligi, quod ita datur, ut fiat ejus cui datur: quo sensu & verbum istud usurpatur à jurisconsulto in *leg. ali* 75. *§. ultim. de verb. oblig.* facit *l. nemo* 81. *eod.* ubi Juris consultus, cum mysterio, ut Dd. loqui solent, ait posse quem stipulari, rem suam sibi *restitui*, tacite innuens, frustra quem stipulari, rem *suam sibi dari facit l. non videntur* 167. *de Reg. Iur. & leg. scire* 29. *§. de V. O.* Et probabile est in stipulationibus, præsertim hanc scrupulositatem aut subtilitatem verborum observatam fuisse, & vel maxime in formulis actionum. Sed sane recte hic observat Hotto. hunc locum, qui ita verbi istius *dare* propriam significationem urget, ex veteri I. Cto descriptum videri. Vt enim est, ut formulis per novas constitutiones sublatis, & admisso, ut quisque actionem congruentibus saltem verbis instituat hęc accuratio amplius observetur, & inepte egisse credatur, qui jure dominii rem suam, & sibi dari petit, cum salva etiã sermonis Latini ratione *dare*, pro *restituere* & *tradere* accipi & explicari possit.

Ceteroquin hoc sensu, quod Justinianus hic verbum *Dare* usurpat, ultro perspicuum est, non posse qui recte petere, ut res ipsi detur, cujus jam dominus est: nam ut subjicit *Iustinian. in verf. nec res.* quæ res jam actoris est, ejus amplius fieri nõpotest. Implicaret enim contractionem, Rei cujus dominus sum, in me dominium transferri, nec quisquã dominium transferri potest, nisi qui dominus est, duo autem ut ejusdem rei domini in solidum sint, fieri non potest. Et huc pertinet quod ait I. Cto in *l. & an* 14. *§. pen. de exc. rei jud.* rem eandem sæpius quidem mihi deberi posse, sed amplius quam sem'el

semel meam esse non posse. Idemque in *l. nonus* 119. *de R. I.* & traditur *sup. de legat. §. sed si rem* 10. quod alicujus est, amplius ejus fieri non posse. Ex quo ultro apparet, procedere id in eodem genere dominii: & ei qui dominium planum & omnibus numeris habet absolutum, nihil ultra nec aliud dominium accedere posse: ceteroquin dominio bonitario, jure veteri accedebat dominium Quiritarium; sicut & hodie liquidum est dominio utili directum dominium accedere posse: quoniam duo in solidum ejusdem rei, diversis dominii generibus domini esse possunt, ut nō uno loco explicavimus.

Unus hoc §. supereſt scrupulus, in quo vehemen- 3
ter se † torquent Dd. qui fieri possit, ut si quidem in formula hac, *Ajo te dare oportere*, *Dare*, significat dominium transferre, quomodo hæc formula contra furem locum habere possit, & ille ita condemni possit, ut *Det* rem furto subreptam, cujus constat eum non esse dominum, & cujus adeo dominium ut transferat impossibile est: Prorsus, Qui non potest dare, ille non potest ita condemni, ut dare jubeatur. Atquin fur non potest dare rem furtivam eo sensu quo *dare* hic usurpatur. Ergo &c. Et constat condictionem furtivam soli domino dari *l. 1. de condict. furt. l. eum qui* 14. *§. qualis* 16. *de furt.* & quomodo igitur jam domino fur dabit? Constat plane irregulare hoc esse, & condictiones regulariter non dominis dari contra dominos: ex quo est, quod dicitur in *l. ultim. usufruct. quemad. caveat.* neminem rem suam condicere nisi furi: idque non tantum in condictione furtiva obtinere notant Dd. communiter, sed etiam in aliis condictionibus, ut contra furem degenerent, & notat *Jason. hic n.* 36. sed ut dixi, illud difficile est, quomodo ista defendi possit exceptio: in quo laborant Ant. Faber, & qui eorum opiniones refert & examinat *Jason hic n.* 33. & 34. Dixi Tract. *de actionib. disp.* 4. *th.* 20. necessario eundum esse in sententiam glossæ, quod effectu ipso condictio hæc sit ad restituendum: neque enim umquam efficere possis, quin nec per rerum naturam fieri possit, ut fur hoc sensu dare dicatur, quo hoc verbum in hoc §. & in ista formula usurpatur. Sed quæ ratio suasit ita hic impropriari verbum *Dandi*? Nemo hoc explicat, & haud scio an explicari possit. Non uno in loco scripsi, hanc videri causam fuisse introducendæ hujus condictionis, ut esset etiam præter pœnalem actionem, contra furem, actio persecutoria. Cæteræ actiones ex delictis, vel vi bonorum rapt. ex edicto *quod metus causa*, & de calumniatoribus &c. ut infra dicemus plu-

ribus, mixtæ sunt pœnales ita ut una cum pœna rem ipsam persequantur, & adeo etiam in heredes, quantum ad eos pervenit, dari propterea possint. Atquin actio furti, ut probavimus ad *§. ult. sup. tit. 1. h. libri*, mere est pœnalis ita ut nulla ratione possit in heredem dari. Et igitur opus fuit alia actione, quæ si prædefunctus esset fur, contra heredem quoque si quid ad eum pervenisset, dari posset, & insuper ipse quoque furi rem auferret, & ad æstimationem quoque, re forte perempta, competeret. Et cum non esset alia actio, in id comparata, placuit quamquam præter rationem juris condictionem contra furem & ejus heredem accommodari: ceteroquin furem dare non posse etiam ostendit *l. scire* 29. *de V. O.* ubi ICtus ait, non posse quem stipulari à fure, hominem subreptum sibi dari: ut appareat, præter rationem admissum, ut ita saltem condicere liceat. Ex quo apparet cur *h. §.* dicatur hæc condictio introducta contra furem odio ejus, ut pluribus actionibus teneretur: nimirum ut præter pœnalem puram etiam supereſſet persecutoria: & in eo quod ut dixi, præter rationem juris, hæc † formula a- 4
gendi contra furem admissa est, elucet odium furis. Apparet autem evidenter, simul favorem ipsius domini cujus res subrepta fuit, in consideratione venisse, ut quoque persecutoriam actionem haberet: quod nescio qua fronte negent, nullius judicii homines: ex inepta ratione, quod hoc §. tantum odii furis meminit Justinianus. Dixi quoque in *Tract de actionibus* ex hoc confirmari singularem sententiam Cujacii, quod condictio furtiva in heredes in solidum non detur, sed tantum in quod pervenit; quia nec ultra dantur actiones pœnales mixtæ, qua ipsam rem persequantur, de qua quæst. ibi dixi, & latissime in *exercitationibus ad A. Fabr. decade* 78.

Quamvis sit etiam in rem actio.] Hoc etiam traditum est in *§. ult. sup. de furt.* sed quæritur, quæ itaque sit utilitas condictionis furti † eum & rei vin- §.
dicatio non nisi domino detur, & condictio hæc quoque soli domino dari dicatur, *l. 1. de condict. furt.* Utilitatem unam vulgo hanc tradunt, quod in vindicatione necesse sit probare dominium, quod in condictione furtiva non sit necesse, quod impugnat & improbat Hottom. hic, eo quod condictio soli domino dari dicatur. Sed judicio labitur. Nam quod condictio soli domino dari dicitur, pertinet ad excludendos eos, quibus actio furti pœnalis (quæ hactenus condictioni opponitur) datur, ex hac sola causa quod eorum interest, v. c. conducto-

Digitized by Google

rem, commodatarium &c. juxta §. *furti* 13. *cum seqq. sup. de fur.* non autem ut propterea dominium cogatur probare, qui hac conditione experitur: neq; enim fur referre potest quæstionem dominii sicut potest, qui convenitur rei vindicatione, qua possessor: & qui vincit, licet nihil probet, ubi alter dominium non probat. Neque in actionibus personalibus ex quarum numero cõdictio est, actori incumbit necessitas probandi dominii: maxime cum fur conveniatur ita, ut dare jubeatur. Itaque si v.c. qui commodavit rem, experiatur condictione furtiva, non necesse habebit, se probare dominium: & satis est ut se dicat dominum; & præsumetur in præjudicium furis dominus esse. Atque ita non cõtrahitur mutuum nisi dominus fuerit, qui numeravit pecuniam: neq; tamen qui agit ex mutuo, oneratur probatione dominii: quod & notat ex Dd. *Ias. in f. in § . sequens 16. h. t. nu.* 11. & 12. Aliam utilitatem tradunt, quod possessor contra quem competit rei vindicatio liberatur rei interitu: sed condictio re quoque perempta habeat locum. Quam itidem improbat & impugnat Hottom. eo quod etiam rei vindicatio perpetuetur ex mora *l. item si 15. inf. de rei vindicat.* fur autem sit in perpetua mora *l. 81. & ult. de condict. fur.* sed miror hominis judicium: cum ipse mox scribat, eo commodiorem esse condictionem, quod rei vindicatio competat contra possessorem tantum: condictione autem teneatur fur, licet non possideat: hoc enim ipsum volunt, qui hoc tradiderunt. Et nimirum distinguendi sunt casus instituturæ & instituendæ actionis. Condictio semper locum habet, licet fur ante eam instituta rem possidere desierit; quod secus est in rei vindicatione. Etquamvis fur dolo rem subripuerit, potest tamen sine dolo sed & sine culpa postea possessionem amittere. Atquin in *d. l. 15. de rei vindicat.* agitur de rei vindicatione jam instituta, sed & insuper quod ob moram & quod non statim restituit, condẽnatur possessor, qui post litẽ cont. amisit possessionem, non est generale sed speciale, ubi petitor rem acceptam fuisset distracturus, ut ibidẽ scriptum est: ceteroquin constat, si reus etiam post lit. cont amiserit sine culpa possessionẽ, ab instituta rei vindicatione eum absolvendum esse *l. sin autem 27. in pr. de rei vind.* & amplius in *d. l. 17.* agitur de re quæ periit, potest autem possessio rei petitæ, sine dolo Rei ad alium pervenire.

TEXTUS.

15. Appellamus autem, in rem quidem actiones vindicationes: in personã vero actiones, quibus dare aut facere oportere intẽditur, condictiones. Condicere enim est denuntiare prisca lingua. Nunc vero abusive dicimus, condictionem, in personam actionem esse, qua actor dari sibi oportere intendit: nulla enim hoc tempore eo nomine denuntiatio fit.

COMMENTARIUS.

1 *Vindicatio, vindicia.*
2 *Condicere, condictio.*

Vindicationes.] Nimis prolixe de hoc verbo hic agit Hottom. & vix videtur probanda notatio nominis † à vindico. Licet enim olim species quædam vis alicujus intervenerit, cum uterque vindicabat rem, quam vim Gellius festucariam, Cicero alibi quotidianam appellare videtur: tamen utique vim non dicere sed facere dicimur. Prorsus nihil aliud est vindicare aliquid, quam id sibi asserere, sive illud sit possessio interim, sive proprietas: & cum olim essent vindicationes mutuæ, eveniebat inde ut videretur ipsa quoq; possessio dubia & controversa, & propterea sententia ferenda esset ante omnia super possessione, penes quem ea interim esse deberet, dum de principali & ipsa proprietate negotium perageretur. Et huc pertinet locus Asconii in orat. 3. *Verrin. quæ est de prætur. urbana.* Lis, inquit vindiciarum est, cur litigatur de ea re apud prætorem, cujus incertum est quis debeat esse possessor: & ideo qui eam tenet satisdat &c. licet enim alter rem teneret, ut hic ait Asconius, tamen quia alter intẽdebat possessionem ad se pertinere, dicebatur controversa possessio: Itaq; his vindiciarum significat controversiam de toto negotio simul & proprietatis. Qua in re haud dubio hic Hottomannus errat, qui refert tantum ad quæstionem de possessione; sicut nec minus errat, dum putat, vindicias possessionem ipsam significare: quod à verbi proprietate alienissimum est. Nec movet, quod apud *Livium lib. 3.* & alibi legimus, postulare vindicias, & dare vindicias: vel quia verba à proprio significatu in alium per metaphorã trãsferuntur: vel quia nihil aliud sibi significat, *postulare vindicias*, quã petere, ut vindiciæ dicantur pro postulante: nam & ita loquuntur autores *vindicias dicere*; nemo autem utique dicit possessionem: & rursus id dicitur per tropũ, & significat, in lite vindicia-

dicarum ſententiam ſecundum hunc vel illum dicere. Et vindiciarum verbum varie uſurpatum adeoque ſæpe figurate & metaphorice, vel illud argumento eſt, quod Feſtus in voce *ſuperſtites*, & in voce *vindicia* ipſas res de quibus controverſia eſt, vindicias fuiſſe appellatas, autor eſt: poſtea, ubi v. c. fūdus vidicabatur, glebas quæ ex agro ſumptæ in jus afferebantur, & in iis tanquam in toto agro vindicabatur, ut ſcribit *Gell lib.* 20. *cap.* 9. ex quo loco ipſo, dum ait in re & in agro vindicaſſe litigātes, apparet, *vindicare*, quid proprie ſit, nimirum, ut dixi, rem ſibi aſſerere. Hodie conſtat vindicationem dici actionē in rem ſuper proprietate, de qua diximus *ſup. ad §. 1. h. t. & late in Tract. de act diſp.* 2.

2 *In perſonam actiones † condictiones.*] Condicere, inquit Feſtus eſt, dicendo denuntiare, & condictio eſt in diem certum ejus rei, de qua agitur, denuntiatio. Et ſolebant olim litigatores accepta formula & judice à prætore dato, certum diem & fere perendinum conſtituere, in quem ſe apud judicem ſiſterent, & invicem ſibi ita, ut tum adeſſent denuntiare. Ita *Aſcon. in 3. Verrinam*, comperendinatio eſt, inquit ab utriſque litigatoribus invicem ſibi denuntiatio in perendinum diem: quod pluribus confirmat Hottom. hic. Quod ſi ita eſt, cum hæc denuntiatio in omnibus actionibus, adeo & realibus interveniret, oportet, ut hoc nomen condictionis commune etiam poſſit eſſe actionibus in rem: quod ideo poſt actionum in perſonam proprium factum ſuſpicatur Hottomannus, quoniam actiones in rem aliud ſpeciale nomen habebant, ut dicerentur vindicationes. Conſequitur & hoc, fruſtra eſſe Doctores, dum hic diſputant, an opus ſit admonitione extrajudiciali de ſolvendo, ante quam Reus in jus vocetur: quoniam iſta denuntiatio & condictio poſt vocationem in jus & judicē acceptam fiebat. Ab actu itaq; iſto, appellata fuit ipſa actio, à qua alias longe diverſa eſt denuntiatio: atque ita hæc quoque eſt appellatio abuſiva: ſed magis adhuc, quod iſtud nomen actionum perſonam certæ ſpeciei proprium factum eſt, ut in *f. §.* Juſt. ſcribit; quam quā poſſit Juſt. & ita accipi quod hoc ipſum vel impropriè & abuſivè actiones in perſonam dici condictiones. Verendum autem eſt, ne quod dictum modo de denuntiatione invicem facta, parum conveniat huic loco: & fore olim etiam acturus, qui aliquem ſibi obligatum habebat, neceſſe habuerit prius monere reum & ei denuntiare ut ſolveret, *arg. L.* 10. *C. de pignor.* quod & Cujac. hic notat, cōfirmat autoritate Donati, qui ad iſta verba Terētii in Phorm. Act. 1. ſc. 2. *ego me cognatum dicam & ſcribam dicam* annotavi. *A denunciatione in perſonam ne poſſet dicere mihi non denūciaſti.* Illud autem omnino eſt obſervandum, quod hic in fin. proponit Juſtinianus condictionem ſignificare actionem in perſonam, qua quis intendit ſibi dari (& fieri) oportere. Ex hoc enim confirmatur, quod ſupra ad §. 1. *h. t.* ſcripſi, formulam hanc, *Aio te dare facere oportere*, non eſſe communem omnibus actionibus in perſonam, ſed tantum quibuſdam, & omnino his, quæ vocantur condictiones.

TEXTUS.

16. Sequens illa diviſio eſt, quod quædam actiones rei perſequēdæ gratia comparatæ ſunt, quędam pœnę perſequendę, quædam mixtæ ſunt. Rei perſequendæ cauſa comparatæ ſunt omnes in rem actiones. Earum autē actionum, quæ in perſonam ſunt, eę quidem quę ex contractu naſcuntur, fere omnes comparatæ videntur, rei perſequendæ cauſa, veluti, quibus mutuā pecuniam, vel in ſtipulatum deductam petit actor: itē commodati, depoſiti, mandati, pro ſocio, exempto vendito, locato conducto. Plane ſi agatur depoſiti eo nomine, quod naufragii, tumultus, incendii, ruinæ cauſa depoſitum ſit, in duplum prętor actionem reddit, ſi modo cum ipſo apud quem depoſitum ſit, aut cum ejus herede de dolo ipſius agitur, quo caſu mixta eſt actio.

COMMENTARIUS.

1 *Quæ ſint pœnales actiones.*

HÆc diviſio poteſt ex ſupra relatis §§ intelligi, quibus Juſtin. quaſdā actiones perſecutorias in §§ 8. 9. 10. & 11. & poſt in 9. *pœnales* 12. pœnales actiones propoſuit. Sed ibi alio nec nō fecit, quā ut exempla actionum prætoriarum referret: Hic autem actionum generalem diviſionem & quidem accuratius & plenius proponit. Diviſio ab objecto, quod actio perſequitur, ſumpta eſt. Pœnales † 1 actiones proprie loquendo ſunt, quibus actor perſequitur quod vel quanum ſibi non abeſt, ut, duplum

Degenerat tamen hæc actio, ut in quibusdam reali magis quam personali similis videatur, quoniam cum personalis actio semper sit contra eundem, hæc actio peculium sequitur, v. c. si dominus servum cum peculio alienaverit *l. & ancillarum* 27. §. *de peculio*, quoniam scilicet prætor propter peculium & peculio tenus voluit dominum teneri de quo dixi plene *Tract. de act. disp.* 8. *th.* 9.

Adversus patrem & dominum.] Salva nihilomi- a nus † obligatione, quæ cum servo & filio contracta est: Et nimirum hoc effectu, ut licet cum patre actum sit, actio civilis contra filium maneat salva: si actum sit cum domino, servus naturaliter maneat obligatus, & si quandocunque liber factus solvat, repetere non possit *l.* 14. *de oblig. & act.* Et huc pertinet, quod dicitur in *l. si quis* 44. *de pecul.* eum, qui cum filio contraxit, duos habere debitores, patrem & filium ipsum; & nimirum ita, ut in filium actio civilis detur. Idem autem de servo non dicitur, quia κατ' ἐξοχὴν debitor dicitur, qui exigi & in judicio conveniri potest. Ceteroquin quatenus verbum debitoris latius sumitur, ut etiam naturaliter obligatus contineatur, etiam, qui cum servo contraxit debitores duos habet, dominum de peculio, & servum in solidum, eo effectu, ut dixi, ut debitum sibi à servo manumisso solutum, possit retinere. Idque probatur textu paulo ante citato in *l. eo* 50. §. 2. *de peculio*, ubi dicitur, quod etiam si actio de peculio instituta sit, tamen servus pro naturali sua obligatione, quæ in judicium deducta non sit, recte det fidejussorem.

Apparet autem hoc ita intelligi, ut maneat naturalis obligatio, quatenus per actionem contra dominum institutam actor consecutus non est. Itaque si servus ex contractu suo centum debeat, si actor ex peculio consecutus sit quinquaginta, in residuum manebit obligatus servus. Idemque in filio est, quod si hic conventus undecunque solverit pecuniam, actio de peculio sublata & pater liberatus erit.

Ubi quærunt Dd. an actio quæ contra filium & † patrem competit juxta *d. l.* 44. sint diversæ, an una eademque actio. Mihi res expedita videtur, per ea quæ superius dicta sunt actionem de peculio non esse propriam actionem, sed alterius actionis, v. c. ex vendito, empto, commodato, adjectionem. Ita enim consequitur, esse eandem specie (eadem enim numero esse non potest) actionem, cum nova saltem qualitate, quomodo & v. c. actio furti noxalis, ob delictum servi, est eadem specie actio cum actione furti, quæ datur contra hominem liberum, qui furtum ipse admisit, sed habet novam qualitatem.

Ex contractibus filiorum.] Ex causa enim delictorum actio de peculio non datur, *l. ex pœna lib.* 58. *de R. I.* licet si filius ex causa delicti pecuniarie condemnatus sit, ita quasi novatione facta, actione judicati de peculio pater recte conveniatur *l.* 3. §. *Idem* 11. *de pecul.* & diximus *tit. præced. ad* § *pen.* Sed an igitur hæc actio de peculio ex † contractu est? Equidem si contractum non esset, actio hæc locum non haberet; verum tamen propterea ex contractu hæc actio nata dici non potest: ut demonstravimus pluribus in *tract. de action. disput.* 8. *thes.* 9. ubi probavimus, hanc actionem potius dativam quam nativam esse, cui sententiæ adstruendæ duo hic fundamenta addo. 1. quod si existeret aliqua sufficiens materia & causa hujus actionis, (ex hac enim nota æstimant Dd. actionem quam vocant nativam) etiam extitisset ante edictum prætoris, & iniquefecissent jura civilia, quæ actionem negassent; nec prætor quidquam addidit, ex quo nova statui possit obligatio; neque generalis illa concessio peculii facere potest, ut hæc actio esse dicatur ex obligatione aliqua in singulis specialibus casibus 2. quæ obligatio instituta actione non deducitur in judicium, ex illa non potest actio dici nata. Atquin obligatio contracta v. c. cum servo, actione de peculio instituta contra dominum, non deducitur in judicium, Ergo &c. Assumptio probatur ex sæpe citata *l. eo* 50. §. 2. *de peculio.* Et faciunt quæ paulo ante de natura hujus actionis comitante peculium servi alienati diximus.

Peculio tenus.] Ergo non in solidum: & frustra objicitur ab Interpp. tum quod filius & pater habeantur pro una persona; tum quod pater habeat instar hæredis quæ ad *pr. h.* §. refert *Jason hic.* Est enim comparatio patris & hæredis, tantum in quibusdam casibus locum habet, regulariter autem falsa & nulla est, quoniam peculium profectitium est ipsius patris proprium: hæres autem bona aliena accipit, & repræsentat defunctum, & in omne ejus jus succedit. Nec minus hoc, te unitas personarum huc affertur; quippe quæ maxime pertinet ad jus adquirendi per filium. Et ad priusillud pertinet amplius, quod quisque voluntate propria & facto suo adquirit hæreditatem: atquin pater citra ullum factum suum de peculio obligatur. Intelligimus plane hic peculium profectitium, quod ex concessione patris filius habet & tenet; nomine au-

tem

tem adventitii peculii, quod pater & administrator possidet ipse, & in quo usumfructum habet, ex contractu filii conveniri non potest; de quo etiam tractat *Iason hic n.* 10. *& seqq.*

TEXTUS.

11. Item si quis postulante adversario juraverit, deberi sibi pecuniam quam peteret: neque ei solvatur: justissime accommodat ei talem actionem; per quam non illud quæritur, an ei pecunia debeatur, sed an juraverit.

COMMENTARIUS.

1 *Iuramenti decisorii effectus.*
2 *De natura actionis quæ dicitur esse ex jurejurando.*
3 *Ad* l. 13. §. 3. & 4. de jurejur. *& an supersit vetus actio.*
4 *Ad* l. 7. §. 7. de publ. act.

TErtium hoc exemplum est actionis prætoriæ in personam, quæ nascitur ex juramento. Dicitur enim jusjurandum novationis vim habere† & proficisci ex conventione *l. qui juraſſe* 26. §. *ult. de jurejur. junct. l. Stichum* 95. §. *naturalis* 4. *de solut.* quamvis conventio per se ad producendam actionem efficax esse non potuisset, nec juramentum, eâ secutum, nisi autoritas prætoris accessisset; quæ ideo accessit, quod qui defert iusiurandum creditori sine actore, quasi hoc præmittere & pacisci videtur, se solutorum, si actor iuraverit sibi deberi. Itaque quia propter hoc factum, & quod iuxta voluntatem rei iuravit creditor, actio detur, ideo actio ipsa in factum appellatur *l. actori* 8 *Cod. de reb. cred.* quoniam hoc solum quæritur an iuratum sit, non iam hoc amplius, an debeatur, h. §. non secus ubi iudicatum est, hoc solum in actione iudicati quæritur, an iudicatum sit, qua de causa hæc inter se comparantur, iudicatum esse & iuratum esse *l. post rem* 56. *de re judicata.* Et nimirum apparet, non esse hoc ex libera voluntate debitoris, deferentis iuramentum, sed cum alias metuat condemnationem diffisus exceptionum probationi, aut quod nullas habet, mavult decidi rem per iuramentum, quod forte creditorem metu religionis susceperum non esse arbitratur. Et proinde, dicitur quoque esse iuramentum instar iudicii *l. qui* 26. *in fin. de jurejur.* vel quia jurare quis cogitur, aut juramentum referre quod tum cogitur omnino præstare, qui detulit, aut ob hoc ipsum condemnatur; aut potius quia juramento præstito perinde est, atque si legitimis probationibus præcedentibus condemnatus reus fuisset, quod relata juramenti & rei judicatæ comparatio confirmat; & probant textus in *l.* 5. §. 2. *de juram.* ubi JCtus ait, post juramentum non amplius quæri an debeatur, quod juramento satis probatum videatur; itemque in *l. sed si* 11. §. *ult. eod. tit.* perinde haberi quod juratum est, ac si probatum esset. Ex quo colligi & effici videtur, actionem quæ ex juramento datur, non esse semper in personam. Quid enim si qui utebatur actione in rem possessore deferente, vel rursus possessor actore deferente, rem suam esse juraverint? Cum ita dominium probatum intelligatur, amissa possessione, pro ea iterum consequenda, actio non nisi in jure quod actor in re habeat, fundari posse videtur: & quod ei qui juravit hæreditatem suam esse, utilis petitio hæreditatis detur, satis probat *d. l.* 11. §. *ult. de jurejur.* & de vindicatione singulari *l. si duo* 13. §. 1. *eod. tit. & in l. sed & si* 7. §. *si petiti* 7. *de publ.* ubi ei qui juravit, Publiciana datur quæ utique in rem est. Dicendumne erit aliam esse actionem † in factum, de qua hic 2 agitur; aliam actionem utilem in rem, quæ propter præsumptam probationem dominii competit juxta *dd. textus?* At enim in *d. l.* 11. §. 5. *h. t.* dicitur, actionem in factum dari, quę non alia potest esse quam ex jure jurando; tum etiam, si qua alia ex ratione juris competeret actio, nihil opus fuisset prætorem introducere actionem novam. Quæ itidem controversia incidit, ubi ex causa contractus est juratum; nam & hic utilem contractus actionem dari responsum est in *d. l. si duo* 13. §. 3. *& 4. de jurejur.* Vetus hæc controversia est, an aliqua† utilis actio; & quando, concurrat cum actione in factum ex jurejurando, & an hæc sit nova actio an aliarum actionum adjectio, de quo dixi *tract. de act. th.* 4. *disp.* 8. Et istud initio nil movet, quod si competisset utilis actio, non opus fuisset nova actione: quoniam postquam prætor edicto suo hanc autoritatem juramento tribuit, & ut probationis loco esset admissum fuit, ut qui juravit utili actione experiri posset; quæ alias locum non habuisset. Tum etiam ratio perspicua est, cur utilis actio tantum competat post juramentum; quia juramentum tantum ficta probatio est: Ceteroquin petitor, qui institura actione in rem, dominum se esse judici approbavit, & rem restitutam accepit, amissa quandocunque possessione dubio procul directa actione experietur.

Sed illud quæritur, quis locus superesse possit utili actione, aut potius an non ineptus sit futurus & male consultus, qui instituat utilem actionem in rem, juxta *d. l.* 11. *§. ult. & l.* 13. *§.* 1. *de jurejur.* cum expeditissimam habeat actionem in factum ex juramento, in quo nulla probatione oneretur, sed sufficiat saltem ostendere, quod juratum sit. An dicimus, actionem utilem nullam aliam esse, quam actionem in factum quam prætor, aut potius novam qualitatem tantum introduxerit? An quod actio prior cum actione ista in factum prætoria concurrat? Et sicut actio prior per sententiam non tollitur, sed nova accedit actio judicati, ut probavimus ad *§.* 1. *quib. mod. toll. oblig.* nec impedire novam hanc actionem, quo minus actio pristina adhuc instituatur; cujus & possunt esse aliquæ utilitates, imo quæ & necessaria, aliquando videtur, & v. c. ubi juratum est super contractu bonæ fidei: qui cum habeat varias præstationes, & vero juramentum stricti juris sit, si juratum simpliciter fuerit venditum, aut societatem contractam esse, actio in factum non videtur porrigi posse, ad omnes præstationes horum contractuum, & ob id. necessaria esse ipsius contractus actio. Unde recte responsum est in *d. l.* 33. *§.* 3. *&* 4. in terminis modo dictis, agi exempto & pro socio; cum præsertim ex hujusmodi contractibus mutuæ obligationes nascantur, &, si emptor juraverit, venditam sibi esse rem, etiam ei contra quem juratum est, actio ex vendito detur *d. l.* 13. *§.* 3. *in fi. de jurejur.* Et hic observandum, agi de jurejurando, non quod in judicio post litem cont. sub judice pedaneo præstitum fuit: post hoc enim sequitur sententia, nec adeo hæc actio in factum locum habet, ut tractavimus *d. disp.* 8. *de action. th.* 4. Sed quod præstitum est iure apud prætorem, necdum constituto judicio, aut data actione, itaque longe facilius est, & concinnius, ut hic ex contractu super quo juratum est, actio detur quam ut post rem judicatam actio prior tursus in judicium deducatur; cum & per sententiam omnia capita controversa decidantur, sed juramentum etiam simpliciter super contractu interponatur. Quod si juraverit quis v. c. ex mutuo sibi centum deberi, expeditius ipsa actione in factum utetur. Constat porro, ut diximus, etiam in actionibus in rem jurari, per *supra dd. textus*; quo facto fane vix dici poterit, quod actio in factum, quæ scilicet concurrit cum utili actione in rem, ipsa sit in personam; utcunque non detur contra quemcunque possessorem sed tantum contra eum, contra quem est juratum *d. l.* 7. *§.* 7. *de publ. act. d. l.* 11. *§.* 1. *& ult. de jurej. & l. nam* 9. *§. ult. de jurejur.* quoniam alias quâ inter quos res acta est, juramentū nec prodest nec nocet *l.* 3. *§. pen inf. de jurejur.* Hoc autē nō sufficit, ut propterea actio possit vere & proprie dici in personam esse; utpote quæ in domini quodam jure, quod censetur probatum esse, fundetur. Et tamen quandam istud similitudinem cum actione in personam introducit, sicut & hoc, quod diximus ante, conventionem partium quandam causam præbere huic actioni. At defendendam plane hanc Justin. methodum satis est, pleriſque casibus hanc in personam esse actionem. Probatur autem & hic concursus actionis utilis, in rem, cum actione in factum, ex *d. l.* 11. *§. ult. de jurejur.* ubi ei, qui juravit, hæreditatem suam esse, utilis actio datur, quo etiam referri solet *l.* 13. *§.* 1. *de jurejur.* & in *d. l.* 7. *§.* 7. *de Publician. action.* eidem datur Publiciana; atqui in *d. l.* 11. *§.* 1. actio in factum proponitur. Itaque posito hoc concursu nulla pugna est inter *d. l.* 11. *§.* 1. *& d. l.* 7. *§.* 7. Sed magis quæritur cur in specie *dict. leg.* 7. *§.* 7. non itidem utilis † actio detur, sed Publicia- 4 na præponatur. An eadem est ibi publiciana, quæ aliis locis utilis vocatur? Sed enim Publiciana respective ad civilem vindicationem, utilis recte dicitur: Sed alio sensu in *d. l.* 11. *§. ult. de jurejur.* actio utilis dicitur: ideo videlicet, quia juramentum non vera, sed ficta probatio est, nec prætor verum & Quiritarium dominium efficere potest, ideoque in specie quoque *d. l.* 13. *§.* 3. *&* 4. *de jurejur.* recte Interpp. communiter intelligunt actionem utilem empti, aut pro socio. An potius, cum Jasone in *§. sed ista* 3. *sup. h. t. n.* 66. (ubi plures citat) ex *rubrica* extum explicamus & ibi actum Publiciana fuisse dicimus. An potius quemadmodum verus dominus, qui tamen de dominio plane probando dubitat, potest Publiciana actione uti, quemadmodum tractavimus *disp.* 3. *de action.* ita poterit etiam, qui juravit rem suam esse, pro arbitrio suo, aut utilem actionem in rem, perinde ac si probasset dominium, aut Publicianam intentare; eoque magis, quod hæc est prætoria; & illa quoque auctoritate prætoris, qui jurantem perinde tuetur ac si probasset vere se dominum esse, robur accepit. Quod autem attinet *d. l.* 13. *§.* 1. *de jurej.* diximus ad *§.* 1. *sup. h. t. inf.* ibi accessionem longi temporis facere ut actio utilis contra quemcunque possessorem detur, quæ alias citra eam locum tantum haberet contra eum, qui detulit iuramentum, per textus paulo superius citatos; & errat omnino glossa hic, dum statuit, si res

tradita

tradita sit actori, qui iuravit rem suam esse, ei competere Publicianam contra quemvis possessorem; quod pugnat *cum l. 7. §. 7. de Publ.* & ceteris ante adductis textibus. Eadem enim utilis actionis in rem ratio est, quæ & ipsa contra quemvis possessorē daretur, si hoc in Publiciana admitteretur. Nec movet, quod adducit; ubicunque est titulus & bona fides, & ita jus usucapiendi, ibi Publicianæ ordinariæ contra quosvis possessores esse locum. Etenim negandum est, quod jusjurandum vere sit loco tituli, & absolute; sed omnino pro titulo est quo ad deferentem, cujus factum, alteri præjudicium efferre non potest: vid. late post Joh. Fab. & alios *Iasonem hic n. 51.*

Apparet autem, hunc §. non loqui de juramento promissorio quod contractibus adjicitur, sed de juramento decisorio, & nec hoc quidem omni. Non enim loquitur de iuramento, quod Dd. vocant suppletorium & necessarium quod judex parti defert solus, quæ non satis probavit, iuxta *lex admonendi* 3 *l. de jurejur.* A parte autem defertur iuramentum, vel post litem contestatam, permittente ex causa iudice, vel ante litem contestatam. Illud iudiciale dicitur, & magis est, ut nec ad hoc pertineat hic §. quoniam post hoc iuramentum sequitur sententia, quam iudex semel acceptus pronuntiare cogitur: & ipse approbat delationem: Ceteroquin postquam quis iudicem accepit, iam ad necessitatem probandi se adstrinxisse intelligitur; nec adeo ipsi permittendum est, ut desultoria levitate onus probandi imponat adversario, quod ante facere debuisset. Itaque ad posteriorem hanc speciem, pertinuit principaliter Edictum prætoris, iurisiurandi extra iudicium præstiti, ubi actio ordinaria aliqua deficiebat: ut proinde prætorem succurrere oportuerit. Sed hæc prolixius exsequi ratio instituti non patitur.

TEXTUS.

32. Pœnales quoque actiones prætor bene multas, ex sua Jurisdictione introduxit: veluti adversus eum, qui quid ex albo ejus corrupisset, & in eum, qui patronum vel parentem in jus vocasset: item adversus eum, qui vi exemerit eum, qui in jus vocaretur, cujusve dolo alius exemerit & alias innumerabiles.

COMMENTARIUS.

1 *Pœna album corrumpentis cui applicetur.*
2 *Quo sensu jurisdictio prætoris dicatur perpetua.*
3 *De raptione in jus: & an ea Edicti fuerit causa.*

PLenius illustrare vult Justin. quod *sup. §. 8. & seqq.* de actionibus prætoris in personam proposuit: exemplo nimirum alterius speciei actionum personalium, quæ sunt ex delictis: de quarum actionum distinctione plenius dicemus in §. *ex maleficiis* 18. *inf. h. t.* Hic tantum obiter verba textus percurremus: cum nec actionum hic relatarum essentiam & naturam ullo modo explicet Justinianus, sed tantum exempli loco nomina illarum fere tantum proponat: nec eius scopus fuit, omnium actionum naturas hoc tit. tradere sed generales tantum divisiones actionum proponere, aliquibus actionibus paulo plenius explicatis. Et ait Justin.

Prætor bene multas.] In fin. ait, alias esse innumerabiles. Quod per hyperbolen dictum est, ut intelligamus multas & varias esse: haud dubie enim actiones pœnales prætoriæ, de quibus agit hic §. numerari possunt. Pro *bene multas* alii legunt, *permultas*, alii *pene multas* alii simpliciter *multas*.

Qui quid ex albo.] Album significat matriculam vel tabulam, in quam aliquid refertur & scribitur: notat *Goth. ad rub. de albo scrib.* Hic significat tabulam in qua prætores edicta sua publice proponere solebant, quod post alios notat *Hottom. hic.* Doctores vulgo inepte explicant murum aut parietē dealbatum. Qui ita quid propositum corrumpit graviter delinquit, & ipsam rempubl. quodammodo lædit, quia dignitatem magistratus offendit, itaq; prætor in eum proposuit iudicium populare: quoniam non privatim alicui damnum infertur, sed ut dixi, publica magistratus dignitas læditur: cuius adeo vindicta omnibus datur. Itaque disputant Dd. an pœna quæ irrogatur delinquenti applicetur fisco an parti. Et recte concludunt communiter referente *Iasone hic num. 39.* applicari patri quoniam ut supra diximus, hæc in dubio est natura popularium actionum, ut pœnam & lucrum ipse qui agit, consequatur. Obiicit tamen cum aliis *Angel. hic* doctrinam Bartoli, quod quando prætor non proponit actionem, sed simpliciter irrogat pœnam, tum intelligatur introducta accusatio & criminalis persecutio, ex qua pœna applicetur fisco: hic autem non actionem, sed simpliciter iudicium à prætore proponi *l. 7. in princ. de juriod.* Equidem

dem hactenus Jas. recte respondet, quod apparet ex h. §. judicium de actione esse explicandum. Sed in eo non leviter errat, quo existimat; nisi ad hunc modum per alium textum judicium explicetur, in dubio per judicium criminalium accusationem intelligi: quoniam imo in dubio per judicium intelligi privatam actionem verum est: quod probare innumeris locis potest, & edicere semper ita prætor solebat, se judicium daturum: & perspicuum est huic rei argumentum, quod prætor urbanus & peregrinus, qui solebant edicta proponere, merum imperium non habebant: eoque nec eorum erat criminalia judicia proponere: ceteroquin generalius loquendo, verbum quoque actionis accusationem comprehendit. Male etiam hic Hottoman, reprehendit Tribonianum, quod actionem publicam & popularem hoc titul. proposuerit: quoniam ut ostendimus *sup. ad. pr. h. tit.* recte sub definitionem ibi propositam populares quoque actiones referuntur. Pœnam autem communiter statuunt quinquaginta aureorum: quoniam cum in dubio mitior interpretatio in pœnis sit facienda, (quam rationem ex Dd. refert *hic Iason num. 39.*) variet lectio in *d. l. 7. in pr. de jurisdict.* & alibi *quingentorum* alibi *quinquaginta* legatur: quam varietatem ibidem post Accurs. etiam Russard. annotavit, & posterius hoc: *quinquaginta*, etiam Hottomann. hic & *Duar.* 1. *disput.* 48. probarunt. Editio tamen Florentina habet, *quingentorum*. quam & vulgatæ antiquiores editiones sequuntur. Et frustra *Goth. in d. l. 7.* citatur *l. pen. de in jus voc.* quia longe gravius peccat, qui publicam autoritatem lædit, quam qui aliquem ex personis prohibitis sine venia in jus vocat. Ineptius ab eodem adducitur *lex* 10. *de accusat.* ubi quinquaginta aureis paupertas æstimatur. vindicatur autem ita læsa majestas prætoris: itaque inepta est dubitatio Hottomanni, cur non sufficerit actio L. Aquiliæ: inepta etiam responsio, quod hæc actio tantum ad privatum damnum pertineat. Etenim hic non de chartæ aut alterius materiæ ruptæ æstimatione, quod ridiculum esset, sed de vindicta dignitatis publicæ quæritur. Ait 2 porro JCtus in *d. l. de jurisdict.* ita † puniri, qui ruperit quod jurisdictionis perpetuæ causa propositum fuit: quædam enim proponebantur in causis singulis, veluti citationes peremptoriæ partium &c. ad quas hæc pœna non pertinet. Atqui cum prætoris jurisdictio annua esset *infr. in pr. de perp. & temp. act.* nihil videtur a prætore jurisdictionis perpetuæ causa propositum potuisse. Respondetur, perpetuum hoc non accipi absolute, sed secundum quid, & oppositive ad ea, quæ in singulis proponebantur causis: ut perpetuum hic dicatur, quod ei finis proponitur, ut duret per totam jurisdictionem prætoris, & in universum in omnibus causis obtineat: quomodo hoc explicant *Hott. & Duar. dd. locis.* Et tamen addendum est, quod monuimus ad §. *prætorum sup. de jur nat.* actiones prætorias pleraſq; etiam post annum & prætoris finitam jurisdictionem durasse, & igitur proprie quoque jurisdictio perpetua dici & explicari hic poterit.

In eum qui patronum &c.] Altera hæc actio prætoria pœnalis est: cóntra eos qui eas personas quas nó ut oportebat nec ante impetrata venia in jus vocarunt. Quidam enim omnino interim vocari non possunt *leg. 2. de in ius voc.* quidam possunt quidem, sed ut ante venia à prætore ejus rei petatur, inter quos sunt patroni, parentes, l. 4. *de in ius voc.* & *h. §.* Si quis contra fecerit, actio pœnalis est in quinquaginta aureos *l. pen. d. t.* eaque ut recte hic Dd. non popularis, sed privata, & illis tantum competens, quibus facta est iniuria. Causam edicti hãc, cum aliis quibusdam notat Hottoman. hic, quod per vocationem veterem in jus, vis inferebatur vocato, quippe quod obtorto quoq; collo in jus rapiebantur, qui ultro consequebantur. Quam causam falsam esse ostendo. 1. quod in *l. quæviis* 11. *de in ius voc.* dicitur cessare pœnam si filium vel libertũ † pœnituerit, vel si patronus vocatus non venerit. 3 Atquin raptio jus violenta in patronum & parentem non potest nuda pœnitentia purgari: tum qui violenter rapitur non potest non venire: & quod magis est dicitur in *d. l.* 11. remitti pœnam, si quis non invitus sit vocatus: at quomodo potest esse non invitus, qui rapitur? 2. quia in *l. quæsitum* 1 & *sed. tit.* permittitur liberto nomine pupilli sine venia patronum suum in jus vocare: nemo autem dixerit violentam raptionem permissam esse. Sed animum hoc ipsum, ut filius aut libertus patrem aut patronum in jus ire juberent, permittendum sine venia non fuit: cum præsertim cognoscendum prius esset, an actio esset talis, quæ patris patronive famam lædere posset *l. sed si* 10. *§. pen. d. t.* Itaque falsum est, quod ait Hotto. quod per vocationem in jus fuerit illata: & quod apud Comicos & alibi de raptione in jus legimus, alibi ostendi, ad viles tantum personas & desertores vadimonii pertinuisse: & facit quod in *l. perique* 18. *de in jus voc.* dicitur, eum videri vim inferre, qui aliquem ex domo sua in ius vocat, id est ei quandam necessitatem sequen-

Digitized by Google

quendi aut ſatiſdandi imponit: qui autem rapit, non videtur vim facere, ſed vel maxime facit.

Adverſus eum qui vi exemerit.] Tertia hæc actionis pœnalis prætoriæ ſpecies eſt, ex Edicto *Ne quis eum &c. lib.* 2. *Dig. tit.* 7. in quam non venit certa quantitas irogandi, ut in duabus præcedd. ſed tantum, quanti erat, ſuper quo reus in judicium vocabatur, utcunque etiam per injuriam & calumniam vocatus fuiſſet, *l.* 4. §. *pen. & l.* 5. §. 1. *Ne quis eum, &c.* nimirum propter improbum illud factum, quo quis vocatum in jus ad prætorem, exemit: quo ipſo dignitas & autoritas prætoris lædi intelligitur.

Cujuſve dolo malo alius exemerit.] Gl. duas opiniones proponit; unam, quæ hæc verba refert ad eandem actionem, de qua jam diximus, ex Edicto *Ne quis eum &c* alteram, quæ per ea novam actionem pœnalem proponi cenſet, ex edicto *De eo per quem factum erit &c. lib* 2. *Digeſt. tit.* 10. quem magis Gl. videtur probare, eandemque contra veteres pleroſq; cum Angelo probat *Jaſon hic, n.* 101. ſed pravo judicio: & ipſa verba oſtendunt & eorum connexio, unam tantum deſignari actionem, ibi *qui exemeris cujuſve dolo alius exemerit*: ceteroquin ſi novam actionem proponere voluiſſet, eadem formula, qua in præced. v. c. *item adverſus eum* uſus fuiſſet. Et edictum ſub *tit.* 10. *lib.* 2. *Digeſt.* non pertinet ad eum qui dum in jus vocatur eximitur, ſed qui cum vocatus promiſiſſet ſe in certum diem judicio ſiſturum, per alium impeditus fuit quo minus ſe ſiſteret, atquin verba hujus §. *cujus dolo &c.* eundem caſum ſignificant, quo dolo alterius exemtus eſt qui in jus vocabatur. Et falſa adeo eſt ratio Jaſonis, quod hæc verba etiam conveniant *d. tit.* 10. ſed & inepta inſuper eſt, ut maxime ad eum applicari poſſint: cum non conveniat ſententiæ Imp. & inſuper tantum caput unum & quidem minus principale ejus edicti comprehenderit: principale autem eſt de eo qui ipſe impedit, quod utique non omittendum erat. Atquin per edictum *Ne quis eum &c.* non tantum coercetur & principaliter, qui ipſe vi exemit, ſed & is cujus dolo factum eſt ut eximeretur *l.* 5. *in pr. eo tit.* quem caſum poſterioribus his verbis Juſt. comprehendere voluit.

TEXTUS.

13. Præjudiciales actiones in rem eſſe videntur: quales ſunt, per quas quæritur, an aliquis liber an libertus ſit: vel de partu agnoſcendo. Ex quibus fere una illa legitimam cauſam habet, per quam quæritur, an aliquis liber ſit: cætera ſubſtantiam capiunt, ex ipſius prætoris juriſdictione.

COMMENTARIUS.

1 *Præjudiciales actiones cur dicantur.*
2 *An recte h. tit. de actionibus præjudicialibus tractetur.*

DE actionibus præjudicialibus ſatis dixi multa ad *Treutl. de except. th.* 4. *& Tr. de act. diſp.* 2. *th.* 19. Et eſt prima quæſtio de ratione nominis † & 1 appellationis. Et nimirum præjudicium ſeu præjudicialis actio dicitur & eſt, quæ alteri actioni facit præjudicium, & qua deciſa ſimul aliæ quæſtiones deciſæ & dijudicatæ intelliguntur: eoqi prius dijudicanda eſt: & quæ forte rectior appellationis ratio eſt, quia hoc iudicium prius eſt decidendum & terminandum. Nam alias ſi inde dicemus præiudiciales actiones appellatas, quod alteri cauſæ fiat præiudicium, iam omnes pene actiones fient præiudiciales. Exempli cauſa, ſi mota petitione hereditatis, quod iudicium univerſale eſt, interim quis ſpeciale iudicium ſuperte, quæ in univerſale illud iudicium deducta eſt, movere velit, repellitur exceptione ne iudicio univerſali fiat præiudicium, *l. ult. in pr. C. de petit. hered.* quia per particulare iudicium fieret præiudicium hereditatis petitioni: neque tamen ſpeciales illæ actiones præiudicia aut præiudiciales actiones iure noſtro appellantur. Ita in *l. fundum* 16. *de except.* ſi fundum petam, & pendente iudicio, petam ſervitutem ad fundum eundem, dicitur interim differendam hanc actionem, quippe per quam fiat præiudicium actioni principali in rem, quoniam non niſi domino fundi ſervitus deberi poteſt: & tamen nemo actionem pro ſervitute appellat præiudicialem: ſed nec actio in rem pro fundo natura ſua præiudicialis eſt, ut prius decidenda ſit, ſed ex accidenti fit talis, propter motam actionem de ſervitute: quo ſenſu magis præiudiciale eſt iudicium univerſale petitæ hæreditatis, quod ante alias actiones expediendum eſt *arg. d. l. uls. C. de petit. hered.* propius ad rem, ſi quis ab aliquo, tamquam patronus petat obſequium aut operas, aut contra ſe famoſam actionem dari poſſe neget, alter autem ſe libertum eſſe neget, & ingenuum eſſe dicat, qui caſus proponitur in *l. ult. ſi ingen. eſſe dic.* hæ quæſtiones ſunt præiudiciales, hoc

ſenſu quod præjudicium per eas ſit controverſiæ de ingenuitate. Atquin dicitur in *d. l. ultim.* eas interim differri, & præjudium reddi; An ingenuus ſit an libertus: ut ex eo rurſus apparet, præjudicium non præcipue dici, eo quod ante alias quæſtiones ſit decidendum: ſed utique & hoc ſenſu, quod aliis cauſis & quæſtionibus facit præjudicium: quoniam hoc deciſo an ſit ingenuus quis nec ne, cæteræ omnes quæſtiones, quarum mentio in *d. l. ult.* deciſæ ſimul ſunt & expeditæ, minime autem inde ita dictæ ſunt quod aga ur de magno præjudicio, ut videtur velle *Iaſon hic n.* 13 *&* 39. qui tamen recte notat *n.* 1. *& ſeqq.* quaſdam actiones dici præjudiciales alio ſenſu, & tum ratione eminentiæ, unde judicium criminale præferatur civili *l. fin. C. de ord. jud.* tum ratione contingentiæ, ut in ſpecie 16. & 18. *de except.* Putat autem fere Hotto. hic, actionem qua quæritur an quis liber ſit an ſervus, non omnino proprie, ut ceteras duas quæ hoc §. proponuntur, eſſe præjudicialem: ex hac ratione, ſi recte intelligo: quod inter dominum & ſervum nulla actio eſſe poſſit. Verum 1. ſi ponamus quem in poſſeſſione libertatis eſſe, quamcunque hic actionem inſtituat, ſi conventus eum ſervum ſuum eſſe dicat, prius hoc decidendum eſt, & hoc deciſum ſimul alia multa decidit: neque enim in ſpecie per actionem tractari id neceſſum eſt de quo quæritur: ſicuti nec quæ proponuntur in *d. l. ultim.* ſi ingen. eſſe dicetur, ita tractatur. Et nimirum qui ſervus eſt omnia alteri acquirit, & in ejus dominio eſt, à quo plurima alia dependent, quæ omnia ſimplici pronuntiatione, ſervum quem aut liberum eſſe videri, decidunt. Illud porro addendum, videri has tres actiones tantum exempli cauſa propoſitas: Dari enim plures illud judicio eſt, quod Juriſconſultus ait in *l. 3. §. 2. de rei vind.* liberos à parentibus, peti poſſe præjudicijs, & pertinet enim hoc quoque ad ſtatum perſonæ, an quis ſit filiusfamilias an ſui juris: quam deciſionem multa quoque conſequuntur. Quin & amplius præjudicio hoc diſceptari, an quæ uxor ſit nec ne? reſpondit JCtus in *leg. 3. §. ult. de liber. agnoſ.* nam hoc & ad ſtatum pertinet; præſertim ſi ex juris veteris ratione de uxore quæ per coemptionem in manum viri convenit, diſceptetur.

Proxima hinc quæſtio eſt, an hæ actiones vere & recte dicantur eſſe in rem an magis in perſonam, quam olim veterum quorundam ſententiam fuiſſe fert *Iaſon hic num.* 22. ſed nihil hic addere libet quia prolixe eam tractavi *d. Tract. de action. diſp.* 2. *th.* 19. *& præcipue ad Treutl. de exception. th.* 4. Movet & hunc ſcrupulum Hott. hic, quod † hæ actiones præjudiciales non recte tractentur ſub hoc tit. quo contineantur privatæ tantum actiones: hæ autem non ad rem aliquam quæ in dominio ſit aut obligatione competant, ſed ſint pro ſtatu quod inſuper actio, qua aſſeritur libertas, popularis magis ſit, quippe in qua ex populo cuilibet aſſertori eſſe liceat, quo refert *l. 2. ne de ſtat. defunct. l. 3. de hom. lib. exhib.* quod hæc cauſa quodammodo publica eſſe videatur: & quod in *l ſed hæ 35. §. non ſolum 2. de procurat.* actio privata ſeparetur à præjudicio. Addit quod nec ſit in perſonam, nec in rem, quoniam res non deducatur in controverſiam cujus ſit dominium. Item quod actiones privatæ fuerint inſtitutæ apud recuperatores & pedaneos judices, ſed de cauſis ſtatus judices majores & ipſi magiſtratus judicaverint. Sed iſta non ſunt tanti. Nam 1. actio de ſtatu vel ad ſtatum pertinente, diverſa eſt ab ipſo ſtatu, cujus tractatio primo objecto juris continetur, 2. oſtendimus jam non ſemel, quod etiam populares actiones ſub definitione actionis in *prob. tit.* propoſita contineantur. 3. falſum eſt, quod revera & principaliter hæ actiones cauſam publicam concernunt, ſed tantum eo reſpectu, quod publice intereſt, ne quis opprimatur & in ſervitute detineatur, cum liber ſit: itaque permiſſum fuit civibus ſe præbere aſſertores iis, qui in ſervitute injuſta detinebantur, qui inſtar procuratorum erant, cum res utique ad eos ipſos pertineret, qui vindicabantur in libertatem. 4. eſſe has actiones in rem, paulo ante citatis locis probavimus: nec ut actio in rem dicatur, neceſſe eſt, ut ejuſmodi res ſit quæ eſt in commercio: ſed eſt quædam actio in rem & vindicatio juris, cujus ſpeciem hæ actiones conſtituunt: & eſt ea quædam ſubtilis vindicatio: ceteroquin vix actio negatoria poſſet mereri nomen actionis in rem. 5. dubium eſt, an in cauſis ſtatus potuerit & ſolitus fuerit olim dari judex: & affirmativam doctiſſimi viri non uno & textu & aliorum autorum teſtimonio tuentur; & ut maxime demus (nec enim hic pluribus id tractare libet) ipſos magiſtratus de cauſa ſtatus cognoviſſe, vitioſe tamen hinc actiones præjudiciales ab iſto tractatu removerentur: quippe cum & perſecutiones extraordinariæ pro fideicommiſſis & ſalariis eſſent cognitionis prætoriæ, quæ tamen inepte propterea à nomine & natura actionum excludantur: & maxime inepta eſt hæc ratio ad ſeculum & ætatem Juſtiniani, qua jam & longe ante vetus illa procedendi & dandi

dandi judices ratio erat ſublata: & ſecundum quæ tempora, etiam interdicta non niſi per actiones in factum exercebantur *§. ultim. inſt. de interd.* quæ tamen in *d. l.* 35. §. 2. *de procurat.* ab actionibus & ipſa ſeparantur: & utique olim quoque generali verbo actionis veniſſe docet *l. actionis* 37. *de O. & Action.* Jam cetera hujus textus videamus. Ait

An aliquis liber.] Hæc eſt prima actio præjudicialis, qua quæritur an quis liber an ſervus ſit. Et illi quidem qui de ſtatu ſuo litigabat, opus fuiſſe aſſertore, qui eum liberali cauſa aſſereret manu docet *l. 1. C. de e adſert. toll.* cujus rei quoque apud Plautum & Terent. exſtant exempla: & ob favorem libertatis receptum erat, ut cauſam, licet nulla interpoſita appellatione liceret retractare, uſque ad tertiam aſſertionem: itaque hic contra regulas ordinarias juris, de eadem re iterum & tertio cauſa referebatur, & judicium reddebatur. Quod utrumque ſuſtulit Juſtinianus, in *d. l.* 1. & 2. *C. de adſert. toll.* & conſtituit, & ut ſine aſſertore ipſe de cuius libertate quæritur, in judicio conſiſtere poſſit: & ut cauſa ſemel deciſa, ſicut reliquæ omnes non retractetur: & haud dubie errat Gothof. ibi qui hoc tantum ad dicis cauſa inſtitutas aſſertiones refert, ceteroquin retractationi etiamnum locum eſſe putat: quod & verbis & ſententiæ Juſtiniani eo loco repugnat, nec iuvat eum *l. 1. §. ult. ne de ſtat. defunct.* vel quia dicerem iuri illi eſſe derogatum per *d. l.* 1. & 2. vel potius, quod in *d. l.* 1. §. *ult.* omnino diverſus caſus tractatur, & hoc deciditur, quod etiam poſt quinquennium ex quo quis mortuus eſt, liceat tractare de ſtatu eius ad hunc effectum, ut eius qui vivit ſtatus confirmetur, aut in meliorem conditionem reformetur & deducatur. Eum autem qui aliquem in ſervitutem petebat nullo opus habuiſſe aſſertore, conſtat. Sed & hoc conſtare puto, ſolum eum non alium agere potuiſſe: & demitur Hottomanni iudicium, qui hic putat, quem vis pro ſuo in Rempub. ſtudio, eum qui ſe liberum mentiebatur, in ius potuiſſe vocare: cum utique hic etiamſi vicciſſet, ſervum pronuntiatum ducere non potuiſſet. Et ineptum argumentum eſt quaſi à relatis ſumptum, quod quivis alium in libertatem adferre potuiſſet. Hoc enim favor libertatis depoſcit, tum & iſtud præcipue, quod ſervus, aut qui ſervus arguebatur, ipſe perſonam in eo iudicio ſtandi non videbantur habere.

An libertus ſit.] Hæc eſt altera actio præiudicialis, qua de ingenuitate & libertinitate quæritur, & verſatur cum eo, qui ſe patronum dicit, eum alter ingenuum ſe eſſe contendat. Ubi iterum repetit Hottom. quod non poſſit eſſe actio in rem, quia non agatur de eo quod ſit in commercio: quam argumentationem iam ante ineptam & nullam eſſe oſtendimus. Illud in genere obtinet in his actionibus, ut uterque poſſit eſſe actor & reus, ſed non ſimul, verum prout quis v. c. aut ſe aſſerit liberum aut ingenuum: aut alter eum ſervum & libertum ſuum eſſe contendit. Qui enim ad iudicium provocat, is actoris vicibus fungitur: quod adeo conſtitui oportet, ut ſciatur, cui incumbat onus petitoris, id eſt, probationis, *l. generaliter* 12. *de exceptio. & l. circa* 14. *de probationib.* Cui non obſtat quod in *l. quoties* 18. *eod. t.* dicitur, patronum, qui operas ab aliquo ut à liberto petit, probare debere, licet in præjudicio poſſeſſor eſſe videatur. Etenim loquitur haud dubie de eo, qui provocat ad iudicium: & quod poſſeſſorem videri ait JCtus, ſignificat, non ob id quod forte quis ſemel aut iterum operas præſtiterit, protinus iuri ingenuitatis præiudicium fieri aut factum eſſe, ſed nihilominus teneri eum qui ſe patronum dicit, modis legitimis probare: nec ſufficere, ſi operas aliquando præſtitas fuiſſe (per quod quaſi in poſſeſſione conſtitutus videri poſſit) oſtenderit.

De partu agnoſcendo.] Obiicit Hott. hanc actionem magis videri in perſonam: quoniam ea petatur, ut alatur partus, quæ ſit præſtatio dandi. Sed perinde ita quis probet actionem quæ quæritur, an quis ſit libertus an ingenuus, eſſe in perſonam: quoniam ea hoc ſimul conſequitur patronus vincens, ut operas libertus & obſequium exhibeat, quæ ſunt præſtationes faciendi. Et nimirum hæc eſt intentio, ut declaretur quis ex hoc vel illo natus: quam declarationem cetera ſequuntur.

Una legitimam cauſam habet.] Simpliciter hoc de prima ſpecie affirmat Theophil. & iudicium ſane de ſtatu libertatis & ſervitutis non dubium eſt, ex L. XII. tabb. deſcendere. An igitur particula *fere* hoc loco περίττεται & ſuperflua eſt? An ideo adiecta, quod etiam circa iudicium de liberali cauſa quædam Edicto ſuo diſpoſuit prætor, ut patet ex *tit. de lib. cauſ.* & ex inſcriptionibus reſponſorum? An ea addita eſt propter iudicium de partu agnoſcendo, circa quod SCta quædam facta eſſe, docemus ex *l. 1. in pr. & l. 3. §. 1. de liber. agn.*

TEXTUS.

14. Sic itaq; diſcretis actionibus, certum eſt,

non posse actorem suam rem ita ab aliquo petere: *si apparet eũ dare oportere*. Nec enim quod actoris est: id ei dari oportet: scilicet quia dari cuiquam id intelligitur, quod ita datur, ut ejus fiat: nec res, quæ jã actoris est, magis ejus fieri potest. Plane odio furum, quo magis pluribus teneantur actionibus, effectum est, ut extra dupli aut quadupli pœnam, rei recipiendæ nomine fures etiam teneantur hoc actione, *si apparet eos dare oportere*: quamvis sit adversus eos etiam hæc actio in rem, per quam rem suam quis esse petit.

COMMENTARIUS.

1 *Formulam, & verba dare, facere, non convenire omnibus actionibus in personam.*
2 *Dare quid sit in specie.*
3 *Quomodo condictio detur contra furem.*
4 *An spectetur hic & favor actoris.*
5 *Vtilitates hujus condictionis, & an actor teneatur probare dominium.*
6 *Ad l. 15. de rei vindic.*

COncludit hactenus & huc usque traditam actionum divisionem, in personales & reales: & hoc quasi pro corollario ex §. 1. *sup. h. t.* colligere & subjicere videtur. Tradidit enim ibi actione in rem in specie dicta ita experiri quemque, ut dicat rem quam alius possidet, suam esse: actionem autem in personam ita quem experiri, ut dicat alterum sibi dare facere oportere: ex qua nimirum oppositione formularum, quæ actionum disparatis speciebus accommodantur, hic inferre videtur: non posse eum qui rem suam esse intendit, hac formula uti, ut dicat, adversarium sibi dare oportere: efficit enim formularum & actionum oppositio: ut cum in actione in rem quis petat rem suam, per actionem in personam, rem alienam petere intelligatur, quam Reus ipsi debet, & hoc fine petere ut ejus dominium consequatur. Ex quo tanto magis verum esse convincitur, quod sup. *ad d. §. 1. h. tit.* disputavimus, formulam istam *Ajo te mihi dare facere oportere*, nõ convenire omnibus † actionibus personalibus, sed tantum his, quæ condictiones in specie dicuntur: Longe enim hi falluntur, qui ceteras omnes actiones in personam ad faciendum competere putant: nam ut ostendimus *ad d. §.* verbum *facere*, non alio hic sensu sumitur, quam alibi in obligationum divisione *l. 2. d. V. O. in pr.* & in primis in *§. ult. Inst. de verb. obligat.* ubi quod se subjicienda stipulatione pœnali monet Justinian⁹, argumento evidentissimo est, quid per verbum, faciendi, ibi intelligat. Et sane si abuti verbis vel saltem laxius iis uti velimus, rectius de restitutione rei verbum *dandi*, quam *faciendi* prædicabitur: nam & pignori, & commodato & precario rem dare dicimur, cujus tamẽ dominium non transferimus: & quod quis acceptum à nobis, postea reddere dicitur; id utique ei nos recte dicimus dedisse: & quod quis reddit, quid ni hoc etiam dare dicatur. Quod eo etiã pertinet, ut intelligamus, in formula, *Aio te mihi dari oportere*, † verbũ *dandi*, in specie usurpari, ut docet *hic §.* pro dominii translatione: siquidem ait Justinianus, *dari* id demum intelligi, quod ita datur, ut fiat ejus cui datur: quo sensu & verbum istud usurpatur à jurisconsulto in *leg. ubi 75. §. ultim. de verb. oblig.* facit *l. nemo 82. eod.* ubi Juris consultus, cum mysterio, ut Dd. loqui solent, ait posse quem stipulari, rem suam sibi *reistitui*, tacite innuens, frustra quem stipulari, rem *suam sibi dari facit l. non videntur 167. de Reg. Iur. & leg. scire 29. §. 1. de V. O.* Et probabile est in stipulationibus, præsertim hanc scrupulositatem aut subtilitatem verborum observatam fuisse, & vel maxime in formulis actionum. Sed sane recte hic observat Hotto. hunc locum, qui ita verbi istius *dare* propriam significationem urget, ex veteri I Cto descriptum videri. Vix enim est, ut formulis per novas constitutiones sublatis, & admisso, ut quisque actionem congruentibus saltem verbis instituat hęc accuratio amplius observetur, & inepte egisse credatur, qui jure dominii rem suam, & sibi dari petit, cum salva etiã sermonis Latini ratione *dare*, pro *restituere* & *tradere* accipi & explicari possit.

Ceteroquin hoc sensu, quod Justinian. hic verbum *Dare* usurpat, ultro perspicuum est, non posse quẽ recte petere, ut res ipsi detur, cujus jam dominus est: nam ut subjicit *Justinian. in verf. nec res.* quæ res jam actoris est, ejus amplius fieri nõpotest. Implicaret enim contractionem, Rei cujus dominus sum, in me dominium transferri, nec quisquã dominium transferri potest, nisi qui dominus est, duo autem ut ejusdem rei domini in solidum sint, fieri non potest. Et huc pertinet quod ait I Ctus in *l. & an 14. §. pen. de exc. rei jud.* rem eandem sæpius quidem mihi deberi posse, sed amplius quam semel

Digitized by Google

ſemel meam eſſe non poſſe. Idemque in *l. non ſunt* 119. *de R. I.* & traditur *ſup. de legat. §. ſed ſi rem* 10. quod alicujus eſt, amplius ejus fieri non poſſe. Ex quo ultro apparet, procedere id in eodem genere dominii: & ei qui dominium planum & omnibus numeris habet abſolutum, nihil ultra nec aliud dominium accedere poſſe: ceteroquin dominio bonitario, jure veteri accedebat dominium Quiritarium: ſicut & hodie liquidum eſt dominio utili directum dominium accedere poſſe: quoniam duo in ſolidum ejuſdem rei, diverſis dominii generibus domini eſſe poſſunt, ut nō uno loco explicavimus.

Unus hoc §. ſupereſt ſcrupulus, in quo vehementer ſe † torquent Dd. qui fieri poſſit, ut ſi quidem in formula hac, *Ajo te dare oportere*, *Dare*, ſignificat dominium transferre, quomodo hæc formula contra furem locum habere poſſit, & ille ita conveniri poſſit, ut *Det* rem furto ſubreptam, cujus conſtat eum non eſſe dominum, & cujus adeo dominium ut transferat impoſſibile eſt: Prorſus, Qui non poteſt dare, ille non poteſt ita conveniri, ut dare jubeatur. Atquin fur non poteſt dare rem furtivam eo ſenſu quo *dare* hic uſurpatur. Ergo &c. Et conſtat condictionem furtivam ſoli domino dari *l. 1. de condict. furt. l. eum qui* 14. §. *qualis* 16. *de furt.* & quomodo igitur jam domino fur dabit? Conſtat plane irregulare hoc eſſe, & condictiones regulariter non dominis dari contra dominos: ex quo eſt, quod dicitur in *l. ultim. uſufruct. quemad. caveat.* neminem rem ſuam condicere niſi furi: idque non tantum in condictione furtiva obtinere notant Dd. communiter, ſed etiam in aliis condictionibus, ut contra furem degenerent, & notat *Iaſon. hic n.* 36. ſed ut dixi, illud difficile eſt, quomodo iſta defendi poſſit exceptio: in quo laborant Ant. Faber, & qui eorum opiniones refert & examinat *Iaſon hic n.* 33. & 34. Dixi Tract. *de actionib. diſp.* 4. *th.* 10. neceſſario eundum eſſe in ſententiam gloſſæ, quod effectu ipſo condictio hæc ſit ad reſtituendum: neque enim umquam efficere poſſis, quin nec per rerum naturam fieri poſſit, ut fur hoc ſenſu dare dicatur, quo hoc verbum in hoc §. & in iſta formula uſurpatur. Sed quæ ratio ſuaſit ita hic impropriari verbum *Dandi*? Nemo hoc explicat, & haud ſcio an explicari poſſit. Non uno in loco ſcripſi, hanc videri cauſam fuiſſe introducendæ hujus condictionis, ut eſſet etiam præter pœnalem actionem, contra furem actio perſecutoria. Cæteræ actiones ex delictis, vel vi bonorum rapt. ex edicto *quod metus cauſa*, & de calumniatoribus &c. ut infra dicemus pluribus, mixtæ ſunt pœnales ita ut una cum pœna rem ipſam perſequantur, & adeo etiam in heredes, quantum ad eos pervenit, dari propterea poſſint. Atquin actio furti, ut probavimus ad §. *ult. ſup. tit. 1. h. libri*, mere eſt pœnalis ita ut nulla ratione poſſit in heredem dari. Et igitur opus fuit alia actione, quæ ſi prædefunctus eſſet fur, contra heredem quoque ſi quid ad eum perveniſſet, dari poſſet, & inſuper ipſe quoque furi rem auferret, & ad æſtimationem quoque, ſe forte perempta, compereret. Et cum non eſſet alia actio, in id comparata, placuit quamquam præter rationem juris condictionem contra furem & ejus heredem accommodari: ceteroquin furem dare non poſſe etiam oſtendit *l. ſcire* 29. *de V. O.* ubi ICtus ait, non poſſe quem ſtipulari à fure, hominem ſubreptum ſibi dari: ut appareat, præter rationem admiſſum, ut ita ſaltem condicere liceat. Ex quo apparet cur *h. §.* dicatur hæc condictio introducta contra furem odio ejus, ut pluribus actionibus teneretur: nimirum ut præter pœnalem puram etiam ſupereſſet perſecutoria: & in eo quod ut dixi, præter rationem juris, hæc † formula agendi contra furem admiſſa eſt, elucet odium furis. Apparet autem evidenter, ſimul favorem ipſius domini cujus res ſubrepta fuit, in conſiderationem veniſſe, ut quoque perſecutoriam actionem haberet: quod neſcio qua fronte negent, nullius judicii homines: ex inepta ratione, quod hoc §. tantum odii furis meminit Juſtinianus. Dixi quoque in *Tract de actionibus* ex hoc confirmari ſingularem ſententiam Cujacii, quod condictio furtiva in heredes in ſolidum non detur, ſed tantum in quod pervenit; quia nec ultra dantur actiones pœnales mixtæ, qua ipſam rem perſequantur, de qua quæſt. ibi dixi, & latiſſime in *exercitationibus ad A. Fabr. decade* 78.

Quamvis ſit etiam in rem actio.] Hoc etiam traditum eſt in *§. ult. ſup. de furt.* ſed quæritur, quæ itaque ſit utilitas condictionis furti † cum & rei vindicatio non niſi domino detur, & condictio hæc quoque ſoli domino dari dicatur, *l. 1. de condict. furt.* Utilitatem unam vulgo hanc tradunt, quod in vindicatione neceſſe ſit probare dominium, quod in condictione furtiva non ſit neceſſe, quod impugnat & improbat Hottom. hic, eo quod condictio ſoli domino dari dicatur. Sed judicio labitur. Nam quod condictio ſoli domino dari dicitur, pertinet ad excludendos eos, quibus actio furti pœnalis (quæ hactenus condictioni opponitur) datur, ex hac ſola cauſa quod eorum intereſt, v. c. conducto-

rem, commodatarium &c. juxta §. *furti* 13. *cum seqq. sup. de fur.* non autem ut propterea dominium cogatur probare, qui hac conditione experitur: neq; enim fur referre potest quæstionem dominii sicut potest, qui convenitur rei vindicatione, qua possessor: & qui vincit, licet nihil probet, ubi alter dominium non probat. Neque in actionibus personalibus ex quarum numero cõdictio est, actori incumbit necessitas probandi dominii: maxime cum fur conveniatur ita, ut dare jubeatur. Itaque si v.c. qui commodavit rem, experiatur condictione furtiva, non necesse habebit, se probare dominium: & satis est ut se dicat dominum; & præsumetur in præjudicium furis dominus esse. Atque ita non cõtrahitur mutuum nisi dominus fuerit, qui numeravit pecuniam: neq; tamen qui agit ex mutuo, oneratur probatione dominii: quod & notat ex Dd. *Iason in f. in §. sequens* 16. *h.t. nu.* 11. & 12. Aliam utilitatem tradunt, quod possessor contra quem competit rei vindicatio liberatur rei interitu: sed condictio re quoque perempta habeat locum. Quam itidem improbat & impugnat Hottom. eo quod etiam rei vindicatio perpetuetur ex mora *l. item si* 17. *in f. de rei vindicat.* fur autem sit in perpetua mora *l.* 81. & *ult. de condict. fur.* sed miror hominis judicium: cum ipse mox scribat, eo commodiorem esse condictionem, quod rei vindicatio competat contra possessorem tantum: condictione autem teneatur fur, licet non possideat: hoc enim ipsum volunt, qui hoc tradiderunt. Et nimirum distinguendi sunt casus instituræ & instituendæ actionis. Condictio semper locum habet, licet fur ante eam instituta rem possidere desierit; quod secus est in rei vindicatione. Et quamvis fur dolo rem subripuerit, potest tamen sine dolo sed & sine culpa postea possessionem amittere. Atquin in *d. l.* 15. *de rei vindicat.* agitur de rei vindicatione jam instituta, sed & insuper quod ob moram & quod non statim restituit, condẽnatur possessor, qui post litẽ cont. amisit possessionem, non est generale sed speciale, ubi petitor rem acceptam fuisset distracturus, ut ibidẽ scriptum est: ceteroquin constat, si reus etiam post lit. cont amiserit sine culpa possessionẽ, ab instituta rei vindicatione eum absolvendum esse *l. sin autem* 27. *in pr. de rei vind.* & amplius in *d. l.* 17. agitur de re quæ periit, potest autem possessio rei petitæ, sine dolo Rei ad alium pervenire.

TEXTUS.

15. Appellamus autem, in rem quidem actiones vindicationes: in personã vero actiones, quibus dare aut facere oportere intẽditur, condictiones. Condicere enim est denuntiare prisca lingua. Nunc vero abusive dicimus, condictionem, in personam actionem esse, qua actor dari sibi oportere intendit: nulla enim hoc tempore eo nomine denuntiatio fit.

COMMENTARIUS.

1 *Vindicatio, vindicia.*
2 *Condicere, condictio.*

V *Indicationes.*] Nimis prolixe de hoc verbo hic agit Hottom. & vix videtur probanda notatio nominis † à vindico. Licet enim olim species quædam vis alicujus intervenerit, cum uterque vindicabat rem, quam vim Gellius festucariam, Cicero alibi quotidianam appellare videtur: tamen utique vim non dicere sed facere dicimur. Prorsus nihil aliud est vindicare aliquid, quam id sibi asserere, sive illud sit possessio interim, sive proprietas: & cum olim essent vindicationes mutuæ, eveniebat inde ut videretur ipsa quoq; possessio dubia & controversa, & propterea sententia ferenda esset ante omnia super possessione, penes quem ea interim esse deberet, dum de principali & ipsa proprietate negotium perageretur. Et huc pertinet locus Asconii in orat. 3. *Verrin. qua est de prat. urbana.* Lis, inquit vindiciarum est, cur litigatur de ea re apud prætorem, cujus incertum est quis debeat esse possessor: & ideo qui eam tenet satisdat &c. licet enim alter rem teneret, ut hic ait Asconius, tamen quia alter intẽdebat possessionem ad se pertinere, dicebatur controversa possessio: Itaq; lis vindiciarum significat controversiam de toto negotio simul & proprietatis. Qua in re haud dubio hic Hottomannus errat, qui refert tantum ad quæstionem de possessione; sicut nec minus errat, dum putat, vindicias possessionem ipsam significare: quod à verbi proprietate alienissimum est. Nec moveat, quod apud *Livium lib.* 3. & alibi legimus; postulare vindicias, & dare vindicias: vel quia verba à proprio significatu in alium per metaphorã trãsferuntur: vel quia nihil aliud jibi significat, *postulare vindicias*, quã petere, ut vindiciæ dicantur pro postulante: nam & ita loquuntur autores *vindicias dicere*; nemo autem utique dicit possessionem: & rursus id dicitur per tropũ; & significat, in lite vindicia-

diciarum ſententiam ſecundum hunc vel illum dicere. Et vindiciarum verbum varie uſurpatum adeoque ſæpe figurate & metaphorice, vel illud argumento eſt, quod Feſtus in voce *ſuperſtites*, & in voce *vindicia* ipſas res de quibus controverſia eſt, vindicias fuiſſe appellatas, autor eſt: poſtea, ubi v. c. fundus vindicabatur, glebas quæ ex agro ſumptæ in jus afferebantur, & in iis tanquam in toto agro vindicabatur, ut ſcribit *Gell. lib.* 20. *cap.* 9. ex quo loco ipſo, dum ait in re & in agro vindicaſſe litigates, apparet, *vindicare*, quid proprie ſit, nimirum, ut dixi, rem ſibi aſſerere. Hodie conſtat vindicationem dici actionẽ in rem ſuper proprietate, de qua diximus *ſup. ad* §. 1. *h. t. & late in Tract. de act diſp.* 2.

1 *In perſonam actiones † condictiones.* Condicere, inquit Feſtus eſt, dicendo denuntiare, & condictio eſt in diem certum ejus rei, de qua agitur, denuntiatio. Et ſolebant olim litigatores accepta formula & judice à prætore dato, certum diem & fere perendinum conſtituere, in quem ſe apud judicem ſiſterent, & invicem ſibi ita, ut tum adeſſent denuntiare. Ita *Aſcon. in* 3. *Verrinam*, comperendinatio eſt, inquit ab utriſque litigatoribus invicem ſibi denuntiatio in perendinum diem: quod pluribus confirmat Hottom. hic. Quod ſi ita eſt, cum hæc denuntiatio in omnibus actionibus, adeo & realibus interveniret, oportet, ut hoc nomen condictionis commune etiam poſſit eſſe actionibus in rem: quod ideo poſt actionum in perſonam proprium factum ſuſpicatur Hottomannus, quoniam actiones in rem aliud ſpeciale nomen habebant, ut dicerentur vindicationes. Conſequitur & hoc, fruſtra eſſe Doctores, dum hic diſputant, an opus ſit admonitione extrajudiciali de ſolvendo, ante quam Reus in jus vocetur: quoniam iſta denuntiatio & condictio poſt vocationem in jus & judicẽ accepram fiebat. Ab actu itaq; iſto, appellata fuit ipſa actio, à qua alias longe diverſa eſt denuntiatio: atque ita hæc quoque eſt appellatio abuſiva: ſed magis adhuc, quo iſtud nomen actionum perſonam certæ ſpeciei proprium factum eſt, ut in *f.* §. Juſt. ſcribit; quam quã poſſit Juſt. & ita accipi quod hoc ipſum verbi impropriè & abuſivè actiones in perſonam dici condictiones. Verendum autem eſt, ne quod dictum modo de denuntiatione invicem facta, parum conveniat huic loco: & fore olim etiam acturus, qui aliquem ſibi obligatum habebat, neceſſe habuerit prius monere reum & ei denuntiare ut ſolveret, *arg. l.* 10. *C. de pignor.* quod & Cujac. hic notat, cõfirmat autoritate Donati, qui ad iſta verba Terẽtii in Phorm. Act. 1. ſc. 2. *ego me cognatum dicam & ſcribam dicam* annotavi. *A denunciatione in perſonam ne poſſet dicere mihi non denũciaſti.* Illud autem omnino eſt obſervandum, quod hic in fin. proponit Juſtinianus condictionem ſignificare actionem in perſonam, qua quis intendit ſibi dari (& fieri) oportere. Ex hoc enim confirmatur, quod ſupra ad §. 1. *h. t.* ſcripſi, formulam hanc, *Aio te dare facere oportere*, non eſſe communem omnibus actionibus in perſonam, ſed tantum quibuſdam, & omnino his, quæ vocantur condictiones.

TEXTUS.

16. Sequens illa diviſio eſt, quod quædam actiones rei perſequẽdæ gratia comparatæ ſunt, quędam pœnę perſequendę, quædam mixtæ ſunt. Rei perſequendæ cauſa comparatæ ſunt omnes in rem actiones. Earum autẽ actionum, quæ in perſonam ſunt, eę quidem quę ex contractu naſcuntur, fere omnes comparatæ videntur, rei perſequendæ cauſa, veluti, quibus mutuã pecuniam, vel in ſtipulatum deductam petit actor: itẽ commodati, depoſiti, mandati, pro ſocio, exempto vendito, locato conducto. Plane ſi agatur depoſiti eo nomine, quod naufragii, tumultus, incendii, ruinæ cauſa depoſitum ſit, in duplum prętor actionem reddit, ſi modo cum ipſo apud quem depoſitum ſit, aut cum ejus herede de dolo ipſius agitur, quo caſu mixta eſt actio.

COMMENTARIUS.

1 *Quæ ſint pœnales actiones.*

HÆc diviſio poteſt ex ſupra relatis §§ intelligi, quibus Juſtin. quaſdã actiones perſecutorias in §§ 8. 9. 10. & 11. & poſt in 9. *panales* 12. pœnales, actiones propoſuit. Sed id ibi alio nue nõ fecit, quã ut exempla actionum prætoriarum referret: Hic autem actionum generalem diviſionem & quidem accuratius & plenius proponit. Diviſio ab objecto, quod actio perſequitur, ſumpta eſt. Pœnales † 1 actiones proprie loquendo ſunt, quibus actor perſequitur quod vel quantum ſibi non abeſt, ut, duplum

plum, triplum quadruplum: quamvis Dd. communissime in §. *pœnales* 12. *sup. h. t. ubi laſ. in pr. & n.* 91. *cum ſeqq.* jam quaſdam actiones pœnales appellent, aut appellatas putent à parte Rei, ubi perſequitur actor aliquid, quod ſibi abeſt, cum reo nihil adeſt: & ſane (oſtendimus *Tract. de act. diſp.* 1. *th.* 2.) ita videtur & hoc ſenſu actio pœnalis dici in *l. fin. in pr. de eo per quem fact. & in l.* 1. §. 5. *& 8. ne vis fiat ei &c.* Sed tamen prior uſurpatio & frequentior & ſui juris quin & rationi magis accommoda eſt. Et cum pœnæ perſequendæ cauſa hoc loco Juſtin. pœnales actiones comparatas dicat, utique non poteſt dici perſequi pœnam, qui quod ſibi abeſt perſequitur, & quod ſua intereſt, licet Reo nihil adſit: ceteroquin etiam ultra centuplum poſſet dici actio competere: & ita actio v. c. L. Aquiliæ qua datur ad intereſſe juxta §. *illud* 10. *ſup. ad L. Aquil.* pœnales dicenda eſſet, quod tamen recte non fieret: imo & dicenda eſſet pœnalis, cum v. c. homo occiſus eo tempore integer & plurimi fuit, & veram æſtimationem actor perſequitur, quod tamen abſurde diceretur, & contra §. *his autem* 9. *ſup. ad L. Aquil.* §. *vi autem* 19. *inf. h. t.* utique enim & hic nihil reo adeſt. Et ad hanc rationem actio ex delicto *ſi vent. nom. mul. &c.* quæ eſt ex dolo in factum, perſecutionem continere dicitur *l.* 1. §. 4. *d. l.* tamen competit in mulierem, licet ei nihil adſit, *d. l.* 1. §. 3. Hoc inde adnotandum eſt, quod & ipſum pertinet ad ejus quod jam dixi, confirmationem, pœnam hic intelligi quantitatem ex edicto vel Lege delicto irrogatam. Ideoque nihil huc pertinere, pœnam, (quæ ita dicitur) conventionalem: quæ enim hanc perſequitur, actio procul dubio ad rei perſecutorias pertinet. Atquin poteſt & in ſtipulationem deduci duplum, triplum & quadruplum: *l. ſi divum* 56. *in princ. de evict.* Et an igitur hæc actio pœnalis appellanda erit, quæ ex ejuſmodi ſtipulatione competit? utique ex delicto non eſt iſta actio: & tamen nec dici poteſt rei perſequendæ gratia comparata, cum triplum aut quadruplum adeo id, quod actori non abeſt, perſequatur. Videtur ſane iſtud ad pœnam conventionalem pertinere: quæ, ut ex Dd. notavimus ad §. *alteri* 18. *ſup. de inutili ſtip.* concipitur vel ſub certæ quantitatis mentione, vel, ut loquuntur Interpp. per nomina multiplicativa, ut in *d. l.* 56. dum permittente jure, v. c. emptor ita intereſſe ſuum æſtimare videtur, ſi ipſi poſtea res evincatur: ne difficili probatione ejus quod intereſt, gravetur, juxta §. *ult. ſup. de V. O.* Et id inde deſcendit, quod alias ex ratione juris, & forte ex Edicto Ædilium duplum ſtipulari licebat, quam & promittere venditor cogebatur *l.* 2. *de eviction.* Jam verba textus quæ jam videamus.

Quædam mixta ſunt.] Hinc notat Jaſon poſt Dd. ſub ſimplicibus mixtum non contineri. Sed inepta probatio eſt, poteſt enim hæc ſpecies aliquando perſpicuitatis gratia proponi, poteſt & omitti, ut factum eſt in §. 1. *ſup. h. tit.* Quod modis autem actio mixta dicatur, dicemus ad §. *quæda* 20. *inf. h. t.*

Omnes in rem actiones.] Vel hinc apparet, manifeſto errare, qui propterea quod in litem iuratur, actionem faciunt pœnalem, ut *gl. in* §. *pœnales* 12. *ſup. h. t.* quę tamen communis reprobatur: nec male reſpondent Dd. quod licet ob contumaciam res æſtimetur pluris tamen hoc fiat ex officio iudicis, quod nimirum ſubſervit actioni: ut intelligamus, non fieri ex ipſa per ſe natura actionis, ſed magis exaccidenti, & eo quod poſt litem conteſtatam contingit.

Fere omnes.] Poſſit exiſtimari particula *fere* adiecta propter iſtum caſum, quem paulo ante tituli ex *l.* 56. *in pr. de evict.* Sed magis, ut intelligat caſum quem mox ſubiicit, in *verſ. plane* ubi ſimul concurrit delictum.

Veluti quibus.] Conſtat plane eſſe plures quam hic enumerantur: itaque exempla ſunt nimis multa: & vel genera contractuum proponere, vel una aut altera relata ſpecie clauſulam debuiſſet ſubiicere, ut in *f.* §. *pœnales* 12. *h. t.*

Plane ſi depoſiti.] Apparet ultro non ſimpliciter eſſe hanc actionem in duplum, (quod ridiculum ſit dicere) ſed contra inficiantem & qui frangit fidem *l.* 1. §. *hoc autem* 4. *depoſ.* Et ratio eſt in *d.* §. 4. & 2. *d. l.* 1. quoniam his caſibus non eſt locus electioni, ſed cuilibet occurrenti fidem quis habere, & eius fidei rem committere cogitur: quod ipſum anſam inficiandi præbet: & proinde pœnali propoſita actione ab inficiando abſterrere voluit prætor, cum & pluſquam improbum ſit, ex aliena calamitate improbiſſimum captare lucrum: quo etiam in *d.* §. 4. videtur reſpexiſſe ICtus, dum ait perfidiæ crimen creſcere.

Si cum ipſo, aut cum herede.] Et cum quo igitur alias poſſit agi depoſiti? cum nullo utique: cum ſit actio perſonalis: Juſtin. hoc ideo adjecit, ut ſignificaret actionem tum demum in duplum in heredem dari, ſi ipſe, ex dolo & inficiatione propria conveniatur, ſecus ſi ob dolum defuncti tum enim actio tantum in ſimplum eſt in heredem *l.* 1. §. 1. *l. de eo* 18. *depoſiti.* ideoque addit hic Juſtin. cum herede de dolo *ipſius* ſcilicet heredis. Neque obſtat quod ex cau-

ex causa contractus actio ex dolo defuncti in solidum in hæredes datur *l. ex depositi* 12. *de O & A. cum similib.* Aliud enim est, dari in solidum, & dari in duplum. Et hactenus actio pœnalis est, & ex delicto dari intelligitur, cujusmodi actiones in hæredes non dantur.

TEXTUS.

17. Ex maleficiis vero proditæ actiones aliæ tantum pœnæ persequendæ causa comparatæ sunt: aliæ tam pœnæ quam rei persequendæ, & ob id mixtæ sunt. Pœnam tantū persequitur quis actione furti: sive enim manifesti agatur quadrupli: sive non manifesti, dupli: de sola pœna agitur: nam ipsam rem propria quis actione persequitur, id est suam esse petens: sive ipse fur eam rem possideat, sive alius quilibet: Eo amplius adversus furem etiam condictio est rei. Vi autem bonorum raptorum actio est mixta: quia in quadruplo rei persecutio continetur: pœna autem tripli est, sed & Legis Aquiliæ actio de damno injuria dato mixta est: non solum si adversus inficiantem in duplum agatur, sed interdum & si in simplum quisque agat: veluti si quis claudum aut luscū hominem occiderit, qui in eo anno integer & magni pretii fuerit: tanti enim damnatur, quanti is homo eō in anno plurimi fuerit, secundum jam traditam divisionem. Item mixta est actio contra eos, qui relicta sacrosanctis Ecclesiis vel aliis venerabilibus locis legati vel fideicommissi nomine dare distulerint, usque adeo ut etiam in judicium vocarentur: tunc enim & ipsam rem vel pecuniam, quæ relicta est: dare compelluntur, & aliud tātum pro pœna: & ideo in duplum ejus fit condemnatio.

COMMENTARIUS.

1 *Male omissæ actiones ex delictis perfecutoria.*
2 *Actio L. Aquiliæ an sit pœnalis.*

SUbdivisio in *pr.* §. est actionum pœnalium in puras & mixtas. Sed cum dicat de actionibus proditis ex maleficiis, non sine vitio omittit tertium membrum. Nam & sunt multæ † actiones ex delictis, rei persecutoriæ, non pœnales, quas per judicē quasi recensuimus in §. *ult. sup. de furt.* Et tanto minus id hic omittendum erat, quod in §. *proced.* ubi de persecutoriis egit, tantum fecit mentionem actionum in rem & actionum personalium ex contractu: ut quis in errorem induci & existimare possit, omnes actiones ex delictis esse pœnales: quod omnino falsum est. Et ita nimirum & vulgatæ & ceteræ editiones habent, ut in textu proposui. Hottomannus tamen post verba, *comparatæ sunt*, addit hæc verba *aliæ rei*: cujus lectionis etiam in notis meminit Russardus: & notat, ejus lectionis autores ad aliquot manuscripta provocare: & ita eos legere ait, propter condictionem furtivam: quam etiam solam producit Hottom. Valde insubtiliter, cum & multæ sint aliæ rei persecutoriæ ex delicto: & omnino, ut ostendi in *Tract. de act. disput.* 4. cōdictio furtiva vero nō sit ex delicto, quippe cum detur jure quodam dominii, & sit nonnativa, verum dativa, odio furum contra rationem juris introducta ut docet §. *sic itaque* 14 *sup. h. t.* Et suspecti sunt, qui ita ad manuscripta provocant: & vulgatissimam lectionem, quæ etiam Theoph. adstipulatorem habet, confirmat, quod Just. tantum exempla actionum ex maleficiis pœnalium & mixtarum subjicit. Sed sane ut dixi, illud membrum actionum ex delicto persecutoriarum omittēdum non erat.

Pœnam tantum actione furti.] Hoc proposuimus & pluribus textibus aliis probavimus ad §. *ult. sup. de furt.* quod actio furti sit mere pœnalis.

Ipsam rem propriā actione] Intelligit actionem in rem: ut ex *seqq. h.* §. apparet: quod & tradidit in §. *sic itaq. sup. h. t* sicut & quod de condictione furtiva in *vers. eo amplius. h. t.* subjicit idem in *Lancilla.* 12. *C. de furtis l. ult. C. de noxal. act.*

Vi bon. rapt. actio mixta est.] Omnes reliquæ pœnales actiones præter actionem furti, mixtæ sunt: quod de singulis quæ sequuntur, probabimus. Et de hac actione præter hunc text. idem traditur in *f. pr. sup. vi bon. rap.* Et ibi specialem rationem actionis furti explicavimus.

Sed & L. Aquil. actio.] Contra inficiantem hæc perspicue mixta est, quippe in duplū, ita ut rei persecutio insit: de qua pœna in *l. 2. §. 1. l. inde* 23. §. *pen. ad L. Aquil. l. contra* 4. *cum l. seq. C. eod.* sed istud non

ed by Google

satis ad usum juris, quod actio L. Aquilię etiam extra hunc casum, & tum quoq; ubi in simplū agitur, mixta appellatur, *h* §. sane cum eo sensu Just. hanc actionem quoque in §. *hic autem 9. sup. ad L. Aquil.* 2 appellet pœnalem, † eo quod Reus aliquando in hōge plus teneatur quam damni dedit, qua æstimatio retro initur: adeoq; quod verā æstimationē quæ tempore damni dati est, pro pœna habetur, & cum simul utiq; in æstimatione sit, quanti res tunc fuit, cum corrumperetur, hoc sensu mixta dici poterit. Ceteroquin in *Tract. de Act. disp.* 5. & *sup. ad L. Aquil.* diximus, quod fictione quadam juris credatur occisus homo eo tempore quo plurimi fuerit: qua fictione admissa, recte simpliciter rei persecutoriam istam actionem dicemus. Sed & hoc monuimus, simplum dici tum oppositive ad duplum: tum oppositive ad omne id quod non revera abest, actori: quo respectu hæc actio dicetur mixta: & priori respectu nihil omnino in simplum.

Item mixta est actio,] Supplendus est hic locus ex §. *ult. sup. de obl. qua ex cont.* & ex §. *sed furti* 16. *in f. h. t.* quibus locis dicemur, non solum ob moram esse hanc actionem ex testamento pro legatis ad pias causas in duplum, sed etiam propter infitiationem crescere. Opinionem autem Dd. quod ex sola re fiat mora piis locis, adeo heres teneatur in duplum, licet interpellatus nō fuerit, confutavimus in *Tract. de Act. disp.* 5. *th.* 22. & facit contra eam satis aperte textus in *l. sancimus* 46. §. *ut autem* 7. *C. de Episcop. & cler.* quamvis enim textus ille in vulgatis codicibus non extet & sit ex Græca constitutione Justiniani insertus à Neotericis: tamen cum videatur hujus juris autor ipse esse Imperator Justinianus, recte etiam ejus constitutionibus Græcis utimur, in tractatione quæstionis controversæ; quæ aliis textibus decisa non est: quamvis hic textus sufficere possit, quod tum demum teneatur heres in duplū, si dare distulerit, usque dum in judicium vocaretur: quod sane ante extrajudicialem interpellationem fieri non solet. Quæ hic tractant latissime Dd. de hac actione & inprimis Jason, & alia multa impertinentia non attingo.

TEXTUS.

19. Quædam actiones mixtam causam obtinere videntur, tam in rem quam in personam: qualis est familiæ erciscundæ actio, quæ competit coheredibus, de hereditate dividenda. Item communi dividundo, quæ inter eos redditur, inter quos cōmune aliquid est, ut id dividatur. Item finium regund. actio, qua inter eos agitur, qui confines agros habent. In quibus tribus judiciis permittitur judici, rem alicui ex litigatoribus ex bono & æquo adiudicare, &, si unius pars videbitur prægravari, eum invicem certa pecunia alteri condemnare.

COMMENTARIUS.

1 *Actiones quot modis mixtæ dicantur.*

VIdetur hic §. insertus occasione ejus, quod de mixtis actionibus in *præcedd.* dictum erat: ut intelligeremus nō hoc unico modo dici actiones † mixtas, quod sint simul pœnales & rei persecutoriæ: sed etiam hoc sensu, quod simul sint in rem & personam. Quod vel solum potest sufficere, ad coarguendum A Fabrum qui hæc verba in *princ. §. hujus, tam in rem, quam in personam:* vult expugnari; quibus sublatis apparet nihil, cur istes §. *præced.* sit subjectus: imo ineptus fit Just. si non explicat, quo sensu actiones istas mixtas esse intelligeret: quandoquidem de una specie mixtarum jam egerat, & pluribus modis actiones mistæ dicuntur. Et præter istas duas significationes mixtarum actionum, superest & tertia, actionum ex delicto, (quæ originem suam personales) in rem rem scriptarum, qualis est actio *quod met. caus.* Est & quarta, actionum in quibus uterq; & actoris & rei vicem obtinet, quo sensu quidem actiones hic relatæ mixtę sunt, itemque interdicta retinendæ possessionis §. *pen. in f. in f. de interdict.* Quod autem actiones hic relatæ, & quomodo sint revera in rem & in personam, acurate & prolixe explicavi in *Tract de act. disp.* 2. *th.* 7. & plenius in *exercitat. ad Fabrum decad.* 94. *exr.* 3. & 4. neque huc transcribere libet.

In quibus tribus.] Verba hæc, *quod permittatur judici &c.* nō eo pertinent. ut significēt, has actiones esse bonæ fidei, (quod videri possit *arg.* §. *in bonæ fi. in f. h. tit.*) actio enim fin. regund. stricti juris est: neque hic de præstationibus judiciorum bonæ fidei agitur: sed de eo, quod ipsa rerum conditio, quæ in hoc judicium veniunt, exposcit. Nimirum res communes aliquando & quædam, nullam realem & naturalem patiuntur divisionem, veluti homo, equus, &c. aliquando non commodam recipiunt aut

aut æqualem divisionem. Ita ut non semper partes ipsarum rerum pro diviso fieri, aliquando non æquales partes fieri possint, sed necessum sit uni aut totum, aut majorem rei partem adjudicare. Quibus casibus res dupliciter deducitur ad æqualitatem: ut pro eo quod unus plus accepit ex rebus communibus, alteri res alia adiudicetur: quo casu habet divisio ad instar permutationis: & ut pro eo quod quis plus accepit, alteri in proportionatam summam pecuniæ condemnetur: cuius exæquationis hoc loco meminit Justinianus: & habet hoc casu divisio instar emptionis: de qua re late etiam dixi in *exercitationib. meis ad Fabrum decad. 98. c. 4. & 6.* Isti autem exæquationi frequentius locus est in iudicio fam. ercisc. & comm. divid. rarius autem in iudicio finium regundorum, ut docet *§. pen. in f. de off. jud.*

TEXTUS.

20. Omnes autem actiones vel in simplum conceptæ sunt, vel in duplum, vel in triplum, vel in quadruplum: ulterius autem nulla actio extenditur. In simplum agitur, veluti ex stipulatione, ex mutui datione, ex empto vendito, locato conducto, mandato, & deniq; ex aliis quam plurimis causis. In duplum agimus: veluti furti nec manifesti, damni injuriæ ex L. Aquilia, depositi ex quibusdam causis. Item servi corrupti, quæ competit in eum cujus hortatu consiliove servus alienus fugerit, aut contumax adversus dominum factus est, aut luxurioſe vivere ceperit, aut denique quolibet modo deterior factus sit; in qua actione earum etiam rerum, quas fugiendo abstulerit servus æstimatio deducitur. Item ex legato, quod venerabilibus locis relictum est secundum ea quæ supra diximus.

COMMENTARIUS.

1 *An actio in simplum, & persecutoria, convertantur.*
2 *An actio quadam persequatur ultra quadruplum.*

ALia divisio actionum, quæ tamen non multum abit ab ea, quę in *§. sequ. sup.* tradita fuit; actiones in simplum, rei persecutoriæ, reliquę pœnales sut. Nec aliud habet, quod post Joh. Fab. & alios retpõdeat *Iaſ. n. 1. in f.* pro informatione iuvenũ & pleniori clariorique declaratione hanc divisionem adiectã esse. Et tamen meminisse debebant Interpp. eius quod tradiderũt *sup. ad §. pœnales 12. h. t.* eã quoque dici actionẽ pœnalem & ex † parte rei, quæ interesse actoris persequitur, ubi Reo nihil abest. quo posito falsum omnino erit, quod idem sit actio in simplum & rei persecutoria: sed omnino quædã in simplum pœnalis erit: quod & ex *§. vi aũt. 19. sup. h. t.* probatur ubi Just. actionem L. Aquil. etiam quæ in simplum competit, mixtam & adeo pœnalem esse scribit, ut ibi. explicavimus. Ex quo rursus apparet, minime hæc converti, actionẽ esse in simplum, & esse rei persecutoriam.

Vlterius nulla actio † extenditur.] Dixi non semel eam actionem proprie pœnalẽ esse qua persequitur actor quod sibi non abest, & ita coercetur culpa & dolus rei, ut accidit in omnibus actionibus, quę sunt in duplum, triplum quadruplum, quãtitate ea nominatim definita: quo sensu verum est, quod h. § dicitur, nullã actionẽ esse ultra quadruplum. Et revera ineptæ sunt obiectiones, quas post gl. movent *Interpp. ex §. illud 10. sup. ad L. Aquil. l. 3. §. ult. de in ed. ruin. naufr. l. Iulian. 13. in pr. de act. empt. l. 1. in pr. de vi arm.* Revera enim ibi actor persequitur simplum, & nimirum quod sibi culpa rei abest, & in quo ei damnum datum est. Neq; enim consideramus tãtum illud corpus, in quod & per quod damnum datum est, sed universum damnũ quod datum est, & quod ex culpa rei actor sensit: v. c. si quis vile dolium pro pauculis florenis, sciens vitiosum, ignoranti emptori vẽdiderit, etiam æstimationem vini quod in dolium condidit emptor, & quod vitio dolii periit, præstare cogitur, *d. l. 13. in pr. de action. empt.* quod & in tigno vitioso vendito, quod ruina sua, ruinam aliam secum traxit: itemque in servo herede instituto, & ante eam aditam occiso obtinet: Quidquid enim sua interest actor nõ vero triplum aut duplum ejus persequitur: ex quo hoc æstimandum esse iam sæpe dictum est. Extra hunc casum, potest aliquando Lex, non habita consideratione æstimationis rei, in qua delictum commissum est, graviorem pœnam constituere, quæ longe longeque æstimationem quadrupli excedat, ut in *l. pen. C. de seru. fugit.* Cetera quoque bene removet *gl. hic* & egimus in *Tract. de action. disp. 5. th. pen.* Et an pœna conventionalis possit excedere quadruplum, tractavimus in *§. alteri 18. sup. de inutilib. stipulat.*

Velut ex ſtipulatione] Aliquando tamẽ & in quadruplum ex ſtipulatu agitur, ut in ſpecie *l. ſi dictam 56. in pr. de evict.* ſed diximus in §. *ſequens ſub.* tanti permiſſum eſſe æſtimare intereſſe tuum: ut hoc reſpectu perſecutio ſimpli videatur.

In duplum agimus.] Quinque actiones referuntur, quibus ad duplum agitur: furti nec manifeſti, damni ex L. Aquil. depoſiti, ex quibuſdam cauſis, ſervi corrupti, & ex teſtamento ad legatum piæ cauſæ relictum. Et hoc tantum fuit propoſitum Juſtiniano, ut doceret eas eſſe in duplum: an autem eodem omnes modo ſint in duplum, & ex ſe & ſemper, & aliæ harum differentiæ ex aliis & propriis locis petendæ ſunt. Et nimirum actio furti mere pœnalis in duplum, ceteræ omnes mixtæ ſunt, ut in duplo ſit rei perſecutio: quod docuit Juſt. in §. *ex maleficiis 18. cum ſeq. ſup h. t.* ſed & actio L. Aquiliæ, & depoſiti, in tumultu & incendio, itemq; jam dicta actio ex teſtamento, contra inficiantem, & hęc poſterior inſuper ex mora in duplum ſunt, ut docet §. *ſed furti 26. infr h. tit.* ceteræ, furti & ſervi corrupti, ſemper & etiam citra moram & contra confitentẽ ſunt in duplum *d.* §. 26. De actione ſervi corrupti illud notandum, quod utiliter quoq; cõperit pro filio corrupto *l. ut tantũ 14. §. 1. de ſerv. corr.* circa quod v. quædam poſt Dd. tractata *à Iaſone num. 21. hic.* Quod de hortatu conſilio ve hic dicitur, & an ob conſilium malum quis teneatur, tractavimus ad §. *tua tantum 6 ſup. Mandati.* Atque hæ ſunt, ut ita dicam nobiliores & frequentiores actiones in duplum. Exempla alia & plura ſunt in *l. 7. C. de inr. fiſc. N. 123 c. 28. in f. auth. ſed hodie C. de Epiſc. & Cler. l. ſancimus 29. C. de Epiſc. and. in conſt. 2. C. de vet. iur. enucl. Incipit Tanta circa nos* §. *eadem 22. in fi. l. 1. C. ut lit. pend. l. un. C. ne rei mil. comit. l. 4. C. ſi regund. l. 1. C. de ſuſcept. lib. 10. l pen. Cod Locati l. 1. in pr. & l. 5. §. 1. de publ.* & forte alibi.

TEXTUS.

21. Tripli vero agimus, cum quidam majorem vera æſtimatione quantitatẽ in libello conventionis inferunt, ut ex hac cauſa viatores, id eſt, executores litium, amplio rem ſummam ſportularum nomine exigerent: tunc enim id quod propter eorum cauſam damnũ paſſus fuerit, Reus in triplum ab actore cõſequetur: ut in hoc triplum etiã ſimplum, in quo damnum paſſus eſt, connumeretur. Quod noſtra conſtitutio introduxit, quæ in noſtro Codice fulget, quam procul dubio certum eſt, ex Lege condictitia emanare.

COMMENTARIUS.

1 *Viator quis, Item executor Catholicæ anno.*
2 *De ſportulis.*

APparet ex hoc §. viatoribus & executoribus litiũ pro quantitate & re petita ſportulas quoq; & mercedes dandas fuiſſe & à reo quoq;, non tantũ ab actore: ſicut *N. 82. c. 9.* judicib. quoq; ab utraq; parte vult ſportulas dari Juſtin. Nec animadvertit, quare Hott. hic neget ſe iſtud cõcoquere poſſe. Equidem pro qualitate & quãtitate operæ & laboris mercedẽ his perſonis conſtitui dariq; rationi eſt, nec tamẽ omnino abhorret à ratione, ut mercedis quantitas & ratio, ex quãtitate ſummæ aut rei petitę ineatur: cum & viden poſſit, præſertim quo ad executionem major opera requiri in exigenda majore quantitate, quamvis *Iaſon hic num. 41. poſt Dd.* notet non amplius de conſuetudine obſervari, ut pro quantitate rei petitę, majores præſtẽtur ſportulæ. Nec tam in Reo abſoluto, qui regulariter omnes expenſas litis conſequitur, procedit hæc actio, quã in reo condemnato in minorem quantitatem; ut videlicet, quanto minus pro ſportulis (quas ſemel aceptas viatores non reddunt) date debuit, id & imo juxta hunc §. ejus triplum ab Actore licet victore conſequatur, ut docet §. *ſed hæ quidem 35. in fin. infr h. t.* Itaque juris veteris ratione, ſecundum quam actor, qui plus petebat, cauſa cadebat &, reus omnino abſolvebatur, iſtud non convenit, ſed juri novo quo refertur in *d.* § 35.

Et ipſe Juſtinianus hoc loco teſtatur, hanc actionem in triplum mixtam, ex ipſius nova conſtitutione deſcendere. Ampliat hunc textum *Iaſon* cum aliis *numer.* 15. ut procedat, ſi ob petitum cauſa vel loco, majores ſportulas ſolvere coactus fuerit Reus. Ampliat deinde, ut etiam habeat locum in ſalariis advocatorum & procuratorum, quæ pro quantitate & gravitate cauſarum majora dari ſolent: licet fateatur *numer.* 17. contrariam opinionem communius obtinuiſſe, quam ego quoque veriorem eſſe puto contra Jaſonem, quoniam à ſportulis viatorum, ad ſalaria advocatorũ vitioſe infertur: nec facile hujuſmodi pœnalia ſunt extendenda: & quod aliquando in pœnalibus

ex

ex identitate rationis extensio fit, ut disputat Jason, particulare, neque verum est, in sportulis viatorum, & salariis advocatorum rationem eandem militare. Limitat porro Jason hunc §. *post. pl. n.* 44. ut obtineat, si quis dolo malo majorem in libello quantitatem petierit, & ob hoc ipsum ut damno sportularum afficeret reum; nec citra dolum videtur pœnali actioni in triplum locus esse: secus si per ignorantiam, aut errorem id factum sit. Ex quo efficitur probabile, quod idem tractat *n.* 25. locum non esse huic actioni pœnali, si adjecerit actor libello clausulam vulgatam, *Salvo jure superflui.*

Viatores, id est, executores litium.] Viator proprie significat eum, qui iter facit. *Juven.*

Cantabit vacuus coram latrone viator,

Horat.

——— *absentem cantat amicam,*
Multa proluitus vappa nauta atq; viator.

Post ita dicti, qui magistratibus aderant, & eorũ jussa exequebantur. *Colum. in præfat.* Illis temporibus proceres in agris morabantur; & cum consilium publicum deliberabatur, à villis arcessebantur in senatum; ex quo, qui eos evocabant, viatores nominati sunt, quod jam ante eum Cicero scriptum reliquit, in *libro de Senectut* magis posteà pro iis acceptum & usurpatum hoc verbi, qui in negotiis adhibebantur à magistratibus, & iis ministrabant, præcipue in citandis & vocandis reis. *Cicero in Vatinium.* miserisne viatorem, qui M. Bibulum extraheret domo: Sed officium eorum latius patuisse, dubium non est, & ex hoc maxime §. ubi Justinian. viatores de executoribus litium interpretatur. Sed magis tamen est, imo omnino ita habendum est, executores non dici hic, qui sententiam exequuntur, sed qui ea faciunt & exsequuntur, quæ ad causam & judicium pertinent; cum utique sportulæ de quibus hic agitur, ante litem quoque contestatam dari videantur; & ita, qui exigunt cautionem executores dicuntur in *l. omnes* 33. §. *præterea* 2. *C. de Episc. & Cler.* quamvis non negassem, eorũ opera post in exsequenda sententia magistratus fuisse usos; ut etiam hoc respectu recte executores appellentur; sed non eo sensu, quo id verbum sumitur in *l. executorem Codic. de execution. rei judic* scilicet pro eo, qui instar judicis, & forte ex causa judicati datus, sententiam mandat executioni. Pertinent autem huc ii, quorum mentio in *auth. de judicib. collat.* 6. *Nov.* 82. *c.* 2. quos (& numero duos) judicibus, qui constituti, videt adesse Justinianus, quibus utantur, τοῖς τὰς δίκας παρασκευάζουσί τε καὶ πάσει, qui lites præparãt & inducunt, vel introducunt, qui idem in *N.* 119. *cap.* 5. sunt οἱ τὰς δίκας εἰσαγόντες. Idẽ enim hic ἐπάγειν & εἰσάγειν signific. Pollux *l.* 8. *c. uls.* ἐπαγωγεῖς οἱ τὰς ἐμμίνους δίκας ἐπαγόντες. Itaq; non animadverto cur Interpretes in *d. N.* 82. reddiderint, *causas præparatibus & cõpientib.* nisi forte eo respexit, quod hic Just. viatores interpretatur executores; & intellexit, de his qui sententiam mandant executioni.

Notat insuper *Accurs. in dict. leg. executorem Cod. de execut. rei judic.* & in *d. Novell.* 82. *cap.* 7. viatores quoque dici Cæsarianos & Catholicianos, sed præterquam, quod vim istorum nominum non assecutus est, errat insuper, si arbitratur, cujuscunque magistratus viatores, apparitoresque ita appellatos fuisse. Dubitari non potest, quin Catholiciani vocati & dicti fuerint, ab aliquo magistratu, qui ipse Catholicus dicebatur. Cæterum Catholicum *Alciatus* 1. *paterm iss.* putat dictum, Præfectum prætorio Orientis, quod esset hic maxime quasi universalis magistratus. Sed magis assentior Cujacio, qui ad *l. prohibitum* 5. *C. de iure fisci* probat, fuisse Catholicum dictum procuratorem fisci, & nimirum in urbe speciales hujus generis procuratores fuisse, vicesimæ hæreditatum metallorum, caducorum. Atquin in provinciis universis, præpositos singulos ex hoc Catholicios appellatos, & horum ministros Catholicianos, qui & Cæsariani, arg *d. l.* 5. ubi Cujac. & qui conjunguntur in *l. pen. C. de bon. proscript.* qui locus ostendit, ad Catholicianos & Cæsarianos, pertinuisse curam rerum fiscalium. Hæc fortasse non injucunda cognitu, obiter adspergere visum fuit.

Sportularum nomine.] Dicamus plenius de sportulis, pro iis, † qui politioris Jurisprudẽtiæ & literaturæ sunt studiosi. Et frustra sim si moneã, sportam esse genus vasis ex vimine, &c. contextam; cujus diminutivum sportula. Romani olim clientes & tenues eos fere pauperesq; qui eos v. c. officii causa deduxerant & comitati domum fuerant, cœnæ adhibere solebant. Postea cum id superbis hominibus fastidiosum videretur, pro cœna cibum domum mittebant clientibus, aut petentib. domum deferendum debant; & sic quoq; tamen convivarum instar habebantur. Juven.

Nonne vides quanto celebretur sportula fumo,
Centum convivæ, sequitur sua quemq; culina.

Quoniã enim quod ita dabatur, in sporta ferri solebat, factum est inde, ut per synedochen ipse cibus sportula diceretur, Joven. *sat.* 1. ---- Spor-

——*Sportula primo*
Limine parva sedet, turba rapienda togata.

Apul. in apolog. quæ vulgo secundaria habetur. Quippe ita placuerat, ut jungeremur in villa suburbana, ne cives ad sportulas iterum convolarent. Hinc & quoniam, qui sportulas acceperant, convivarum instar habebantur, factum est, ut sportula opponeretur rectæ cœnæ, id est, quæ discumbentibus apud ipsum dominum præbebatur *Sueton. in Domit. cap. 7.* Sportulas publicas sustulit, revocata cœnarum rectarum consuetudine. *Martialis* 8. *Epigr.* 50.

Promissa est nobis sportula, recta data est.

Idem 2. *Epigr.* 69.

En vocat ad cœnam mulier te classica rectam.

Et 7. *Epigr.* 19.

Rectam vocat ut cum recurrit ad cœnam.

Postmodum, cum loco iam dictæ cœnæ quæ in sportulis mittebatur, pecunia dari soleret, factum est, urbæ pecunia etiam sportula diceretur. Et fuisse eã centum quadrantes, hæc loca confirmant. Juven. *sat.* 1.

——*densissima centum*
Quadrantes lectica petit.

Martial. 1. *Epigr.* 50.

Dat Baiana mihi quadrantes sportula centum.

Idem 3. *Epigr.* 7.

Centum miselli jam valete quadrantes.
Regis superba sportula recesserunt.

Inde latius & per abusionẽ significatio huius nominis producta: ita ut Suidas describat σποϱτύλλια, δῶϱα ὅτι πάντων διδύμια παϱϱησία, &, quod magis quis miretur, Hesychius σπόϱτυλον, interpretatur τόκον, an forte quod pecunia quasi honorarium istud, & nimirum usurã, largitur domino. Illud plane constat, largitates quas noviter creati magistratus distribuebant, sportulas quoq; dictas fuisse. Loco omnium potest esse Epistola *Plinii ad Traian.* 117. *l. nupt.* 10. Qui virilẽ, inquit, togam sumunt, vel nuptias faciunt, vel ineunt magistratũ, vel opus publicum dedicant, solent totam Bulen, atque etiam è plebe non exiguum numerum vocare, binosque denarios, vel singulos dare.

Hæ nimirum sportulæ erant, & dari solitæ, ut ex responso Traiani apparet: ubi non probat invitationem, quæ & in numero modum excedit, & quasi per corpora non viritim singulos ex notitia ad solennes sportulas contrahit. Et idem autor 2. *Epist.* 14. ad Maximum, ubi quæ corrumpendi judicibus & advocatis dabantur, sportulas vocat: convenitur, inquit, in media Basilica, ubi eam palam sportulæ, quam in triclinio dantur. Quas & decimas & quæ alendis clericis deputata erant, Cyprianus sportulas vocat *lib.* 4. *Ep.* 5. *inf.* presbyterii honorem designasse nos illis jam sciatis, ut & sportulis iisdem cum presbyteris honorentur &c. & *lib.* 1. *Epist.* 9. Nemolestus secularib. alligentur, sed in honore sportulantium fratrum, tamquam decimas ex fructib. accipientes, &c. Et ut tandem ad textum & rem nostram à diverticulo redeamus, sportulæ fuerunt quoq; dictæ mercedes, quæ judicib. ab utraq; parte dabantur, de quibus *Iust. in N.* 8. & expressius in *d. N.* 82. *c.* 8. Sed & amplio sportulas appellatas pecunias, quas olim uterq; litigans deponere cogebatur, (ita ut victus, quod existimo, parte sua multaretur) probatur ex vetere Scholiaste Aristophanis, in *Nubibus act.* 1. *sc.* 1. τὰς δικαδικὰς τῶν χρέως καλεῖ ἀλλοίως τοῖς πρυτανεῖσιν, ὀφειλόντας χρεωστοῦντας, id est, decimam partem debiti deponẽtes apud prytanistas, debitores in judicium introducebant: & hanc pecuniã Græcis πρυτανεῖα sed Romanis σπόϱτυλα dicta ait, & mox subjicit πρυτανεῖον ἦν ἀϱγύϱιόν τι ὅπεϱ καὶ ἐτίθεσαν οἱ δικαζόμενοι ἀμφότεϱοι, ὁ φεύγων & ὁ διώκων. pecunia, quã deponebat uterq; litigantium, & reus, & actor; quod facere potest ad illustrandum quod de decima parte scribitur in f. de pœn. tem. litigant. Mercedula quã viatoribus & apparitoribus & executoribus dant litigantes, vocatur sportula in *l. omnes* 31. §. *executoribus* 5. *C. de Episc. & Clericis l. in sacris* 12. §. 1. *Cod. de prox. sacr. scrin. lib.* 12. *l. ult. Cod. de fructib. & lit. exp. N.* 124. *c.* 1. & Just. in *N.* 82. *c.* 7. πϱὸ ὑδϱὸς διαϱϱῆξαι & ἐκβαίνειν λέ ὅτι τοῖς σποϱτύλοις, &c. de his enim mercedibus ibi tractatur. Sed hæc plus satis de sportulis; & fortasse tamen nõ nimis: cum nemo istud explicet ex fundamẽtis.

Quam procul dubio.] Procul dubio hæc lectio corrupta est, aut inepte locutus est Tribonianus. Quid enim insulsius dici potest, quam, constitutionem emanere ex Lege condictitia: nimis enim ineptum est, quod comminiscitur Accurs. legem quandam fuisse condictitiam dictam, quæ sub se plures constitutiones complexa fuerit. Itaq; omnino probo quod Hottom. & Cujac. (qui etiam veteres libros citat ad quos etiã Russ. & Contius provocãt) legunt: *ex qua procul dubio certum est lege condictitia* (sc. actionem & omnino condictionem, quæ dicitur ex Lege) emanare. Et ita ex nova Lege datur cõdictio etiam in triplum, quo constituitur opinio

Anto-

Antonii Fabri, quia alibi contendit, condictionem in triplum, aut quadruplum dari non posse.

Sed an ista sola & unica est actio in triplum quæ hoc §. proponitur? Aut an huc quoque referimus speciē *l. ult C. de his, qui à non dom.* ex qua qui alienum mancipium coram principe manumittit, & hoc ipsum & duo præterea alia mancipia præstare cogitur: quæ videtur esse actio in triplum mixta; aut an instar furis actione dupli puta tenetur? Aptius exemplum videtur ex *l. fancim 30. C. de Episc. aud.* ubi si quid ultra duos solidos acceptū est, qui accepit, in triplum tenetur. Possit & huc referri *l. ult. § quòd si 4. Cod. de mod. mult.* ubi qui majorem multam exegit, & multato duplum, & quod exegit, fisco inferre cogitur.

TEXTUS.

29. Quadrupli autem agitur, veluti furti manifesti: Itē de eo quod metus causa factū sit: deq; ea pecunia, quæ in hoc data sit, ut is, cui datur, calumniæ causa alicui negotium faceret, vel non faceret. Item ex Lege condictitia nostra constitutio oritur, in quadruplum imponens condemnationem iis executoribus litium, qui contra nostræ constitutionis normam à reis quidquam exegerint.

COMMENTARIUS.

QUatuor species actionū in quadruplum proponuntur, confusim & mixtim, ita ut differētiæ earum inter se ex aliis locis sint repetendæ. Et hæc in primis: quæ hic omissa est, (neque enim scopus fuit Justiniani sig. statim ista persequi) quod actio furti manifesti sit in quadruplum puri pœnalis, reliquæ in quadruplum mixtæ sunt; ita ut insit rei persecutio. Id. de actione quod metus causa contra absurdissimam Ant. Fabri sententiam, qui eam pure pœnalem contendit, accurate & prolixe probavimus *disp 5. de actionib. th. 23 & in exercit. ad Fabr. dec §. 2. c 9. & 19.* & sunt expressi textus in *l. item si 14. §. sed & si 9. cum 21. §. seq quod met. caus.* quos ille ne quidquam contendit à Triboniano esse corruptos, quod ut maxime verum esset (& tamen nullo modo id probat) quæ Tribonianus autoritate Imperatoria sanxit, pro LL. sunt observanda. De actione ex edicto de calumniat. quod mixta sit, est itidem text. expressus in *l. in haredem 5. §. 1. de calumn.* Et eadem modestia an stultitia A. Fab. ibi in Rationalib. cum locum corruptum & actionem eam pure pœnalem esse contendit: quam sententiā confutavimus ad *Treutl. part. 1. disp. 10. th. ult. & Tract. de act. disp. 5. th. 24.* Nec dubitari debet quin itidē sit mixta actio quarta *h. §. in fin.* contra executores, qui ultra definitum motum aliquid exegerunt. Et in *§. praced.* quidem ipse actor tenetur in triplum, cujus fraude factum est, ut plus exigeret viator, aut executor, qui exigens juxta petitionem actoris, est extra culpam. Hic autem ipse executor tenetur in quadruplum, qui citra culpam & dolum actoris, ipse ex dolo proprio plus exegit à litigatoribus. Et sportularum modus definitur in *l. omnes 33. §. in executorib. 5. C. de Episc. & Cler.* Sed ista constitutio particularis est. In *N. 124. c. 3.* vetat, executores plus exigere, quam ipsius LL. cautum est: ubi Accurs. se refert ad *N. 17. c. 4. & N. 8 c. 6. N. 86. cap ult.* ubi tamen itidem nihil definitur, sed fit remissio ad alias constitutiones, quæ non exstant. Inde autem existimo recte sentire *Jason. hic nu. 6.* ut quacunque Lege, vel consuetudine curiæ, nuntiis & apparitoribus taxata est certa quantitas & summa sportularum, si ultra quid exigant, hac actione pœnali teneantur. Cum porro *tot. h. t.* agatur de actionibus civilibus, & omnes actiones pœnales ceteræ quæ hic proponuntur, ita sint comparatæ, ut ex iis pœna applicetur & adjudicetur parti, ex hac quoque actione quadruplum consequitur ipse actor. Quod tamen gl. & communius Interpp. hic mutuum existimant per *N. 124 cap. 3.* ubi sancit Justin. ut simplum restituatur damnum passo, triplum autem inferatur ærario. Nec animadvetto, quomodo (quod veterum aliquos tentasse refert *Jason hic num 38.*) *d. cap. 3.* restringi possit ad judicia criminalia & ad acculationes cum tota illa Nov. indefinite & generaliter, de quibusvis judiciis loquatur.

Sunt porro plures actiones in quadruplum mixtæ, & in primis (quam hic omissam, mirum est) actio vi bon. rap. de qua in *princip. sup. vi bon. rapt.* & aliæ species in *l. 8. Cod. de iur. fisc. de his 26. § si quis 2. Cod. de Episc. aud. l. 1. Cod. de stat. & imagin. l. 2. & unum q. 9. Cod. de præf. prat. Afr. l. 3. Cod. de Assess. l. placet 8. C. de exc. mun. l. 3. C. de navicular. &c.*

TEXTUS

TEXTUS.

23. Sed furti quidem nec manifesti actio, & servi corrupti, à cæteris de quib. simul locuti sumus, eo differt. quod hæ actiones omnimodo dupli sunt: at illæ (id est, damni iniuriæ ex L. Aquil. & interdum depositi) inficiatione duplicantur, in confitentem autem in simplum dantur. Sed illa, quæ de iis competit, quæ venerabilibus locis relicta sunt, non solum inficiatione duplicatur, sed etiam si distulerit relicti solutionē, usque quo jussu magistratuum nostrorum conveniatur. In confitētem vero, antequā jussu magistratuum conveniatur, redditur simpli. Item actio de eo quod metus causa factum sit, à cæteris, de quib. simul loquuti sumus, eo differt, quod tacite ejus natura continetur, ut qui judicis jussu ipsam rem actori restituat, absolvatur, quod in cęteris casibus non est ita, sed omnimodo quisque in quadruplum condemnatur; quod est & in furti manifesti actione.

COMMENTARIUS.

PRopon t aliqu t diff rentias actionum pœnalium, quas hactenus enumeravit: princeps illa est, quod actio furti manifesti & nec manifesti, sūt pœnales purę, sed cęterę mixtę: quam Justianus hic ideo omisisse videtur, quia jam illam proposuerat *in §. ex maleficiis* 18. *cum seq.* Reliquæ differentiæ hac distinctione explicantur & continentur: quod actiones pœnales aliæ sunt natura sua & semper & omnimodo tales: quædam autem per accidens, & ob aliquam causam supervenientem ta les efficiuntur. Et ad illas pertinent, actio furti, item vi bon. rapt. de calumniatoribus, servi corrupti, tripli & quadrupli, quæ concedantur ob majores exactas sportulas, juxta *§. tripli cum §. seq. sup h.t.* Accidens illud, quod actionem pœnalem quæ alias in simplum, facit, inficiatio est & mora. Illa in duplum facit actionem Legis Aquiliæ, actionem ex testamento pro iis quæ relicta sunt venerabilibus locis, & actionem depositi ex quibusdam causis, ut hoc textu ait Justinianus & diximus *in §. sequen. 16. sup. h.t.* Mora vel est simplex, quæ facit itidem dictam actionem ex testamento pœnalem, h. text. *verf. sed illa*, vel cum contumacia conjuncta, si quis jussui judicis de restituendo non pareat: ex quo fit pœnalis in quadruplum actio, *quod met causa h. text. verf. Item actio*: quę plenius tractavimus de actionib. *disp. 5. 13. & seqq.*

TEXTUS.

24. Actionum autem quædam bonæ fidei sunt, quædam stricti juris. Bonę fidei sunt hæ: exempto vendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, pro socio, tutelæ, commodati, pignoratitia, familiæ erciscundæ, communi dividundo, præscriptis verbis, quæ de æstimato proponitur, & quæ ex permutatione competit, & petitio hæreditatis. Quamvis enim usque adhuc incertum erat, inter bonæ fidei judicia, petitio hæreditatis connumeranda esset, an non, nostra tamen constitutio aperta eam esse bonæ fidei disposuit.

COMMENTARIUS.

1 *Cur quædam sint actiones bonæ fidei.*
2 *Differentia harum actionum.*
3 *An omnes actiones bonæ fidei hic sint enumeratæ.*
4 *De petitione hæreditatis.*
5 *De actione de peculio, & aliis actionibus, quæ habent novas qualitates.*

INtegra disputatione sexta *Tract. de actionib.* egimus de judiciis bonæ fidei & stricti juris: ideoque hic erimus breviores. Et diximus thes. 1. hanc esse subdivisionem actionum personalium *& th. 2.* quæ sit ratio oppositionis in membris divisionis, *bonæ fidei & stricti* juris. Nec male Hottom. hic inprimit, à JCtis præcise actiones dictas esse bonæ fidei, pro eo quod plane fuisset dicendum, actiones, in quarum formulis addisolet, *Ex bona fide*: & stricti juris, pro eo quod apertius diceretur, in quibus ad formulam certam judex datus adstringitur. Cur autem quædam actiones hoc nomen, imo potius hanc naturam sibi habeant propriam, *d. disput. 6. th. 2. & 12.* ostendimus. Admitti autem non potest, quod Hottomannus hic affirmat † ingenere, pendere id à synallagmate, ut illæ actiones sint

fiat bonæ fidei, quæ deſcendunt ex contractibus, qui ultro citroque obligationem pariunt. Aut enim hoc accipit in ſpecie, ut initio ſtatim mutuæ obligationes naſcuntur, & aperte falſa efficeretur ſententia, & actiones commodati, mandati, depoſiti, pignoratitia excluderentur: aut laxius accepit, ubi quomodocunq; naſcitur utrinque obligatio: qua explicatione admiſſa, actiones præſcriptis verbis ex omnibus quatuor articulis, de quibus *in l. 5. de præſ. verb.* bonę fidei erunt, quod quidē ita ſtatuit Hottomannus, ſed falſum id eſſe infra oſtendemus. Tum etiam cum in his contractibus ex accidenti & poſt facto naſcatur actio, & fieri poſſit adeo, ut ex una parte tātum contractus maneat obligatorius, non videtur ratio hujus rei recte hinc deſumi: Quin &, cum, ut dixi Hottoman. ſimpliciter actiones *præſcript. verb.* omnes referat inter bon. fidei actiones, non tamen videtur vere dici poſſe, quod ex his naſcatur mutua obligatio: ſiquidem ſolus ille qui ab alio accipit rem v. c. obligatur, qui autem dedit, non obligatur, niſi quod aliquando prorſus ex accidenti, evictare, quæ fuit data, actione in factum convenitur *l. 1. in pr. de rer. permut.* Et quamvis Labeo *in leg. de verb. ſign.* συνάλλαγμα ita videatur accepiſſe, pro mutua obligatione, vel contractu ex quo talis obligatio naſcitur: Ulpianus tamē *in l. 7. §. 2. de pact.* laxi' verbum hoc uſurpat, pro negotio aliquo, facto aut datione, quod interveniens, facit, ut æquum ſit, ei qui dedit aut fecit, contra alterum, qui conventionis Legem nō ſervavit, dari actionem. Quis porro ſit effectus hujus rei, quod actio vel bonæ fidei eſt vel ſtricti juris, & differentias harum actionum perſecuti ſumus ſatis late *d. diſp. 6. de actionib.* quarum attingit aliquas Hottom. hic, ſed proponit duas, quæ mihi falſæ videntur, una eſt, quod actionibus bonæ fidei nulla certa quantitas petatur, ſed totum hoc, quantum ſolvendum ſit, arbitrio judicis permittatur. Enim vero cum in locatione, verbi cauſa, & emptione, hinc de re, hinc de pecunia certa, conventum ſit, mirum videatur, & imo improbabile, non petendum fuiſſe, nec peti debuiſſe aut potuiſſe, quod deductum in conventionem fuerat: aut eadem ratione dicam, nec in actione depoſiti, commodati, & pignoratitia, ipſas res debitas peti potuiſſe, quod ego quidem omnino falſum eſſe puto, de quo etiam agitur *infra ad §. in bona* 10. *in pr.* Altera differentia Hottom. quæ mihi falſa videtur, hæc eſt, quod in ſtricti juris judiciis, verſetur & juris & facti quæſtio: in bonæ fidei actionibus, tantum juris numquam facti. Id quomodo verum, imo quomodo non ſit manifeſto falſum, (quod nec ullo textu aut ratione commoda confirmat) videre & animadvertere non poſſum. Eſt autem hæc principalis differentia harum actionum, quā fere conſequuntur cæteræ: quod in ſtricti juris actiones, tantum venit illud, de quo nominatim cōventum eſt, & quod ipſi naturæ & eſſentiæ contractus ineſt ex definitione juris *l. 3. de reb. cred.* ſed in bonæ fidei judiciis multa veniunt, quæ nominatim non placuerunt, & omnino quidquid præſtare æquum bonum eſt officio judicis continetur & adjudicatur, non minus, quam ſi verbis expreſſum fuiſſet: in quam rem ſunt textus *in l. quidquid 99. de verb. obl. l. 7. de neg. geſt. l. 6. de cont. empt. l. Luc. 17. depoſit. iunct. l. quod ſi nolit. 31. §. quia aſſidua de ad. Edict.* Et hi textus fere tantum loquuntur de contractibus, qui conſenſu conſtant, & in iis qui re dicuntur contrahi non æque locum habent: ut hinc intelligere liceat, eſſe quoſdam gradus bonæ fidei actionum, & in aliis plus poſſe officium judicis & operati, in aliis minus: eoq; pertinet, quod eſt *in l. 3. C. proſocio*, quod in contractibus ſocietatis exuberet bonas fides. Ait Juſt.

Bona fidei † *ſunt hæ.*] Ex his verbis non obſcure 1 apparet, dum ait, *ſunt hæ.* propoſitum fuiſſe Juſtiniano actiones omnes bonæ fidei hic enumerare: quod confirmavimus *d. diſput. 6. theſ. 3. & in ſeqq.* plures objectiones, ab actionibus variis, quæ hic non referuntur, & bonæ fidei tamen eſſe videntur, deſumptas, removimus, & inprimis th. 8. eorum opinionem late confutavimus, qui omnem actionem præſcriptis verbis bonæ fidei eſſe contendunt: quos neceſſum eſt recedere à communiſſima & vera opinione, & ſtatuere, non omnes actiones bonæ fidei hic eſſe relatas, quæ opinio vel ideo recipienda non eſt, quod ita in tanto numero diverſiſſimarum actionum, numquam habebimus aliquid certi quod ſtatuamus. Et quod ad actionem præſcr. verb. attinet, tanto minus probanda eſt hæc opinio, quod Juſtinian. nominatim ſub claſſem bonæ fidei actionum duas hic recenſet ſpecies, eam quæ eſt ex permutatione, & de æſtimato, de qua *in tit. de æſtim. act.* quas inepte in ſpecie propoſuiſſet, ſi omnes actiones *præſcript. verb.* bonæ fidei eſſe credidiſſet. Hottomannus hanc objectionem dum removere conatur, graviori & ſe errori implicare videtur: dum ita explicat hunc textum: quaſi in *verſ. præſcriptis* primo pro exemplo bonæ fidei actionem, in genere proponeretur actio

præscript. verb. tum duæ species ejus, quæ nascuntur ex contractibus qui proprium nomen habent, subjicerentur. Et enimvero apparet, per verba, *qua de æstimato & E A* &c. restringi verba præcedd. *præscriptis verbis*, & ad has actiones prædicatum *bonæ fidei* referri: & ineptus fuisset, alias si has duas species subjecisset, cum in genere sufficis. set dicere *præscriptis verbis actio* vel, *actiones*: cū nec permutatio quidem contractus sit nominatus, sed nomen illud in genere sumtum latius se porrigat, aut in specie hinc inde rem datam significet: minus autem proprie contractui do ut des adcommodetur: licet verum sit in ea materia per verbum permutationis contractum do ut des significari: quod nec Hottomannus neget: adeoque fateri eum oportet, juxta suam interpretationem inepte fecisse Justinianum, qui aut duas species tantum proposuerit, aut idem bis repetierit. Et vero non contractuum, sed actionum nomina hic proponit Justinian, itaque necesse habuit, ut præmitteret, præscriptis verbis, neque enim aut *de æstimato*, aut, *ex permutatione* revera sūt nomina actionis, sed ex negotio quos res æstimata vendenda datur, & ex contractu Do ut des, qui dicitur permutatio, nascitur actio quæ dicitur præscriptis verbis. Et facetus est Hottoman. dum ostendere vult, notam, quam supra dedit, ex qua æstimari vult an actio sit bonæ fidei (quod nimirum nascatur ex cōtractu ultro citroque obligatio) etiam convenire contractibus innominatis: Nimirum, ita disputat, quod verbi causa, inter Titium & Mævium ineatur contractus do ut des: & licet ubi Titius rem dedit, ipse non obligetur, sed Mævius, tamen posse & Mævium dare, ut ita Titius quoque obligetur. Ridicule: Ita enim & mutuum & stipulationem contractus ultro citroque obligatorios, & ita porro juxta disputationem Hottomanni contractus bonæ fidei efficiemus. Nec magis subtilis est altera ratio, qua circa contractum, facio ut facias, utitur: si convenit, ait, inter nos, ut tu servum tuum manumitteres, & ego meum, constat & fidem utrimque datam esse, & utriusque pariter interesse: ut officii & bonæ fidei ratio habeatur. At enim quid certius est, quam contractus hos innominatos esse reales, & antequam quid datum aut factum sit, nullam obligationem efficacem contractam, nec actionem natam esse? Adeoq; ut maxime conveniat bonæ fidei, pactum etiam interpositum de faciendo utrimq; observari, tamen non magis nascitur obligatio efficax & actio, quam ex alio quovis pacto nudo, ut maxime pacta servari naturali æquitati congruere dicant Jurisconsulti *in l. 1. de pact. l. 1. de constitut. pec.* Adeo ridiculum est disputare de contractu utrimq; obligatorio, ubi nec dum ullus contractus est, & hujusmodi conventiones de utrimque faciendo aut dando subsistere & manere in nudis terminis pacti liquidissimum est, & expresse rescriptum *in l. 5. Codic. de rerum permutat.* Consequenter igitur, si quidem sententia Hottomanni vera est, quod omnes contractus innominati sint bonæ fidei, oportet illam notam falsam esse: sed enim & falsum est omnes contractus innominatos esse bonæ fidei, ut probavimus *d. thes. disput. 5. de actionib.* & nihilominus nota illa falsa est, quoniam contractus do ut des, qui bonæ fidei est, ultro citroq; obligatarius non est.

Ista hic observatio necessaria est, circa actiones mixtas, quæ hoc §. pronuntur: videlicet familiæ erciscundæ & communi dividundo. Quoniam enim, ut prædiximus, hæc divisio ad actiones tantum in personam pertinet, aut si cum Dd. abuti hac divisione velis, actiones in rem sunt stricti juris, consequitur, has actiones *fam. ercis. & com. div.* hic non recenseri, qua sunt in rem, sed qua sunt in personam: & competunt super personalibus præstationibus, adeo qua sunt quasi ex contractu, juxta tradita *ad §. quadam sup. h. tit. & in §. Item si 3. sup. de oblig. quasi ex cont.* Eademq; est ratio petitionis hæreditatis, quæ & ipsa mixta est: & quæ proinde ratione præstationum personalium, olim quoque videtur fuisse bonæ fidei: & forte propter hoc quod magis in rem esse videbatur, dubitatum de hoc fuit: & sæpe Justinian sibi attribuit, quæ jam veteribus placita fuerant: & siquidem totam illam actionem qua in rem quoque est, existimavit Tribonianus bonæ fidei esse, non dubitarim ipsum lapsum esse, sed explicandus potius est, ut à lapsu & errore liberetur. Cætera quæ huc & ad materiam hanc pertinent, ex sæpe citato *Tract. de act. on. disp. 6.* peti volumus, ne actum agamus, nec cuipiam hoc agere videamur, ut chartas impleamus. Illud † solummodo hic addamus, quid § de actione de peculio sit sentiendum. Diximus in *eo Tract. de actionib. th. 7.* peristam enumerationem excludi actiones omnino diversas, non autem omnino omnes, quæ aliqua ratione sub iis comprehendi possunt: & haud dubie etiam contrarias, (quod vitiose negat *Hottoman. §. in bonæ infra* ubi dicemus) etiam utiles actiones bonæ fidei esse. Sed de iis

de iis quæritur, quæ qualitatem quandam & adjectionem ſignificant actionis, quæ ipſa bonæ fidei eſt veluti, ſi cum magiſtro navis, aut cum inſtitore contractum ſit, in ipſum exercitorem & præpositorem actio datur, quæ an ſit & ipſa bonæ fidei, ſi quid v. c. vendiderit magiſter aut inſtitor, in dubium vocari poteſt. Nec minus, ſi quis vendiderit filiofam. aut ſervo, an actio de in rem verſo aut peculio, quæ ſunt revera actiones ex contractu principali, & ipſæ ſint bonæ fidei. Ego cum *Iob. Fabro & Angel. in §. actiones 10. ſup. h. tit.* affirmative reſpondendum exiſtimo: cum utique hæ ſint nudæ actionis adjectiones, actio autem ipſa ſit, empti venditi, commodati &c. ut late probavimus *diſput. 8. de actionib.* neq; nuda adjectio, quod in alium datur, hactenus variare poteſt actionem, ut efficiatur ſtricti juris. Igitur pro quantitate peculii, etiam præſtationes actionum bonæ fidei ineſſe hic dicendum erit, poſtquam actiones principales eo produxit prætor, ut ſub certa qualtate in alias perſonas dentur: quam ſententiam optime probat *l. in bona 46. de pecul.* & apertius *l. mora 32. §. in bona 2. cum §. ſeq. de uſur.* ubi cum *in d. §. 2.* ſcripſiſſet JCtus in bonæ fidei judiciis ex mora uſuras deberi, mox quærit, quid juris ſit, ſi filiusfam. teneatur, & pater ex ejus perſona: & ita reſpondet, ut omnino appareat, hactenus eandem qualitatem ſtatui actionis, quæ datur in patrem: & alias inepta omnino eſſet quæſtio, ſi quæ actio in patrem datur, ſtricti eſſet juris: & de ſententia ejus loci pluribus egimus *Tract. de action diſp. 8. theſ. 14.* Nec ullam rationem habet, quod *Iaſon ſup. in §. actiones 19. n. 27.* diſtinguit, an dominus ex contractu ſervi an pater ex contractu filii conveniatur: quoniam utrobique niſi expreſſam differentiam faciant jura, eadem ratio eſt, ut docet *Iuſt. in pr. tit. ſeq.* & eadem eſt eſſentia contractus ſive cum ſervo, ſive cum filio initus ſit: itaque nec hinc differentiam quis poſſit petere, quod ex contractu ſuo ipſe quoq; filiusf. non autem ſervus teneatur.

TEXTUS.

25. Fuerat antea & rei uxoriæ actio una ex bonæ fidei judiciis. Sed cum pleniorem eſſe ex ſtipulatu actionem invenientes, omne jus, quod res uxoria antea habebat, cum multis diviſionibus, an actionem ex ſtipulatu, quæ de dotibus exigendis proponitur, tranſtulerimus: merito rei uxoriæ actione ſublata, ex ſtipulatu actio, quæ pro ea introducta eſt, naturam bonę fidei judicii, in exactione dotis tantum, meruit, ut bonæ fidei ſit: ſed & tacitam ei dedimus hypothecam. Præferri autem aliis creditoribus in hypothecis tunc cenſuimus, cum ipſa mulier de dote ſua experiatur, cujus ſolius providentia hoc induximus.

COMMENTARIUS.

1 *Natura actionis rei uxoriæ.*
2 *An mulier dotem & legatum petere poſſit.*
3 *Prærogativæ actionis ex ſtipulatu.*
4 *Quando naſcatur actio dotis.*

DE actione rei uxoriæ late ſatis egi ad *Treutl. part. 2. diſp. 24. th. 7.* aliquid etiã *th. ult. diſp. 6. de actionib.* Dotẽ dat aut pater, aut mulier, aut extraneus, omnis ſcilicet præter patrem & mulierem. Si pater dediſſet dotem, poterat ſtipulando, ut ſibi redderetur, actionem ſibi propriam facere, quæ tum eo mortuo in heredes ejus tranſibat, ſin ſtipulatus non eſſet, actionẽ ſolus habebat pro repetendo, mortua filia: cæteroquin morte mariti aut per divortium ſoluto matrimonio, communis erat actio patri & filiæ, quæ præmortuo patre in filiæ ſolius perſonam conſolidabatur: & erat actio rei uxoriæ. Extraneus quoq; dotem dans, jure ſuo de ea reddenda ſibi in quemcunq; caſum ſtipulari poterat: ſi ſtipulatus non eſſet, actio rei uxoriæ erat uxoris in ſolidum ſi emãcipata erat, cæteroquin itidem patri cũ filia erat communis. Mulier ipſa dotẽ quæ dederat aut ſolam rei uxoriæ actionem pro repetenda dote, aut ſi ſtipulata eſſet inſuper actionẽ ex ſtipulatu habebat. Et hæc quidem communi jure ſtricti juris erat, illa bonæ † fidei, optimo jure, quippe cujus formulę, verba *Quod æquius melius* inſeri ſolebant, ut apparet ex *l. ſi cum 82. in fin. de ſolut. & l. pen. §. ult. ſolut. matrim.* quod & *Cicero in Top. & 3. offic.* teſtatum reliquit, idq; ſive ipſa mulier dediſſet dotem, ſive extraneus, qui dotem ſibi reddi ſtipulatus non erat, ſive etiam pater, itidem de ſibi reddendo non ſtipulatus: omnibus enim his caſibus locus erat actioni rei uxoriæ, quę omnino bonæ fidei erat. Verum licet in non paucis hæc actio melioris conditionis eſſet, quam actio ex ſtipulatu ſtricti juris, habebat tamen hæc quædam pro-

pria & præcipua præactione dotis, rei uxoriæ, quæ commemoratur *in l. un. C. de rei ux. act.* Et inprimis ab. † mulier ſtipulata erat dotē ſibi reddi, non erat locus Edicto de alterutro. Nimirum cautum fuerat aliquo edicto, ut ſi maritus quid legaſſet uxori, non poſſet mulier utrimque perſequi, dotem videlicet & legatum, ſed alterutro contentam eſſe eam oporteret, competente ei iure eligendi, an legatum petere an dotem repetere mallet. Ex quo evidentiſſimum eſt, putaſſe autorem Edicti, quod maritus indubio intelligeretur legaſſe uxori, animo compenſandi cum dote: cæteroquin dubitari non potuit, quin maritus ultra dotem uxori quid legare poſſet. Itaque evidenter hic lapſus eſt Tribonianus *in d. l. un. §. primum 3.* dum ſcribit, manifeſtiſſimum eſſe, quod maritus, niſi expreſſe adiecerit, ſe compenſandi animo legare velit, mulierem utrumque conſequi: Ita enim plane abſurdum fuiſſet Edictum de alterutro, & contra voluntatem mariti: quod æſtimare penitus eſt abſurdum: & huiuſmodi lapſus Triboniani non ſunt infrequentes. Igitur ut ibi teſtatur Tribonianus (hactenus enim ipſi fidem habere oportet) ſi mulier ſtipulata fuiſſet, & maritus ſimpliciter quid legaſſet, utrumque petēdi ius habebat, quod per ſtipulationem novatio facta intelligebatur, ceſſante hoc caſu Edicto de alterutro: cui locus erat, ubi mulier non erat ſtipulata: quo inſignis erat prærogativa actionis 3 ex ſtipulatu. Deinde & ſecūdo, † quæ obſtabant actioni rei uxoriæ exceptiones & retētiones, ob mores, ob res amotas, donatas, expēſas *l. rei 15. §. 1. ſolut. mat.* mulieri agenti ex ſtipulatu non obſtabant, ut tactatus *in d. l. un. §. taceat 5. C. de rei uxor. act.* Porro & 3. ſi mulier non ſtipulata, in matrimonio deceſſiſſet, dos adventitia apud maritum remanebat, ſed actio ex ſtipulatu ad hæredes uxoris omnimodo tranſibat *§. maneat 4. & §. illo 6. C. d. t.* Denique ubi agebatur rei uxoriæ actione dos non ſtatim, ſed annua bima trima die reſtituebatur: atquin ſi ex ſtipulatu ageretur, ſtatim reſtituenda dos erat, de quo *in § cum autem 7. d. l. un.* Hæc cum ita ſe haberent, Juſtiniano, qui nunquam ſatis mulieribus conſultum putavit, ius ita conſtitui viſum fuit, ut omnibus iſtis prærogativis & commodis ſimul mulier frueretur: & quia exiſtimavit, plus in actione ex ſtipulatu commodi utilitatiſque ineſſe, in hanc, actionis rei uxoriæ privilegia & commoda transfudit, & dotem ſemper per actionem ex ſtipulatu & omnibus illis caſibus, quibus olim agebatur rei uxoriæ actione *§. accedit 13. d. l. un. C. de rei ux. act.*, exigi voluit: eoque ſimplici autoritate Legislatoria diſpoſuit, ut ſive ſtipulatio inutilis & invalida à muliere eſſet interpoſita, ſive etiā omnimodo ſtipulati mulier aut extraneus *d. l. un. §. 13.* non fuiſſent tamen eſſe uxori actionem ex ſtipulatu, quæ & bonæ fidei actionis jure uteretur *d. l. un. in pr. & §. ſed etſi 2. C. de rei ux. act. & h. text.* Sed nec hic ſibi ſubſiſtēdum putavit Juſtinianus, verum in ſuper actioni ex ſtipulatu duas prærogativas attribuit & privilegia: primum eſt, jus hypothecæ tacitæ in omnibus bonis mariti *h. textu & d. un. §. 1.* Quomodo tamen privilegium commune eſt marito, ut habeat hypothecam in bonis ejus, qui promiſit dotem, per textum *in d. l. un. §. 1.* quo argumento fere putant Dd. & id habere commune actionem, quæ marito competit pro exigenda dote, ut ſit bonæ fidei & ipſa, quam ſententiam oſtendimus eſſe falſam *ad Treutl. de jure dot th. 8.* & vel hinc coarguitur opinio ea, quod nulla umquam fuit actio bonæ fidei quæ competierit marito: & Juſtin. h. §. diſerte ſcribit, actionem ex ſtipulatu hoc tantum caſu in exactione dotis, (agit autem de actione rei uxoriæ quam habet uxor) bonæ fidei actionis habere naturam. Alterum eſt adhuc pinguius privilegium, quod huic actioni qua mulier repetit dotem, proprium eſſe conſtat, jus prælationis contra cæteros creditores anteriores hypothecarios mariti *h. text. & l. aſſiduis 21. C. Qui potiores*, de quo an etiam contra creditores, qui habēt hypothecam anteriorem expreſſam, competat, an etiam liberis hæredibus uxoris, & qui potiori jure vitantur, & alia eo pertinentia late exſecuti ſumus, *ad Treutl. part. 2. diſp. 24 de benef. creditor. th. 7. & in Treutl. de pignor.* Illa autem jejuna quæſtio eſt, quam poſt Dd. anos movet *Iaſ. hic. num. 69.* an privilegium prælationis ſit conceſſum mulieri, an actioni: utiq; fateri oportet actionem hoc privilegium habere, quam mulier movet contra quoſvis creditores hypothecarios, (actioni enim hypothecariæ hoc privilegium annexum eſt) ſed competit ei ex Lege favore mulieris, & itaq; in hæredes non deſcendit *h. §. in fi.* (præterquā ſi liberi ipſi ſint hæredes de quo *d. diſput. 24. th. 4.* diximus) actio ſcil. non deſcendit cum privilegio. Atque ita actio tutelæ pupillo conceſſa eſt cum privilegio ut aliis creditoribus præferatur, ſed hæredi aut ceſſionario agenti idem privilegium non competit *l. ex pluribus 42. de admin. tut.* Itaque nec ceſſionario mulieris hoc privilegium competit: de quo late *Iaſon multos citans hic n. 121.* Hypotheca autem procul dubio incipit à die contracti

matri-

4 matrimonii, ut ad Tr. diximus. Nec longe hinc remota eſt quæſtio, †quando actio pro dote naſcatur: quæ intricata inter veteres iam olim agitata fuit, quam tantum remiſſive attingit *Iaſ.n.* 128. Si retro antiqua tempora reſpicimus, autores certi ſunt, primis annis quingentis Romæ nullum divortium fuiſſe. Itaque tum temporis, non niſi per mortem mariti ſoluto matrimonio potuit tractari de hac actione, ſed poſt frequentiſſimus eius uſus fuit, in tanta diverten di licentia: & tamen etiamnum *in l.1.de jur.dot.* dotis cauſa dicitur perpetua, quia hoc animo nuptiæ contrahuntur, ut perpetuo durent. Quod ſi ita eſt, dici non poterit, quod de dote actio ſtatim nata ſit: ſed ſub die incerto cum ſolutum fuerit matrimonium, intelligetur maritus obligatus ad reſtituendum: (quo etiam pertinet, quod maritus dominus efficitur rerum dotalium.) Nam quod aliquando conſtante matrimonio dotem repetit mulier, ob inopiã mariti, plane eſt ſingulare, & ipſum quoq; incertũ vel maxime diem habet. Et itaque dos datur marito nõ eo animo ut reddatur, *arg.d.l.1, de jur.dot.* Sed propter onera matrimonii, quod ſperatur eſſe perpetuum. Sed quia tamen non raro ſolvitur, quo caſu mulieri dotem reſtitui æquum eſſet, hoc tacite conventum intelligitur, ut in iſtum eventum dos reddatur: eoque etiam tum demum naſci iſtam actionem fatendum eſt, & videantur autores citati à *Iaſone d. loco.*

TEXTUS.

26. In bonæ fidei judiciis poteſtas libera videtur permitti judici, ex bono & æquo æſtimandi, quantum actori reſtitui debeat. In quod & illud continetur, ut ſi quid invicem præſtare actorem oporteat, eo cõpenſato, in reliquum is cum quo actum eſt, debeat condemnari. Sed & in juris ſtricti judiciis, ex reſcripto Divi Marci oppoſita doli mali exceptione compenſatio, inducebatur. Sed noſtra conſtitutio eaſdem compenſationes, quæ jure aperto nituntur, latius introduxit, ut ipſo jure actiones minuãt, ſive in rem, ſive in perſonã, ſive alias quaſcumq;, excepta actione ſola depoſiti: cui aliquid compenſationis nomine opponi ſane iniquum eſſe credimus, ne ſub prętextu compenſationis, depoſitarum rerum quis exactione defraudetur.

COMMENTARIUS.

1 *Compenſationibus olim tantum locus in bon. fid. judiciis.*
2 *Quid ſit, ipſo jure locum eſſe compenſationi: aut. ipſo jure ſublatam eſſe obligationem.*
3 *An qui compenſare poteſt ſolutum repetere poſſit.*
4 *Quid novi fecerit Iuſtin. circa compenſationes.*
5 *Cur in depoſito ſit ſpeciale.*
6 *An & quando olim locus retentioni.*
7 *Confutati errores Hottomanni.*

HÆc princeps eſt qualitas actionũ bonæ fidei, ut diximus *ad §. actionum* 28. *ſup. h. t.* quod cũ in ſtrictis judiciis ſit judex quaſi alligatus formulæ, quam accepit à prætore, ita ut extra eam nihil poſſit, in illis ob clauſulam *Ex bona fide* ex officio æſtimare & adjudicare poſſit, quod alteri alterũ ex bona fide, & æquo & bono pręſtare oportet, ſub quo & hoc continetur, quantum actori reſtitui debeat. Ex quo mihi probe firmari videtur, quod *in d.* §. 28. cõtra Hottomannum diſputavi, etiã in actionib. bonæ fidei ſumam & quantitatem certã peti, quæ fuit in conventione. Docet enim Juſtinianus hic, quod nõ ſemper conſequatur actor totũ quod petiit. nec quod petiit ſemper & reſtitui & pręſtare judex jubeat, ſed etiam aliquando minus, quod inepte diceretur, (nimirum æſtimare judicem quantum reſtitui oporteat, & quod ex ſeqq. apparet ob mutuũ debitum) ſiquidem nihil certi petitum eſſet per actorem. Minus autem reſtituere jubet judex actori, ſi hic viciſſim reo ex alia cauſa aliquid debeat. Res autẽ hęc quod judex poteſtatem habet non adſtrictam formulæ, ſed iudicandi ex æquo & bono plurimos effectus habet, quos pleroſque tractavimus *d. diſp. 6. de Action.* unum autem iſtum h. §. proponere voluit Juſtinianus, ut in minus, quam petitum eſt, judex Reum condemnari poſſit, & nimirum ex hac cauſa †, ut dixi, ſi quid viciſſim Reo actori ſ debere deprehenderit: cũ olim in ſtricti iuris iudiciis id non liceret, ſed Reus, quod ſibi debeatur ab actore, propria actione ſeorſim id petere neceſſe haberet, & hoc (ut docet hic Juſtinian.) uſque ad Imp. Marcum qui primus compenſationem admiſit in ſtricti quoq; iuris actionibus, beneficio acceptionis doli mali. At dixerit quis utiq; etiam in bonę fidei iudiciis oportere exci-

re accipi de debito mutuo, cæteroquin non poterit ejus rei judex habere rationem: atque ita hactenus nulla post rescriptum Marci inter actiones bonæ fidei & stricti juris erit differentia. Et hoc existimasse videntur Interpp. quos refert hic *Jason. n* 59. in effectu nullam, sed tantum in modo excipiendi differentiam fuisse. Et tamen agnoverunt, quod in stricti juris actionibus tantum per exceptionem facta fuerit compensatio sed in bonæ fidei judiciis facta fuerit ipso iure. Sed quid inter hæc duo intersit, ipso iure quid fieri & tolli obligationem vel actionē, & hoc fieri per exceptionem: & quid † significet, ipso iure locum esse compensationi, non usquequaque facile est explicatu. Doctores passim & post eos *Jason. hic d. n* 59. hanc principem ponunt differentiam: Quod ubi obligatio ipso jure sublata est, possit ex officio iudex absolvere reum: quod non possit, si reus solum defendatur per exceptionem. Ego de hac re dixi ad Treutl. *part. 2. de modo tollend. obligat. thes* 1. Et potest ista Dd. differentia ita accommodari, juxta rationem iuris nostri, quod prætor si quid allegatum fuisset à Reo, per quod ipso iure tollebatur obligatio, protinus acto. rem à limine iudicii removebat: cæteroquin cum actione & exceptionem dabat. Hodie id eo pertinebit, ut res tale quid allegans quod ipso iure tollit obligationem, non cogatur contestari litem, sed protinus ab observatione iudicii & instantia liberetur. Atquin ubi reus nihil allegat & obticit, difficile est permittere hoc iudici ut liberet reum, cum non sit eius ea supplere, quæ facti sunt. Ceteroquin si quacunque ratione ex actis appareat iudici, non tantum eum qui ipso iure liberatus, sed etiam hunc qui exceptione saltem tutus est, absolvere debet, ut tractatum ad Treutl. *de except. thes* 7. Ex ratione iuris veteris, quam ignorarunt olim Interpp. & hæc differentia fuit, quod ea quibus obligatio ipso iure solvebatur, licet eorum nulla mentio facta esset apud prætorem, apud pedaneum iudicem obicere licebat, quippe cum revera nulla actio competeret actori. Atquin acceptiones in stricti iuris vinculis (nam bonæ fidei actionibus ita inerant, ut etiam iudex pedaneus earum licet formulæ non insertarum rationem habere cogeretur, uti fixi *disput. 6. de actionibus*) non poterat admittere iudex pedaneus, sed formulæ insertas esse oportebat. Et adeo hæc quoque post rescriptum Marci olim inter bonæ fidei actiones, & stricti iuris, quod ad compensationem supereat differentia, ut in his necesse omnino haberet reus compensationem obiicere apud prætorem, & petere ut hæc exceptio insereretur formulæ, quod in bonæ fidei iudiciis necessum non erat: sed compensationis & mutui debiti, quandocunque allegati, habebat iudex pedaneus rationem. Et hoc sensu exceptiones pacti dol. &c. dicebantur inesse bonæ fidei iudiciis, quod late explicavi *disput. 6. de actionibus th.* 11.

Et hoc quoque significatu potest dici, compensationem olim in bonæ fidei iudiciis factam esse ipso iure, quod usque ad sententiam, in his actionibus mutuum debitū allegare liceret: quia ipsa potestate iudicii bonæ fidei id continebatur. Quod enim hoc §. stricti iuris actiones ita opponuntur actionibus bonæ fidei, quod in illis per exceptionem solum compensatio inducebatur, consequens est, quod in his compensatio ipso iure locum habuerit. Et tamen quoniam istud, ut diximus, in exercitationibus quibusvis obtinebat, ut ipsa potestate iudicii bonæ fidei inesset, quod compensatio in bonæ fidei iudiciis ipso iure fieri dicitur, alium effectum insuper habere videtur; veluti quod, ubi utrimque pecunia debetur, sed altera sub usuris, altera sine usuris, ipso iure minuitur debitum, ita ut concurrentis quantitatis usuræ amplius non debeantur. *leg. cum alter 11. de compens.* Et hinc porro, quod ubi compensationi locus est, qui totum petit, male petere dicatur *l. verum 4. cod. tit.* nimirum tāquam potestate iuris debito imminuto. Ex quo porro & hoc consequitur, ut, qui totum solvit, quod excedit, tamquam indebitum cōdicere possit *l. quod dicitur §. 2. de impens. in restit.* quod secus esse videtur, ubi tantum compensatio per exceptionem introduci potest, ut post *Dd. d. nn.* 59. hic notat Jason. Sed †occurritur per vulgatam regulam; Exceptione perpetua tutum si solvat, habere cōdictionem *l. qui exceptionem 40. in pr. de condict. indeb.* Ergo etiam, qui ex causa contractus stricti iuris obicere potest compensationem ope exceptionis, solvit, repetere poterit, & facit *l. qui invitus em 30. de condict. indeb.* ubi Ctus ait, quibus casibus compensatio locum non habet, nō esse repetitionem soluti: Ergo contra est, ubi compensatio locum habet; Atquin post rescriptum Marci utique verum est, quod & in stricti iuris iudiciis compensatio habeat locum. Possem facile & simpliciter totum hoc expedire, si dixero unius effectus esse posse plures causas: & esse hanc quidem principem causam condictionis indebiti, quod

Digitized by Google

quod ipſo jure ſublata eſt obligatio: ſed non eſſe tamen ſolam, verum inſuper & hanc quod quis exceptione perpetua defendatur. Sed dum rem penitius conſidero, deſcendo in Dd. ſententiam, qui putant, ubi tantum per exceptionem compenſatio poteſt indici, eum, qui ſolvit, non habere condictionem. Et reddunt Dd. hanc differentiæ rationem, & hoc modo reſpondent ad *d.l.* 40. *de condict. indeb.* quod tum demum procedat ea regula, ubi ejuſmodi exceptio competit, quæ impedit & elidit actionem ſui nativitate: ſecus ſi elidat ita demum, ſi opponatur, qualem dicunt eſſe exceptionem compenſationis, quæ olim ex reſcripto Marci in judiciis ſtricti juris objiciebatur. Verba qui dum ſunt paulo obſcuriora, & accommode forte non ſatis ad exprimendum quod dicere voluerunt. Exemplo res erit apertior. Debeo tibi centum ex mutuo; vendo tibi poſtea fundum meum itidem pro centum: hoc debitū quo tu mihi obſtringeris non tendit directo ad tollendum illud debitum, quo ego tibi obſtringebar ante ex mutuo: neque ſi tibi ſolvam illa centum, quę ex mutuo debeo, dici poſſum ſolvere indebitum; nec mihi fit injuria ſi negetur condictio, cum propriam actionem ex vendito habeam, qua perſequar quod mihi debetur. Verum tamen quia intereſt mea potius retinere debitum, quam poſt propriam actionem inſtituere, arg. *l. 3. de compenſat.* merito exreſcripto Marci mihi convento ſtricti juris actione condictione certi ex mutuo, conceditur, ut me defendam exceptione compenſationis, quod actor mihi tantundem ex vendito debet. Quæ ipſa ratio facit, ut ubi ſolvi, mihi condictio indebiti non ſit concedenda; quoniam ceſſat ratio ex *d.l. 3. de compenſ.* quia poſtquam ſolvi, dicere amplius non poſſum, quod mea interſit, compenſare potius, quam ſolvere, & poſt nova actione experiri. Quæ ratio faceret, ut nec ex cauſa bonæ fidei contractus eſſet locus condictioni indebiti, niſi hic propria adeſſet ratio, quam ſupra attigimus, quod hic ipſo jure compenſatio debiti & imminutio fit, ut proinde neceſſe ſit indebitum revera ſolutum eſſe quo poſito condictio negari non poteſt. Atquin v. c. pactum de non petendo, nativitate ſua tendit directo ad elidendā actionem, & perimit vinculum æquitatis; & injuria fieret reo ſi ipſi poſtquam ſoluit per errorem, negaretur condictio, cui nullum aliud ſupereſt remedium. Et hic in *d.l. qui invicem. 10. de condict. indebiti*, compenſationē habere locum, vel non habere, intelligo in proprio ſignificatu, habere locum ipſo jure, nam minus proprie ſimpliciter dicitur compenſatio habere locum, ubi tantum ea per exceptionem inducitur. Ceteroquin poſſit etiam eo ſenſu & caſu accipi, quod locum non habeat compenſatio, ubi utrimque ſpecies, vel hinc quantitas, hinc ſpecies debetur, ſed per prædicta explicatio prior verior eſt. Supereſt videre, † quid novi fecerit Juſtinianus 4 conſtitutionibus ſuis in *l. ultim. C. depoſ. l. ult. C. de compenſat.* quam h. §. intelligit. Diximus hac de re ad *Treutl. de compenſat. & d. diſp. 6. de Action. th.* 23. Et nimirum 1. dicendum eſt, ſententiam & mentem Juſtiniani fuiſſe exæquare hac in re bonæ fidei & ſtricti juris actiones, ut & in his ipſo jure locus eſſet compenſationi. Sed enim 2. ut ad id poſſantur termini habiles, ut poſt gl. late tractant *Iaſon. Ioh. Fab. Angel. & alii ad hunc* §. ubi nimirum utrimq; quantitas debetur. At enim ait h. §. Juſtinian. quod ex ipſius conſtitutione compenſatio habeat locum & minuat ipſo jure actiones in rem & in perſonam; in illis autem ſemper, in harum multis, in actione commodati, depoſiti, pignoratitia, non quantitatem ſed ſpeciem perſequimur. Itaque reſpondent Dd. vulgo, id obtinere, ubi re perdita & corrupta, vel quæ per contumaciam non reſtituitur, de æſtimatione præſtanda quæritur. Verum, nec hoc modo expedit, utcunque ita accipiatur Juſtinianus: nam cum ipſo jure debitum minui non poſſit, niſi utrimque quantitas certa debeatur utique æſtimatio ſpeciei debitæ, incerta eſt. Et proinde fateri oportet, cum varii ſint hujus rei effectus; quod compenſatio ipſo jure fieri, aut actio ipſo jure minui dicitur, non omnes ubique concurrere poſſe; aut retro illos demum induci, ubi debitum utrimque approbatum judici, & æſtimatio ſpeciei debitæ facta fuit. Nam quod *Juſtinian h. §.* ſcribit, compenſationem earum demum effectum hunc eſſe, quæ aperto jure nituntur, non eam habet ſententiam, quod conſtare oporteat de quantitate, & ita quoque de æſtimatione rei debitæ, (ita enim vix in actionibus ex quibus ſpecies debetur, futurus ſit locus compenſationi) verum, quod oporteat de debito conſtare, ita ut, ſi debitum ſit dubium & ab altera negetur parte, judex condemnare reum, & eum ad judicium proprium inſtituendum remittere debeat. Et ita recte Interpp. communiſſime hæc verba explicant quod oporteat debitum eſſe liquidum & confeſſum, aut quod in continenti probari poſſit. Et nimirum, quod Juſtinianus minime ita explica-

——*Sportula primo*
Limine parvum sedet, turba rapienda togata.

Apul. in apolog. quæ vulgo secunda habetur. Quippe ita placuerat, ut jungeremur in villa suburbana, ne cives ad sportulas iterum convolarent. Hinc & quoniam, qui sportulas acceperant, convivarum instar habebantur, factum est, ut sportula opponeretur rectæ cœnæ, id est, quæ discumbentibus apud ipsum dominum præbebatur *Sueton. in Domit. cap. 7.* Sportulas publicas sustulit, revocata cœnarum rectarum consuetudine. *Martialis* 8. *Epigr.* 50.

Promissa est nobis sportula, recta data est.

Idem 2. *Epigr.* 69.

En vocat ad cœnam mulier te classice rectam.

Et 7. *Epigr.* 19.

Rectam vocatus cum recurrit ad cœnam.

Póstmodum, cum loco iam dictæ cœnæ quæ in sportulis mittebatur, pecunia dari soleret, factum est, ut hæc pecunia etiam sportula diceretur. Et fuisse eã centum quadrantes, hæc loca confirmant. Juven. *sat.* 1.

——*densissima centum*
Quadrantes lectica petit.

Martial. 1. *Epigr.* 50.

Dat Baiana mihi quadrantes sportula centum.

Idem 3. *Epigr.* 7.

Centum misselli jam valete quadrantes,
Regis superba sportula recesserunt.

Inde latius & per abusionẽ significatio huius nominis producta: ita ut Suidas describat σπυρτύλλας, δῶρα ὑπὲ πάντων διδόμενα παρρησίᾳ, &, quod magis quis miretur, Hesychius σπόρτυλον, interpretatur τόκον, an forte quod pecunia quasi honorarium istud, & numirum usurã, largitur domino. Illud plane constat, largitates quas noviter creati magistratus distribuebant, sportulas quoq; dictas fuisse. Loco omnium potest esse Epistola *Plinii ad Traian* 117. *l. nupt.* 10. Qui virilẽ, inquit, togam sumunt, vel nuptias faciunt, vel ineunt magistratũ, vel opus publicum dedicant, solent toram Bulen, atque etiam è plebe non exiguum numerum vocare, binosque denarios, vel singulos dare.

Hæ nimirum sportulæ erant, & dari solitæ, ut ex responso Traiani apparet: ubi non probat invitationem, quæ & in numero modum excedit, & quasi per corpora non viritim singulos ex notitia ad solennes sportulas contrahit. Et idem autor 2. *Epist.* 14. ad Maximum, ubi quæ corrumpendi judicibus & advocatis dabantur, sportulas vocat: convenitur, inquit, in media Basilica, ubi tam palam sportulæ, quam in tricliniis dantur. Quin & decimas & quæ alendis clericis deputata erant, Cyprianus sportulas vocat *lib.* 4. *Ep.* 5. *inf.* presbyterii honorem designasse nos illis jam sciatis, ut & sportulis iisdem cum presbyteris honorentur &c. & *lib.* 1. *Epist.* 9. Nemo lestus secularib. alligentur, sed in honore sportulantium fratrum, tamquam decimas ex fructib. accipientes, &c. Et ut tandem ad textum & rem nostram à diverticulo redeamus, sportulæ fuerunt quoq; dictæ mercedes, quæ judicib. ab utraq; parte dabantur, de quibus *Inst. in N.* 8. & exprestius in *d. N.* 82. *c.* 8. Sed & amplio sportulas appellatas pecunias, quas olim uterq; litigans deponere cogebatur, (ita ut victus, quod existimo, parte sua multaretur) probatur ex vetere Scholiaste Aristophanis, in *Nubibus act.* 1. *sc.* 1. τὰς δικαστὰς τῦ χρόνου καλεῖ μᾶλλον τοῖς πρυτανεῦσιν, ἀεὶ γὰρ τοὺς χρεωστοῦντας, id est, decimam partem debiti deponẽtes, apud prytanistas, debitores in judicium introducebant: & hanc pecuniã Græcis πρυτανεῖα sed Romanis σπόρτυλα dicta ait, & mox subjicit πρυτανεῖον ἦν ἀργύριόν τι ὅπερ καλεῖτο παρά τισι δικαζόμενοι ἀμφότεροι, ὁ φεύγων & ὁ διώκων. pecunia, quã deponebat uterq; litigantium, & reus, & actor: quod facere potest ad illustrandum quod de decima parte scribitur in f. de pœn. rem. litigant. Mercedula quã viatoribus & apparitoribus & executoribus dant litigantes, vocatur sportula in *l. omnes* 31. §. *executoribus* 3. *C. de Episc. & Clericis Lib.* 12 §. 1. *Cod. de prox. sacr. scrin. lib.* 12. *l. ult. Cod. de fructib. & lit. exp. N.* 124. *c.* 3. & Just. in *N.* 82. *c.* 7. περὶ ὑδάτος διαρρῆξαι & ἐκβαίνειν τὰ ὑπὲ τοῖς σπορτύλοις, &c. de his enim mercedibus ibi tractatur. Sed hæc plus satis de sportulis; & fortasse tamen nõ nimis si cum nemo istud explicet ex fundamẽtis.

Quam procul dubio.] Procul dubio hæc lectio corrupta est, aut inepte locutus est Tribonianus. Quid enim insulsius dici potest, quam, constitutionem emanere ex Lege condictitia: nimis enim ineptum est, quod comminiscitur Accurs. legem quandam fuisse condictitiam dictam, quæ sub se plures constitutiones complexa fuerit. Itaq; omnino probo quod Hottom. & Cujac. (qui etiam veteres libros citat ad quos etiã Russ. & Contius provocãt) legunt; *ex qua procul dubio certum est lege condictitia* (sc. actionem & omnino condictionem, quæ dicitur ex Lege) emanare. Et ita ex nova Lege datur condictio etiam in triplum, quo confugatur opinio

Anto-

Antonii Fabri, quia alibi contendit, condictionem in triplum, aut quadruplum dari non posse.

Sed an ista sola & unica est actio in triplum quæ hoc §. proponitur? Aut an huc quoque referimus speciē *l. ult. C. de his, qui à non dom.* ex qua qu. alienum mancipium coram principe manumittit, & hoc ipsum & duo præterea alia mancipia præstare cogitur: quæ videtur esse actio in triplum mixta; aut an instar furis actione dupli puta tenetur? Aptius exemplum videtur ex *l. fancim 30. C. de Episc. aud.* ubi si quid ultra duos solidos acceptū est, qui accepit, in triplum tenetur. Possit & huc referri *l. ult. §. quod si 4. Cod. de mod. mult.* ubi qui majorem multam exegit, & multato duplum, & quod exegit, fisco inferre cogitur.

TEXTUS.

29. Quadrupli autem agitur, veluti furti manifesti: Itē de eo quod metus causa factū sit: deq; ea pecunia, quæ in hoc data sit, ut is, cui datur, calumniæ causa alicui negotium faceret, vel non faceret. Item ex Lege condictitia nostra constitutio oritur, in quadruplum imponens condemnationem iis executoribus litium, qui contra nostræ constitutionis normam à reis quidquam exegerint.

COMMENTARIUS.

QUatuor species actionū in quadruplum proponuntur, confusim & mixtim, ita ut differētiæ earum inter se ex aliis locis sint repetendæ. Et hæc in primis: quæ hic omissa est, (neque enim scopus fuit Justiniani sig llatim ista persequi) quod actio furti manifesti est in quadruplum puri pœnalis, reliquæ in quadruplum mixtæ sunt; ita ut insit rei persecutio. Id. de actione quod metus causa contra absurdissimam Ant. Fabri sententiam, qui eam pure pœnalem contendit, accurate & prolixe probavimus *disp. 5. de actionib. th. 23 & in exercit. ad Fabr. dec 5. c. 9. & 19.* & sunt expressi textus in *l. item si 14. §. sed & si 9. cum 21. §. seq quod met. caus.* quos ille ne quidquam contendit à Triboniano esse corruptos, quod ut maxime verum esset (& tamen nullo modo id probat) quæ Tribonianus autoritate Imperatoria sanxit, pro LL. sunt observanda. De actione ex edicto de calumniat. quod mixta sit, est itidem text. expressus in *l. in haredem 5. §. 1. de calumn.* Et eadem modestia an stultitia A. Fab. ibi in Rationalib. cum locum corruptum & actionem eam pure pœnalem esse contendit: quam sententiā confutavimus ad *Treutl. part. 1. disp. 10. th. ult. & Tract. de act. disp. 5. th. 24.* Nec dubitari debet quin itidē sit maxima actio quarta *h. §. in fin.* contra executores, qui ultra definitum motum aliquid exegerunt. Et in §. *praced.* quidem ipse actor tenetur in triplum, cujus itaque factum est, ut plus exigeret viator, aut executor, qui exigens juxta petitionem actoris, est extra culpam. Hic autem ipse executor tenetur in quadruplum, qui citra culpam & dolum actoris, ipse ex dolo proprio plus exegit à litigatoribus. Et sportularum modus definitur in *l. omnes 33. §. in executorib. 5. C. de Episc. & Cler.* Sed ista constitutio particularis est. In *N. 24. c. 3.* vetat, executores plus exigere, quam ipsius LL. cautum est: ubi Accurs. se refert ad *N. 17. c. 3. & N. 8 c. 6. N. 86. cap ult.* ubi tamen itidem nihil definitur, sed fit remissio ad alias constitutiones, quæ non exstant. Inde autem existimo recte sentire *Jason. hic nu. 6.* ut quacunque Lege, vel consuetudine curiæ, nuntiis & apparitoribus taxata est certa quantitas & summa sportularum, si ultra quid exigant, hac actione pœnali teneantur. Cum porro *tot. h. t.* agatur de actionibus civilibus, & omnes actiones pœnales ceteræ quæ hic proponuntur, ita sint comparatæ, ut ex iis pœna applicetur & adjudicetur parti, ex hac quoque actione quadruplum consequitur ipse actor. Quod tamen gl. & communius Interpp. hic mutuum existimant per *N. 124 cap. 3.* ubi sancit Justin. ut simplum restituatur damnum passo, triplum autem inferatur ærario. Nec animadvetto, quomodo (quod veterum aliquos tentasse refert *Jason hic num 38.*) *d. cap. 3.* restringi possit ad judicia criminalia & ad accusationes cum tota illa Nov. indefinite & generaliter, de quibusvis judiciis loquatur.

Sunt porro plures actiones in quadruplum mixtæ, & in primis (quam hic omissam, mirum est) actio vi bon. rap. de qua in *princip. sup. vi bon. rapt.* & aliæ species in *l. 8. Cod. de iur. fisc. de his 26. §. si quis 2. Cod. de Episc. aud. l. 1. Cod. de stat. & imagin. l. 2. & unum q. 9. Cod. de praf. prat. Afr. l. 3. Cod. de Assess. l. placet 8. C. de exc. mun. l. 3. C. de navicular. &c.*

TEXTUS

TEXTUS.

23. Sed furti quidem nec manifesti actio, & servi corrupti, à cæteris de quib. simul locuti sumus, eo differūt. quod hæ actiones omnimodo dupli sunt: at illæ (id est, damni iniuriæ ex L. Aquil. & interdum depositi) inficiatione duplicantur, in confitentem autem in simplum dantur. Sed illa, quæ de iis competit, quæ venerabilibus locis relicta sunt, non solum inficiatione duplicatur, sed etiam si distulerit relicti solutionē, usque quo jussu magistratuum nostrorum conveniatur. In confitētem vero, antequā jussu magistratuum conveniatur, redditur simpli. Item actio de eo quod metus causa factum sit, à cæteris, de quib. simul loquuti sumus, eo differt, quod tacite ejus natura continetur, ut qui judicis jussu ipsam rem actori restituat, absolvatur, quod in cęteris casibus non est ita, sed omnimodo quisque in quadruplum condemnatur; quod est & in furti manifesti actione.

COMMENTARIUS.

PRoponit aliquot differentias actionum pœnalium, quas hactenus enumeravit: princeps illa est, quod actio furti manifesti & nec manifesti, tūt pœnales puræ, sed cæteræ mixtæ: quam Justianus hic ideo omisisse videtur, quia jam illam proposuerat *in §. ex maleficiis* 18. *cum seq.* Reliquæ differentiæ hac distinctione explicantur & continentur: quod actiones pœnales aliæ sunt natura sua & semper & omnimodo tales: quædam autem per accidens, & ob aliquam causam supervenientem tales efficiuntur. Et ad illas pertinent, actio furti, item vi bon. rapt. de calumniatoribus, servi corrupti, tripli & quadrupli, quæ conceduntur ob majores exactas (portulas, juxta *§. tripli cum §. seq. sup h.t.* Accidens illud, quod actionem pœnalem quæ alias in simplum, facit, inficiatio est & mora. Illa in duplum facit actionem Legis Aquiliæ, actionem ex testamento pro iis quæ relicta sunt venerabilibus locis, & actionem depositi ex quibusdam causis, ut hoc textu ait Justinianus & diximus *in §. sequen. 16. sup. h.t.* Mora vel est simplex, quæ facit itidem dictam actionem ex testamento pœnalem, h. text. *vers. sed illa*, vel cum contumacia conjuncta, si quis jussui judicis de restituendo non pareat. ex quo fit pœnalis in quadruplum actio, *quod met. causa h. text. vers. Item actio*: quę plenius tractavimus de actionib. *disp §. 13. & seqq.*

TEXTUS.

24. Actionum autem quædam bonæ fidei sunt, quædam stricti juris. Bonę fidei sunt hæ: exempto vendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, pro socio, tutelæ, commodati, pignoratitia, familiæ erciscundæ, communi dividundo, præscriptis verbis, quæ de æstimato proponitur, & quæ ex permutatione competit, & petitio hæreditatis. Quamvis enim usque adhuc incertum erat, inter bonæ fidei judicia, petitio hæreditatis connumeranda esset, an non, nostra tamen constitutio aperta cam esse bonæ fidei disposuit.

COMMENTARIUS.

1 *Cur quadam sint actiones bonæ fidei.*
2 *Differentia harum actionum.*
3 *An omnes actiones bonæ fidei hic sint enumeratæ.*
4 *De petitione hæreditatis.*
5 *De actione de peculio, & aliis actionibus, quæ habent novas qualitates.*

INtegra disputatione sexta *Tract. de actionib.* egimus de judiciis bonæ fidei & stricti juris: ideoque hic erimus breviores. Et diximus thes. 1. hanc esse subdivisionem actionum personalium *& th. 2.* quæ sit ratio oppositionis in membris divisionis, *bonæ fidei & stricti* juris. Nec male Hottom. hic in pr. ait, à JCtis præcise actiones dictas esse bonæ fidei, pro eo quod plane fuisset dicendum, actiones, in quarum formulis addi solet, *Ex bona fide*: & stricti juris, pro eo quod apertius diceretur, in quibus ad formulam certam judex datus adstringitur. Cur autem quædam actiones hoc nomen, imo potius hanc naturam sibi habeant propriam, *d. disput. 6. th. 2. & 12.* ostendimus. Admitti autem non potest, quod Hottomannus hic affirmat † ingenere, pendere id à synallagmate, ut illæ actiones sint

Digitized by Google

ſint bonæ fidei, quæ deſcendunt ex contractibus, qui ultro citroque obligationem pariunt. Aut enim hoc accipit in ſpecie, ut initio ſtatim mutuæ obligationes naſcuntur, & aperte falſa efficeretur ſententia, & actiones commodati, mandati, depoſiti, pignoratitia excluderentur: aut laxius accepit, ubi quomodocunq; naſcitur utrinque obligatio: qua explicatione admiſſa, actiones præſcripris verbis ex omnibus quatuor articulis, de quibus *in l. 5. de præſ. verb.* bonę fidei erunt, quod quidē ita ſtatuit Hottomannus, ſed falſum id eſſe infra oſtendemus. Tum etiam cum in his contractibus ex accidenti & poſt facto naſcatur actio, & fieri poſſit adeo, ut ex una parte tātum contractus maneat obligatorius, non videtur ratio hujus rei recte hinc deſumi: Quin &, cum, ut dixi Hottoman. ſimpliciter actiones *præſcript. verb.* omnes referat inter bonæ fidei actiones, non tamen videtur vere dici poſſe, quod ex his naſcatur mutua obligatio: ſiquidem ſolus ille qui ab alio accipit rem v. c. obligatur, qui autem dedit, non obligatur, niſi quod aliquando prorſus ex accidenti, evictare, quæ fuit data, actione in factum convenitur *l. 1. in pr. de rer. permut.* Et quamvis Labeo *in leg. de verb. ſign.* συναλλαγμα ita videatur accepiſſe, pro mutua obligatione, vel contractu ex quo talis obligatio naſcitur: Ulpianus tamē *in l. 7. §. 2. de pact.* laxiꝰ verbum hoc uſurpat, pro negotio aliquo, facto aut datione, quod interveniens, facit, ut æquum ſit, ei qui dedit aut fecit, contra alterum, qui conventionis Legem nō ſervavit, dari actionem. Quis porro ſit effectus hujus rei, quod actio vel bonæ fidei eſt vel ſtricti juris, & differentias harum actionum perſecuti ſumus ſatis late *d. diſp. 6. de actionib.* quarum attingit aliquas Hottom. hic, ſed proponit duas, quæ mihi falſæ videntur, una eſt, quod actionibus bonæ fidei nulla certa quantitas petatur, ſed totum hoc, quantum ſolvendum ſit, arbitrio judicis permittatur. Enim vero cum in locatione, verbi cauſa, & emptione, hinc de re, hinc de pecunia certa, conventum ſit, mirum videatur, & imo improbabile, non petendum fuiſſe, nec peti debuiſſe aut potuiſſe, quod deductum in conventionem fuerat: aut eadem ratione dicam, nec in actione depoſiti, commodati, & pignoratitia, ipſas res debitas peti potuiſſe, quod ego quidem omnino falſum eſſe puto, de quo etiam agitur *infra ad §. in bona 10. in pr.* Altera differentia Hottom. quæ mihi falſa videtur, hæc eſt, quod in ſtricti juris judiciis, verſetur & juris & facti quæſtio: in bonæ fidei actionibus, tantum juris numquam facti. Id quomodo verum, imo quomodo non ſit manifeſto falſum, (quod nec ullo textu aut ratione commoda confirmat) videre & animadvertere non poſſum. Eſt autem hæc principalis differentia harum actionum, quā fere conſequuntur cæteræ: quod in ſtricti juris actiones, tantum venit illud, de quo nominatim cōventum eſt, & quod ipſi naturæ & eſſentiæ contractus ineſt ex definitione juris *l. 3. de reb. cred.* ſed in bonæ fidei judiciis multa veniunt, quæ nominatim non placuerunt, & omnino quidquid præſtare æquum bonum eſt officio judicis continetur & adjudicatur, non minus, quam ſi verbis expreſſum fuiſſet: in quam rem ſunt textus *in l. quidquid 99. de verb. obl. l. 7. de neg. geſt. l. 6. de cont. empt. l. Luc. 17. depoſit. iunct. l. quod ſi nolit. 31. §. quia aſſidua de ad. Edicto.* Et hi textus fere tantum loquuntur de contractibus, qui conſenſu conſtant, & in iis qui re dicuntur contrahi non æque locum habent: ut hinc intelligere liceat, eſſe quoſdam gradus bonæ fidei actionum, & in aliis plus poſſe officium judicis & operati, in aliis minus: eoq; pertinet, quod eſt *in l. 3. C. proſocio*, quod in contractibus ſocietatis exuberet bonas fides. Ait Juſt.

Bonæ fidei † ſunt hæ. Ex his verbis non obſcure apparet, dum ait, *ſunt hæ*, propoſitum fuiſſe Juſtiniano actiones omnes bonæ fidei hic enumerare: quod confirmavimus *d. diſput. 6. theſ. 3. & in ſeqq.* plures objectiones, ab actionibus variis, quæ hic non referuntur, & bonæ fidei tamen eſſe videntur, deſumptas, removimus, & inprimis th. 8. eorum opinionem late confutavimus, qui omnem actionem præſcriptis verbis bonæ fidei eſſe contendunt: quos neceſſum eſt recedere à communiſſima & vera opinione, & ſtatuere, non omnes actiones bonæ fidei hic eſſe relatas, quæ opinio vel ideo recipienda non eſt, quod ita in tanto numero diverſiſſimarum actionum, numquam habebimus aliquid certi quod ſtatuamus. Et quod ad actionem præſcr. verb. attinet, tanto minus probanda eſt hæc opinio, quod Juſtinian. nominatim ſub claſſem bonæ fidei actionum duas hic recenſet ſpecies, eam quæ eſt ex permutatione, & de æſtimato, de qua *in tit. de æſtim. act.* quas inepte in ſpecie propoſuiſſet, ſi omnes actiones *præſcript. verb.* bonæ fidei eſſe credidiſſet. Hottomannus hanc objectionem dum removere conatur, graviori & ſe errori implicare videtur: dum ita explicat hunc textum: quaſi in *verſ. præſcriptis* primo pro exemplo bonæ fidei actionem, in genere proponeretur actio

præſcript. verb. tum duæ ſpecies ejus, quæ naſcuntur ex contractibus qui proprium nomen habent, ſubjicerentur. Et enimvero apparet, per verba, *qua de æſtimato & E A* &c. reſtringi verba præcedd. *præſcriptis verbis*, & ad has actiones prædicatum *bonæ fidei* referri: & ineptus fuiſſet, alias ſi has duas ſpecies ſubjeciſſet, cum in genere ſufficiſſet dicere *præſcriptis verbis actio* vel, *actiones*: cū nec permutatio quidem contractus ſit nominatus, ſed nomen illud in genere ſumtum latius ſe porrigat, aut in ſpecie hinc inde rem datam ſignificet: minus autem proprie contractui do ut des adcommodetur: licet verum ſit in ea materia per verbum permutationis contractum do ut des ſignificari: quod nec Hottomannus neget: adeoque fateri eum oportet, juxta ſuam interpretationem inepte feciſſe Juſtinianum, qui aut duas ſpecies tantum propoſuerit, aut idem bis repetierit. Et vero non contractuum, ſed actionum nomina hic proponit Juſtinian. itaque neceſſe habuit, ut præmitteret, præſcriptis verbis, neque enim aut *de æſtimato*, aut, *ex permutatione* revera ſūt nomina actionis, ſed ex negotio quos res æſtimata vendenda datur, & ex contractu Do ut des, qui dicitur permutatio, naſcitur actio quæ dicitur præſcriptis verbis. Et facetuſeſt Hottoman. dum oſtendere vult, notam, quam ſupra dedit, ex qua æſtimari vult an actio ſit bonæ fidei (quod nimirum naſcatur ex cōtractu ultro citroque obligatio) etiam convenire contractibus innominatis: Nimirum, ita diſputat, quod verbi cauſa, inter Titium & Mævium ineatur contractus do ut des: & licet ubi Titius rem dedit, ipſe non obligetur, ſed Mævius, tamen poſſe & Mævium dare, ut ita Titius quoque obligetur. Ridicule: Ita enim & mutuum & ſtipulationem contractus ultro citroque obligatorios, & ita porro juxta diſputationem Hottomanni contractus bonæ fidei efficiemus. Nec magis ſubtilis eſt altera ratio, qua circa contractum, facio ut facias, utitur: ſi convenit, ait, inter nos, ut tu ſervum tuum manumitteres, & ego meum, conſtat & fidem utrimque datam eſſe, & utriuſque pariter intereſſe: ut officii & bonæ fidei ratio habeatur. At enim quid certius eſt, quam contractus hos innominatos eſſe reales, & antequam quid datum aut factum ſit, nullam obligationem efficacem contractam, nec actionem natam eſſe? Adeoq; ut maxime conveniat bonæ fidei, pactum etiam interpoſitum de faciendo utrimq; obſervati, tamen non magis naſcitur obligatio efficax & actio, quam ex alio quovis pacto nudo, ut maxime pacta ſervari naturali æquitati congruere dicant Juriſconſulti *in l. 1. de pact. l. 1. de conſtitut. pec.* Adeo ridiculum eſt diſputare de contractu utrimq; obligatorio, ubi nec dum ullus contractus eſt, & hujuſmodi conventiones de utrimque faciendo aut dando ſubſiſtere & manere in nudis terminis pacti liquidiſſimum eſt, & expreſſe reſcriptum *in l. 5. Codic. de rerum permutat.* Conſequenter igitur, ſi quidem ſententia Hottomanni vera eſt, quod omnes contractus innominati ſint bonæ fidei, oportet illam notam falſam eſſe: ſed enim & falſum eſt omnes contractus innominatos eſſe bonæ fidei, ut probavimus *d. theſ. diſput. 5. de actionib.* & nihilominus nota illa falſa eſt, quoniam contractus do ut des, qui bonæ fidei eſt, ultro citroq; obligatarius non eſt.

Iſta hic obſervatio neceſſaria eſt, circa actiones mixtas, quæ hoc §. pronuntur: videlicet familiæ erciſcundæ & communi dividundo. Quoniam enim, ut prædiximus, hæc diviſio ad actiones tantum in perſonam pertinet, aut ſi cum Dd. abuti hac diviſione velis, actiones in rem ſunt ſtricti juris, conſequitur, has actiones *fam. erc. & com. div.* hic non recenſeri, qua ſunt in rem, ſed qua ſunt in perſonam: & competunt ſuper perſonalibus præſtationibus, adeo qua ſunt quaſi ex contractu, juxta tradita *ad §. quadam ſup. h. tit. & in §. Item ſi 3. ſup. de oblig. quaſi ex cont.* Eademq; eſt ratio petitionis hæreditatis, quæ & ipſa mixta eſt: & quæ proinde ratione præſtationum perſonalium, olim quoque videtur fuiſſe bonæ fidei: & forte propter hoc quod magis in rem eſſe videbatur, dubitatum de hoc fuit: & ſæpe Juſtinian ſibi attribuit, quæ jam veteribus placita fuerant: & liquidem totam illam actionem qua in rem quoque eſt, exiſtimavit Tribonianus bonæ fidei eſſe, non dubitarim ipſum lapſum eſſe, ſed explicandus potius eſt, ut à lapſu & errore liberetur. Cætera quæ huc & ad materiam hanc pertinent, ex ſæpe citato *Tract. de act. on. diſp. 6.* peti volumus, ne actum agamus, nec cuipiam hoc agere videamur, ut chartas impleamus. Illud † ſolummodo hic addamus, quid § de actione de peculio ſit ſentiendum. Diximus in *eo Tract. de actionib. th. 7.* per iſtam enumerationem excludi actiones omnino diverſas, non autem omnino omnes, quæ aliqua ratione ſub iis comprehendi poſſunt: & haud dubie etiam contrarias, (quod vitioſe negat *Hottoman. §. in bonæ infra* ubi dicemus) etiam utiles actiones bonæ fidei eſſe. Sed de iis

by Google

de iis quæritur, quæ qualitatem quandam & adjectionem significant actionis, quæ ipsa bonæ fidei est veluti, si cum magistro navis, aut cum institore contractum sit, in ipsum exercitorem & præponentem actio datur, quæ an sit & ipsa bonæ fidei, si quid v.c. vendiderit magister aut institor, in dubium vocari potest. Nec minus, si quis vendiderit filiofam. aut servo, an actio de in rem verso aut peculio, quæ sunt revera actiones ex contractu principali, & ipsæ sint bonæ fidei. Ego cum *Iob. Fabro & Angel. in §. actiones 10. sup. h. tit.* affirmative respondendum existimo: cum utique hæ sint nudæ actionis adjectiones, actio autem ipsa sit, empti venditi, commodati &c. ut late probavimus *disput. 8. de actionib.* neq; nuda adjectio, quod in alium datur, hactenus variare potest actionem, ut efficiatur stricti juris. Igitur pro quantitate peculii, etiam præstationes actionum bonæ fidei inesse hic dicendum erit, postquam actiones principales eo produxit prætor, ut sub certa qualtate in alias personas dentur: quam sententiam optime probat *l. in bona 56. de pecul.* & apertius *l. mora 32. §. in bona 2. cum §. seq. de usur.* ubi cum *in d. §. 2.* scripsisset JCtus in bonæ fidei judiciis ex mora usuras deberi, mox quærit, quid juris sit, si filiusfam. teneatur, & pater ex ejus persona: & ita respondet, ut omnino appareat, hactenus eandem qualitatem statui actionis, quæ datur in patrem: & alias inepta omnino esset quæstio, si quæ actio in patrem datur, stricti esset juris: & de sententia ejus loci plurib⁹ egimus *Tract. de action disp. 8. thes. 14.* Nec ullam rationem habet, quod *Iason sup. in §. actiones 19. n. 27.* distinguit, an dominus ex contractu servi an pater ex contractu filii conveniatur: quoniam utrobique nisi expressam differentiam faciant jura, eadem ratio est, ut docet *Iust. in pr. tit. seq.* & eadem est essentia contractus sive cum servo, sive cum filio initus sit: itaque nec hinc differentiam quis possit petere, quod ex contractu suo ipse quoq; filiusf. non autem servus tenetur.

TEXTUS.

25. Fuerat antea & rei uxoriæ actio una ex bonæ fidei judiciis. Sed cum pleniorem esse ex stipulatu actionem invenientes, omne jus, quod res uxoria antea habebat, cum multis divisionibus, an actionem ex stipulatu, quæ de dotibus exigendis proponitur, transtulerimus: merito rei uxoriæ actione sublata, ex stipulatu actio, quæ pro ea introducta est, naturam bonę fidei judicii, in exactione dotis tantum, meruit, ut bonæ fidei sit: sed & tacitam ei dedimus hypothecam. Præferri autem aliis creditoribus in hypothecis tunc censuimus, cum ipsa mulier de dote sua experiatur, cujus solius providentia hoc induximus.

COMMENTARIUS.

1 *Natura actionis rei uxoriæ.*
2 *An mulier dotem & legatum petere possit.*
3 *Prærogativa actionis ex stipulatu.*
4 *Quando nascatur actio dotis.*

DE actione rei uxoriæ late satis egi ad *Treutl. part. 2. disp. 24. th. 7.* aliquid etiã *th. ult. disp. 6. de actionib.* Dotẽ dat aut pater, aut mulier, aut extraneus, omnis scilicet præter patrem & mulierem. Si pater dedisset dotem, poterat stipulando, ut sibi redderetur, actionem sibi propriam facere, quæ tum eo mortuo in heredes ejus transibat, sin stipulatus non esset, actionẽ solus habebat pro repetendo, mortua filia: ceteroquin morte mariti aut per divortium soluto matrimonio, communis erat actio patri & filiæ, quæ præmortuo patre in filiæ solius personam consolidabatur: & erat actio rei uxoriæ. Extraneus quoq; dotem dans, jure suo de ea reddenda sibi in quemcunq; casum stipulari poterat: si stipulatus non esset, actio rei uxoriæ erat uxoris in solidum si emãcipata erat, cæteroquin itidem patri cũ filia erat communis. Mulier ipsa dotẽ quæ dederat aut solam rei uxoriæ actionem pro repetenda dote, aut si stipulata esset insuper actionẽ ex stipulatu habebat. Et hæc quidem communi jure stricti juris erat, illa bonæ † fidei, optimo jure, quippe cujus formulę, verba *Quod æquius melius* inseri solebant, ut apparet ex *l. si cum 82. in fin. de solut. & l. pen. §. ult. solut. matrim.* quod & *Cicero in 1 op. & 3. offic.* testatum reliquit, idq; sive ipsa mulier dedisset dotem, sive extraneus, qui dotem sibi reddi stipulatus non erat, sive etiam pater, itidem de sibi reddendo non stipulatus: omnibus enim his casibus locus erat actioni rei uxoriæ, quę omnino bonæ fidei erat. Verum licet in non paucis hæc actio melioris conditionis esset, quam actio ex stipulatu stricti juris, habebat tamen hæc quædam pro-

pria & præcipua præactione dotis, rei uxoriæ, quæ commemoratur *in l. un. C. de rei ux. act.* Et in primis ub. † mulier stipulata erat dotẽ sibi reddi, non erat locus Edicto de alterutro. Nimirum cautum fuerat aliquo edicto, ut si maritus quid legasset uxori, non posset mulier utrimque persequi, dotem videlicet & legatum, sed alterutro contentam esse eam oporteret, competente ei iure eligendi, an legatum petere an dotem repetere mallet. Ex quo evidentissimum est, putasse autorem Edicti, quod maritus indubio intelligeretur legasse uxori, animo compensandi cum dote: cæteroquin dubitari non potuit, quin maritus ultra dotem uxori quid legare potuerit. Itaque evidenter hic lapsus est Tribonianus *in d. l. un. §. primum* 3. dum scribit, manifestissimum esse, quod maritus, nisi expresse adiecerit, se compensandi animo legare velit, mulierem utrumque consequi: Ita enim plane absurdum fuisset Edictum de alterutro, & contra voluntatem mariti: quod æstimare penitus est absurdum: & huiusmodi lapsus Triboniani non sunt infrequentes. Igitur ut ibi testatur Tribonianus (hactenus enim ipsi fidem habere oportet) si mulier stipulata fuisset, & maritus simpliciter quid legasset, utrumque petẽdi ius habebat, quod per stipulationem novatio facta intelligebatur, cessante hoc casu Edicto de alterutro: cui locus erat, ubi mulier non erat stipulata: quo insignis erat prærogativa actionis 3 ex stipulatu. Deinde & secũdo, † quæ obstabant actioni rei uxoriæ exceptiones & retẽtiones, ob mores, ob res amotas, donatas, expẽsas *l. rei* 15. §. 1. *solut. mat.* mulieri agenti ex stipulatu non obstabant, ut tactatus *in d. l. un. §. taceat* 5. *C. de rei uxor. act.* Porro & 3. si mulier non stipulata, in matrimonio decessisset, dos adventitia apud maritum remanebat, sed actio ex stipulatu ad hæredes uxoris omnimodo transibat §. *maneat* 4. & §. *illo* 6. *C. d. t.* Denique ubi agebatur rei uxoriæ actione dos non statim, sed annua bima trima die restituebatur: atquin si ex stipulatu ageretur, statim restituenda dos erat, de quo *in § cum autem* 7. *d. l. un.* Hæc cum ita se haberent, Justiniano, qui nunquam satis mulieribus consultum putavit, ius ita constitui vilum fuit, ut omnibus istis prærogativis & commodis simul mulier frueretur: & quia existimavit, plus in actione ex stipulatu commodi utilitatisque inesse, in hanc, actionis rei uxoriæ privilegia & commoda transfudit, & dotem semper per actionem ex stipulatu & omnibus illis casibus, quibus olim agebatur rei uxoriæ actione §. *accedit* 13. *d. l. un. C. de rei ux. act.* exigi voluit: eoque simplici autoritate Legislatoria disposuit, ut sive stipulatio inutilis & invalida à muliere esset interposita, sive etiã omnimodo stipulati mulier aut extraneus *d. l. un.* §. 13. non fuissent tamen esse uxori actionem ex stipulatu, quæ & bonæ fidei actionis jure utereretur *d. l. un. in pr. & §. sed etsi* 2. *C. de rei ux. act. & h. text.* Sed nec hic sibi subsistẽdum putavit Justinianus, verum insuper actioni ex stipulatu duas prærogativas attribuit & privilegia: primum est, jus hypothecæ tacitæ in omnibus bonis mariti *h. textu & d. un.* §. 1. Quomodo tamen privilegium commune est marito, ut habeat hypothecam in bonis ejus, qui promisit dotem, per textum *in d. l. un.* §. 1. quo argumento fere putant Dd. & id habere commune actionem, quæ marito competit pro exigenda dote, ut sit bonæ fidei & ipsa, quam sententiam ostendimus esse falsam *ad Treutl. de jure dot th.* 8. & vel hinc coarguitur opinio ea, quod nulla umquam fuit actio bonæ fidei quæ competierit marito: & Justin. h. §. diserte scribit, actionem ex stipulatu hoc tantum casu in exactione dotis, (agit autem de actione rei uxoriæ quam habet uxor) bonæ fidei actionis habere naturam. Alterum est adhuc pinguius privilegium, quod huic actioni qua mulier repetit dotem, proprium esse constat, jus prælationis contra cæteros creditores anteriores hypothecarios mariti *h. text. & l. assiduis* 21. *C. Qui potiores*, de quo an etiam contra creditores, qui habẽt hypothecam anteriorem expressam, competat, an etiam liberis hæredibus uxoris, & qui potiori jure vitantur, & alia eo pertinentia late exsecuti sumus, *ad Treutl. part.* 3. *disp.* 24 *de benef. creditor. th.* 7. *& in Treutl de pignor.* Illa autem jejuna quæstio est, quam post Dd. aut movet *Isaf. hic. num.* 69. an privilegium prælationis sit concessum mulieri, an actioni: utiq; fateri oportet actionem hoc privilegium habere, quam mulier movet contra quosvis creditores hypothecarios, (actioni enim hypothecariæ hoc privilegium annexum est) sed competit ei ex Lege favore mulieris; itaq; in hæredes non descendit *h. § in fi.* (præterquam si liberi ipsi sint hæredes de quo *d. disput.* 24. *th.* 8. diximus) actio scil. non descendit cum privilegio. Atque ita actio tutelæ pupillo concessa est cum privilegio ut aliis creditoribus præferatur, sed hæredi aut cessionario agenti idem privilegium non competit *l. ex pluribus* 42. *de admin. tut.* Itaque nec cessionario mulieris hoc privilegium competit: de quo late *Iason multos citans hic n.* 121. Hypotheca autem procul dubio incipit à die contracti matri-

4 matrimonii, ut ad Tr. diximus. Nec longe hinc remota est quæstio, †quando actio pro dote nascatur: quæ intricata inter veteres iam olim agitata fuit, quam tantum remisse attingit *Iaſ.n.* 128. Si retro antiqua tempora respicimus, autores certi sunt, primis annis quingentis Romæ nullum divortium fuisse. Itaque tum temporis, non nisi per mortem mariti soluto matrimonio potuit tractari de hac actione, sed post frequentissimus eius usus fuit, in tanta divertendi licentia: & tamen etiam num *in l.1. de jur. dot.* dotis causa dicitur perpetua, quia hoc animo nuptiæ contrahuntur, ut perpetuo durent. Quod si ita est, dici non poterit, quod de dote actio statim nata sit: sed sub die incerto cum solutum fuerit matrimonium, intelligetur maritus obligatus ad restituendum: (quo etiam pertinet, quod maritus dominus efficitur rerum dotalium.) Nam quod aliquando constante matrimonio dotem repetit mulier, ob inopiã mariti, plane est singulare, & ipsum quoq; incertũ vel maxime diem habet. Et itaque dos datur marito nõ eo animo ut reddatur, *arg. d.l.1. de jur. dot.* Sed propter onera matrimonii, quod speratur esse perpetuum. Sed quia tamen non raro solvitur, quo casu mulieri dotem restitui æquum esset, hoc tacite conventum intelligitur, ut in istum eventum dos reddatur: eoque etiam tum demum nasci istam actionem fatendum est, & videantur autores citati à *Iasone d. loco.*

TEXTUS.

26. In bonæ fidei judiciis potestas libera videtur permitti judici, ex bono & æquo æstimandi, quantum actori restitui debeat. In quod & illud continetur, ut si quid invicem præstare actorem oporteat, eo cõpensato, in reliquum is cum quo actum est, debeat condemnari. Sed & in juris stricti judiciis, ex rescripto Divi Marci opposita doli mali exceptione compensatio, inducebatur. Sed nostra constitutio easdem compensationes, quæ jure aperto nituntur, latius introduxit, ut ipso jure actiones minuãt, sive in rem, sive in personã, sive alias quascumq;, excepta actione sola depositi: cui aliquid compensationis nomine opponi sane iniquum esse credimus, ne sub prętextu compensationis, depositarum rerum quis exactione defraudetur.

COMMENTARIUS.

1 *Compensationibus olim tantum locus in bon. fid. judiciis.*
2 *Quid sit, ipso jure locum esse compensationi: aut. ipso jure sublatam esse obligationem.*
3 *An qui compensare potest solutum repetere possit.*
4 *Quid novi fecerit Iustin. circa compensationes.*
5 *Cur in deposito sit speciale.*
6 *An & quando olim locus retentioni.*
7 *Confutati errores Hottomanni.*

HÆc princeps est qualitas actionũ bonæ fidei, ut diximus *ad §. actionum* 28. *sup. h. t.* quod cũ in strictis judiciis sit judex quasi alligatus formulæ, quam accepit à prætore, ita ut extra eam nihil possit, in illis ob clausulam *Ex bona fide* ex officio æstimare & adjudicare possit, quod alteri alterũ ex bona fide, & æquo & bono præstare oporter, sub quo & hoc continetur, quantum actori restitui debeat. Ex quo mihi probe firmari videtur, quod *in d. §. 28.* cõtra Hottomannum disputavi, etiã in actionib. bonæ fidei summam & quantitatem certã peti, quæ fuit in conventione. Docet enim Justinianus hic, quod nõ semper consequatur actor totũ quod petiit. nec quod petiit semper & restitui & præstare judex jubeat, sed etiam aliquando minus, quod inepte diceretur, (nimirum æstimare judicem quantum restitui oporteat, & quod ex seqq. apparet ob mutuũ debitum) siquidem nihil certi petitum esset per actorem. Minus autem restituere jubet judex actori, si hic vicissim reo ex alia causa aliquid debeat. Res autẽ hęc quod judex potestatem habet non adstrictam formulæ, sed iudicandi ex æquo & bono plurimos effectus habet, quos plerosque tractavimus *d. disp. 6. de Action.* unum autem istum h. §. proponere voluit Justinianus, ut in minus, quam petitum est, judex Reum condemnari possit, & nimirum ex hac causa †, ut dixi, si quid vicissim Reo actori debere deprehenderit: cũ olim in stricti iuris iudiciis id non liceret, sed Reus, quod sibi debeatur ab actore, propria actione seorsim id petere necesse haberet, & hoc (ut docet hic Justinian.) usque ad Imp. Marcum qui primus compensationem admisit in stricti quoq; iuris actionibus, beneficio acceptionis doli mali. At dixerit quis utiq; etiam in bonę fidei iudiciis oportere exci-

re excipi de debito mutuo, cæteroquin non poterit ejus rei judex habere rationem: atque ita hactenus nulla post rescriptum Marci inter actiones bonæ fidei & stricti juris erit differentia. Et hoc existimasse videntur Interpp. quos refert hic *Jason. n.* 59. in effectu nullam, sed tantum in modo excipiendi differentiam fuisse. Et tamen agnoverunt, quod in stricti juris actionibus tantum per exceptionem facta fuerit compensatio sed in bonæ fidei judiciis facta fuerit ipso iure. Sed quid inter hæc duo intersit, ipso iure quid fieri & tolli obligationem vel actionē, & hoc fieri per exceptionem: & quid † significet, ipso iure locum esse compensationi, non usquequaque facile est explicatu. Doctores passim & post eos *Jason. hic. d. n* 59. hanc principem ponunt differentiam: Quod ubi obligatio ipso jure sublata est, possit ex officio iudex absolvere reum: quod non possit, si reus solum defendatur per exceptionem. Ego de hac re dixi ad Treutl. *part.* 2. *de modis tollend. obligat. thes* 1. Et potest ista Dd. differentia ita accommodari, juxta rationem iuris nostri, quod prætor si quid allegatum fuisset à Reo, per quod ipso iure tollebatur obligatio, protinus acto. rem à limine iudicii removebat: cæteroquin cum actione & exceptionem dabat. Hodie id eo pertinebit, ut res tale quid allegans quod ipso iure tollit obligationem, non cogatur contestari litem, sed protinus ab observatione iudicii & instantia liberetur. Atquin ubi reus nihil allegat & obicit, difficile est permittere hoc iudici ut liberet reum, cum non sit eius ea supplere, quæ facti sunt. Ceteroquin si quacunque ratione ex actis appareat iudici, non tantum eum qui ipso iure liberatus, sed etiam hunc qui exceptione saltem tutus est, absolvere debet, ut tractatum ad *Treutl. de except. thes* 7. Ex ratione iuris veteris, quam ignorarunt olim Interpp. & hæc differentia fuit, quod ea quibus obligatio ipso iure solvebatur, licet eorum nulla mentio facta esset apud prætorem, apud pedaneum iudicem obicere licebat, quippe cum revera nulla actio competeret actori. Atquin acceptiones in stricti iuris vinculis (nam bonæ fidei actionibus ita inerant, ut etiam iudex pedaneus earum licet formulæ non insertarum rationem habere cogeretur, uti dixi *disput. 6. de actionibus*) non poterat admittere iudex pedaneus, sed formulæ insertas esse oportebat, Et adeo hæc quoque post rescriptum Marci olim inter bonæ fidei actiones, & stricti iuris, quod ad compensationem supereat differentia, ut in his necesse omnino haberet reus compensationem obicere apud prætorem, & petere ut hæc exceptio inseretur formulæ, quod in bonæ fidei iudiciis necessium non erat: sed compensationis & mutui debiti, quandocunque allegati, habebat iudex pedaneus rationem. Et hoc sensu exceptiones pacti doli &c. dicebantur inesse bonæ fidei iudiciis, quod late explicavi *disput. 6. de actionibus th.* 11.

Et hoc quoque significatu potest dici, compensationem olim in bonæ fidei iudiciis factam esse ipso iure, quod usque ad sententiam, in his actionibus mutuum debitū allegare liceret: quia ipsa potestate iudicii bonæ fidei id continebatur. Quod enim hoc §. stricti iuris actiones ita opponuntur actionibus bonæ fidei, quod in illis per exceptionem solum compensatio inducebatur, consequens est, quod in his compensatio ipso iure locum habuerit. Et tamen quoniam istud, ut diximus, in exercitationibus quibusvis obtinebat, ut ipsa potestate iudicii bonæ fidei ineſſent, quod compensatio in bonæ fidei iudiciis ipso iure fieri dicitur, alium effectum insuper habere videtur; veluti quod, ubi utrimque pecunia debetur, sed altera sub usuris, altera sine usuris, ipso iure minuitur debitum, ita ut concurrentis quantitatis usuræ amplius non debeantur. *leg. cum alter* 11. *de compens.* Et hinc porro, quod ubi compensationi locus est, qui totum petit, male petere dicatur *l. verum* 4. *cod. tit.* nimirum ipsa quam potestate iuris debito imminuto. Ex quo porro & hoc consequitur, ut, qui totum solvit, quod excedit, tamquam indebitum cōdicere possit *l. quod dicitur* 5. §. 2. *de impens. in res dot.* quod secus esse videtur, ubi tantum compensatio per exceptionem introduci potest, ut post *Dd. d. nu.* 59. hic notat Jason. Sed † occurritur per vulgatam regulam; Exceptione perpetua tutum si solvat, habere cōdictionem *l. qui exceptionem* 40. *in pr. de condict. indeb.* Ergo etiam, qui ex causa contractus stricti iuris objicere potest compensationem ope exceptionis, solvit, repetere poterit, & facit *l. qui invitem* 30. *de condict. indeb.* ubi JCtus ait, quibus casibus compensatio locum non habet, nō esse repetitionem soluti: Ergo contra est, ubi compensatio locum habet; Atquin post rescriptum Marci utique verum est, quod & in stricti iuris iudiciis compensatio habeat locum. Possem facile & simpliciter totum hoc expedire, si dixero unius effectus esse posse plures causas: & esse hanc quidem principem causam condictionis indebiti, quod

quod ipſo jure ſublata eſt obligatio: ſed non eſſe tamen ſolam, verum inſuper & hanc quod quis exceptione perpetua defenditur. Sed dum rem penitius conſidero, deſcendo in Dd. ſententiam, qui putant, ubi tantum per exceptionem compenſatio poteſt indici, eum, qui ſolvit, non habere condictionem. Et reddunt Dd. hanc differentiæ rationem, & hoc modo reſpondent ad *d.l.* 40. *de condict. indeb.* quod tum demum procedat ea regula, ubi ejuſmodi exceptio competit, quæ impedit & elidit actionem ſui nativitate: ſecus ſi elidat ita demum, ſi opponatur, qualem dicunt eſſe exceptionem compenſationis, quæ olim ex reſcripto Marci in judiciis ſtricti juris objiciebatur. Verba quidem ſunt paulo obſcuriora, & accommode forte non ſatis ad exprimendum quod dicere voluerunt. Exemplo res erit apertior. Debeo tibi centum ex mutuo; vendo tibi poſtea fundum meum itidem pro centum: hoc debitū quo tu mihi obſtringeris non tendit directo ad tollendum illud debitum, quo ego tibi obſtringebar ante ex mutuo: neque ſi tibi ſolvam illa centum, quę ex mutuo debeo, dici poſſum ſolvere indebitum; nec mihi fit injuria ſi negetur condictio, cum propriam actionem ex vendito habeam, qua perſequar quod mihi debetur. Verum tamen quia intereſt mea potius retinere debitum, quam poſt propriam actionem inſtituere, arg. *l.* 3. *de compēſat.* merito exreſcripto Marci mihi convento ſtricti juris actione condictione certi ex mutuo, conceditur, ut me defendam exceptione compenſationis, quod actor mihi tantundem ex vendito debet. Quæ ipſa ratio facit, ut ubi ſolvi, mihi condictio indebiti non ſit concedenda; quoniam ceſſat ratio ex *d.l.* 3. *de compenſ.* quia poſt quam ſolvi, dicere amplius non poſſum, quod mea interſit, compenſare potius, quam ſolvere, & poſt nova actione experiri. Quæ ratio faceret, ut nec ex cauſa bonæ fidei contractus eſſet locus condictioni indebiti, niſi hic propria adeſſet ratio, quam ſupra attigimus, quod hic ipſo jure compenſatio debiti & imminutio fit, ut proinde neceſſe ſit indebitum revera ſolutum eſſe quo poſito condictio negari non poteſt. Atquin v. c. pactum de non petendo, nativitate ſua tendit directo ad elidendā actionem, & perimit vinculum æquitatis; & injuria fieret reo ſi ipſi poſtquam ſoluit per errorem, negaretur condictio, cui nullum aliud ſupereſt remedium. Et hic in *d.l. qui invicem.* 30. *de condict. indebiti*, compenſationē habere locum, vel non habere, intelligo in proprio ſignificatu, habere locum ipſo jure, nam minus proprie ſimpliciter dicitur compenſatio habere locum, ubi tantum ea per exceptionem inducitur. Ceteroquin poſſit etiam eo ſenſu & caſu accipi, quod locum non habeat compenſatio, ubi utrimque ſpecies, vel hinc quantitas, hinc ſpecies debetur, ſed per prædicta explicatio prior verior eſt. Supereſt videre, † quid novi fecerit Juſtinianus 4 conſtitutionibus ſuis in *l. ultim. C. depoſ. l. ult. C. de compenſat.* quam h. §. intelligit. Diximus hac de re ad *Treutl. de compenſat. & d. diſp. 6. de Action. th.* 23. Et nimirum 1. dicendum eſt, ſententiam & mentem Juſtiniani fuiſſe ex æquare hac in re bonæ fidei & ſtricti juris actiones, ut & in his ipſo jure locus eſſet compenſationi. Sed enim 2. ut ad id ponantur termini habiles, ut poſt gl. late tractant *Iaſon. Ioh. Fab. Angel. & alii ad hunc* §. ubi nimirum utrimq; quantitas debetur. At enim ait h. §. Juſtinian. quod ex ipſius conſtitutione compenſatio habeat locum & minuat ipſo jure actiones in rem & in perſonam; in illis autem ſemper, in harum multis, in actione commodati, depoſiti, pignoratitia, non quantitatem ſed ſpeciem perſequimur. Itaque reſpondent Dd. vulgo, id obtinere, ubi re perdita & corrupta, vel quæ per contumaciam non reſtituitur, de æſtimatione præſtanda quæritur. Verum, nec hoc modum expedit, utcunque ita accipiatur Juſtinianus: nam cum ipſo jure debitum minui non poſſit, niſi utrimque quantitas certa debeatur utique æſtimatio ſpeciei debitæ, incerta eſt. Et proinde fateri oportet, cum varii ſint hujus rei effectus; quod compenſatio ipſo jure fieri, aut actio ipſo jure minui dicitur, non omnes ubique concurrere poſſe; aut retro illos demum induci, ubi debitum utrimque approbatum judici, & æſtimatio ſpeciei debitæ facta fuit. Nam quod *Juſtinian h.* §. ſcribit, compenſationem earum demum effectum hunc eſſe, quæ aperto jure nituntur, non eam habet ſententiam, quod conſtare oporteat de quantitate, & ita quoque de æſtimatione rei debitæ. (ita enim vix in actionibus ex quibus ſpecies debetur, futurus ſit locus compenſationi) verum, quod oporteat de debito conſtare, ita ut, ſi debitum ſit dubium & ab altera negetur parte, judex condemnare reum, & eum ad judicium proprium inſtituendum remittere debeat. Et ita recte Interpp. communiſſime hæc verba explicant quod oporteat debitum eſſe liquidum & confeſſum, aut quod in continenti probari poſſit. Et nimirum, quod Juſtinianus minime ita explica-

explicari poſſit ; ut reſtringatur ad caſum quo re corrupta de æſtimatione præſtanda quæritur, iſtud argumento evidenti eſt, quod ſolam actionem depoſiti excipit ex hac ratione, ne ſub prætextu compenſationis quis rerum depoſitarum exactione defraudetur.

Quæ ratio nulla eſt, ubi perempta re depoſita ad quæſtionem de æſtimatione præſtanda venitur. Et igitur neceſſum eſt, ex ſententia Juſtiniani quæri etiam de compenſatione ubi ſpecies petitur, & compenſatione objecta fieri poſſe, ut ſpecies etiam quæ exſtat, non reſtituatur ; & proinde ipſo jure minui actionem paulo latius & pinguius accipi, & non tantum ſignificare, quod minus petatur, ſed etiam quod per officium judicis minus, aut nihil adjudicari poſſit, permiſſa ſcilicet, poteſtate judici, ut rem petitam æſtimet, & ita objecta compenſatione faciat, ut habeat effectum. Et ut quis tentare velit, nihilominus ipſa poteſtate juris id factum dici poſſe utique hoc tantum poterit conſiderari in idea, effectus autem rei ſeſe exerit apud judicem, ſed nec ullo modo, aut ratione efficere poſſit, ut omnes effectus ipſa juris poteſtate inducantur : Et verbi cauſa inſuperioribus diximus ex *l.4. de compenſat.* quod ubi compenſationi locus eſt, plus petat & male agat, qui integrum debitum petit. Hoc utique in caſu ſpeciei debitæ non poteſt invenire locum, propter æſtimationis incertitudinem. Et igitur ut conſtet ratio Juſtiniano, ſatis eſt effectibus aliis locum eſſe adhoc, ut minui ipſo jure actio dicatur, Et in *leg.5. de impēſ. in res dot. junct. §. quod dicitur 3. d. ſi is qui 56. de jur. dot.* tradit I Ctus impenſas neceſſarias in dotem factas, id efficere, ut fundus dotalis, deſinat ipſo jure eſſe dotalis, ubi nimirum impenſæ factæ preciũ fundi exæquarunt. Id quidem facit ratio ipſa juris: Sed utique non eo effectu, ut ipſo jure nulla competat actio uxori pro dote ; ſiquidem quanti fundus ſit, & quid impenſum ſit, apud judicem tractari oportet.

Et nec dubitandum eſt (de quo poſt gloſſ. interpretes hic tractant & *Jaſon numer. 77.*) quin omnino opus ſit facto hominis & allegatione in judicio vel in jure, ut effectus ſuus compenſationi conſtet, utcunque invicem quantitates debeantur, (quamvis quidam quos refert & probat *Jaſon numer. 78.* putent ſufficere, ut quis extra judicium dicat ſe velle compenſare ; male ut opinor, nullum enim effectum ultra, quã jus ipſum hoc operari poſſit.) Nam & verbi cauſa ſi quis à Reo qui centum debet, ducenta petat, vel ab eo, qui nihil debet, centum petat, utcunque jus hic diſponat, qui judex definire & pronuntiare debeat, utique tamen, objicere, qui convenitur debet, injuriam partis adverſæ, ut quod jure diſpoſitum eſt, conſequatur ; idque etiam obtinet ſi quis per ſoluti onem, novationem, acceptilationem, &c. ipſo iure ſit liberatus ; hoc enim ita accidiſſe, allegare oportet ; Sed ſunt proprii effectus etiam poſt allegationem, quibus differt hic caſus ab eo, quo per exceptionem tantum liberari dicitur Reus. Sed quæ ratio eſt, ut ſola † actio depoſiti excipiatur, & depoſiti omnino reſtitutio ſit facienda citra ullam exceptionem ? Pleniſſime ratio Juſtiniani, ne ſub prætextu compenſationis rerum depoſitarum reſtitutione quis defraudetur, etiam in commodato, etiam in precario, & militat. Quin de commodato ita diſerte teſcriptum eſt in *l. ult. C. commod.* & ipſe Juſtin. in *l. un. Cod. de rei ux. act. §. taceat & §. ſeq.* non permittit, ut ulla retētio actioni rei uxoris objiciatur à marito. Fruſtra eſt Cujac. dum in *dict. l. ultim.* pro *commodati* vult legi *commendati :* quod & rubr. reſpuit, & certiſſimum eſt iure veteri olim actioni comodati non objici potuiſſe exceptionem ob diverſum debitum. Ideoque & inepti ſunt Dd. vulgo, qui ad caſum debiti illi qui *d. l. ult.* reſtringunt. Nec juvat, quod plerique inter retentionem & compenſationem diſtinguunt. Equidem retentio latius patet, quam compenſatio, in ſpecie dicta : Sed ſane propter hoc ipſum negato retentionis jure, etiam compenſatio negata erit. Et utique in *d. l. un. Cod. de rei ux. act.* fatendum eſt negari compenſationem, cum Juſtinian. utatur hac ratione, cur neget jus retinendi marito, eo quod ipſi propriis actionibus ſit conſultum. Et cum neget compenſandi jus ob cauſas contingentes quodammodo actionem dotis, ob res amotas, etiam ob impenſas tanto magis ex alia cauſſa, objici compenſationem patietur. Sunt qui non excludi putant caſus ſimiles, & in quibus ſit eadem ratio : & paſſim tradunt Doct. nec per particulam taxativam excludi caſus in quibus maior, aut eadem ratio eſt. Sed ſane hoc non poteſt eſſe generale, neque huc commode videtur accommodari poſſe, propter vulgatum illud, quod regulam firmet exceptio in caſibus non exceptis. Et tamen Juſtinian. *h. §. & in l. ultim. C. de compenſ.* regulam hanc tradit, quod in actionibus in rem & in perſonam, & quibuſcunq; aliis habeat compenſatio locum : & deinde exceptionem

ptionem hanc subjicit; *excepta SOLA depositi actione*: quo sane excluduntur reliquæ omnes; quod si admittamus unam, porro alius aliam admittendam contendet, & ita semper erimus in incerto; & cur non etiam admittamus actionem pro precario &c. Ego pene existimo esse in hac tota tradi-
6 tione vestigium † sapientiæ Tribonianæ, qui secutus piorum constitutionum, prout ipsi commodum visum fuit & utile, novas conscripsit Leges. Et omnimodo jure veteri, puto haud facile admissas fuisse retentiones, nisi in casu necessitatis, ubi alias Reo consultum non erat, & quo ad ea, quæ ipsam actionem institutam contingebant: Ceteroquin mutuas actiones instituendas fuisse puto. Hæc ita ut sub manum se dederunt, chartis illinere visum fuit, qualiacunque ea sint. Nihil hoc §. supereſt aliud quam quod Justinianus ait, *sive in rem, sive in personam, sive alias quascunque*: & quæ nam sunt illæ actiones præter eas quæ sunt in rem, & in personam; & ita vitiosa fuerit divisio §. 1. & falsum quod ibi omnium actionum hanc divisionem esse ait. Sæpe dixi eum frustra esse, qui in textibus Tribonianeis, qualis hic haud dubio est, quærit accuratione: aut an ille respexit ad varias divisiones hactenus propositas, aut an cum variæ omnino sint actiones, nativæ & dativæ, de quibus sæpe non constare satis potest, cujus naturæ sint, quod de actione Pauliana diximus *sup. ad §. Item 6. h. t.* Justinian. his verbis sibi cavere voluit, ut ne qua actio ulla qualiscunque tandem esset, ab hac dispositione videretur exempta.

Illud denique notandum hic agi de compensatione ex causis civilibus pecuniariis, non de compensandis hinc inde delictis: ut inepti sint Interpp. qui ista confundunt, & notant aliquando fieri compensationem sine facto homini, de quo *v. Jason hic post gloss. n. 80.* ubi tamen sunt alia exempla quæ recte se habent. Colophonis loco ad hunc §. errores aliqui Hottomanni explodendi sunt quos h. §. commisit, quamvis primus pertineat ad §. 28. *sup. h. t.* Negat ad *pr. h.* §. actiones contrarias, quæ nimirum dantur ex contractibus, mandati depositi, commodati, pignoris, negot. gest. tutelæ, & si quæ sunt aliæ, esse bonæ fidei. Nos contrariam sententiam sub fin. *d. §. actionum* 28. proposuimus, à qua vix ullum Interpp. dissentire puto. Et notavimus ibid. non omnes qualitates actionum bonæ fidei in singulis speciebus occurrere, sed ad hoc ut actio bonæ fidei dicatur, sufficere eas inesse, quas admittit natura contractus, modo ne adsint qualitates actionum stricti juris; quod addo propter actionem ex testamento, quæ quo ad fructus & usuras imitatur naturam bonæ fidei actionum *l. usura* 34. *de usuris*: Ceteroquin stricti juris est. Et ita in contrariis his actionibus obtinet, ut quascunque ferat earum conditio, qualitates actionum bonæ fidei habeant. Et oppido quam inepte pro contraria sententia adducit Hottom. text. in *l. furti 6. §. ult. de his qui not. inf.* ubi negat JCtus damnatum sequi infamiam, quia ibi non de perfidia agatur: & in *l. si apud 5. in pr. depos.* ubi negatur in contrario judicio de fide rupta agi.

Ergo, inquit Hottoman. non agitur de fide, & igitur actio nec bonæ fidei est, quia v. c. deponens fidem non dedit. Hoc quidem argumento, nec actio negot. gestor. nec actio tutelæ. nec commun. divid. bonæ fidei erunt, quoniam hic nulla fides expressi data est.

Et est fallacia homonymiæ in verbis *bonæ fide*: neque propterea actiones bonæ fidei dicuntur, quod alter alteri expresse fidem dederit, & post eam ruperit: sed quod natura contractuum verorum aut quasi hæc est, ut quod alterum alteri præstare oporteat exacte verbis concipi & exprimi non possit, & ideo officio judicis permittendum sit, quid & quantum, alterum alteri præstare oporteat.

Et nimirum perspicua in eo quæ in dd. textibus traditur ratio differentiæ apparet inter judicia directa & contraria.

Qui commodatum v. c. & depositum non restituit juxta conventionem manifesto fidem rumpit: at qui disputat de impensis, aut damno, quod alter se accepisse contendit, fidem non rumpit, sed ut in *d. l. 6. his qui not. infam.* scribit Ulpianus, magis disputat de calculo. At quod ob id non fit bonæ fidei judicium contrarium absurde plane & inepte infertur. Et v. c. in servum commodatum impensas me fecisse, per eum furtum mihi factum, per dolium commodatum, pro integro, damnum me sensisse dico, utique hic opus est officio judicis, qui æstimet ista ex bona fide & æquo bono.

Scribit porro hoc §. Hottomannus, ideo in stricti juris judiciis non fuisse locum compensationi, quæ ipso jure minuit debitū *l. 4. & 21. de compens. l. 4. C. eod.* quoniam alias cum in istis judiciis certū peti oportuerit, actor semper incidisset in periculum plus petitionis, sed 1. supponit, quod in bonæ fidei judiciis nihil certi petitum fuerit. Quod ostendimus supra falsum esse. Et proinde 2. inepta penitus est consequentia, quod ob id reus incide-

rit in periculum plus petitionis. Etenim ſcire quiſque debet, quid ipſe debeat alteri viciſſim, itaque minus petere debet, aut clauſula aliqua inſerta ſibi cavere à periculo plus petitionis, de quo paulo inferius. Nec melior eſt altera ratio quod in bonæ fidei judiciis judex cognoſcat, quid oporteat præſtare alterum alteri, ſed in ſtricti juris actionibus, cognoſcat judex tantum quid reum actori præſtare conveniat, particularem enim tantum hanc rationem apparet eſſe, in illis actionibus, quæ ſunt ex contractibus, qui mutuam pariunt actionem, ſed in iis fallit, qui tantum ex uno latere obligant. Denique labitur & Hottomann. in eo, dum reprehendit Juſtinianum hoc ſibi tribuentem, quod in actione ex depoſito non ſit locus compenſationi; & imo hoc jam ante à Paulo *lib. 2. ſent. 11. traditum eſſe.* Etenim hoc omnino etiam olim obtinuit, ut ne actione depoſiti qua ſpecies petitur, poſſet objici compenſatio; Sed quod non poſſet objici ſoli actioni huic & omnibus aliis poſſet, id omnino novum & adeo novum, ut penitus abhorreat à juris veteris ratione.

TEXTUS.

27. Præterea quaſdam actiones arbitrarias, id eſt, ex arbitrio judicis pendentes, appellamus: in quibus niſi arbitrio judicis is cum quo agitur, ſatisfaciat, (veluti rem reſtituat, vel exhibeat, vel ſolvat, vel ex noxali cauſa ſervum dedat) condemnari debeat. Sed iſtæ actiones tam in rem quam in perſonam inveniuntur. In rem, veluti, Publiciana, Serviana de rebus coloni: quaſi Serviana, quæ etiam hypothecaria vocatur. In perſonam: veluti quibus de eo agitur, quod vi metuſve cauſa, aut dolo malo factum eſt: Item cum id quod certo loco promiſſum eſt, petitur: ad exhibendum quoque actio ex arbitrio judicis pendet. In his enim actionib. & ſimilib. permittitur judici, ex bono & æquo, ſecundum cujuſque rei, de qua actum eſt, naturam æſtimare quemadmodum actori ſatisfieri oporteat.

COMMENTARIUS.

1. *Duæ ſpecies actionum arbitrariarum.*
2. *Quomodo differant bonæ fidei judicia & arbitraria.*
3. *An arbitrariæ actiones faciant tertiam ſpeciem.*

DE arbitrariis actionibus itidem egimus *Tract. de actionibus tota diſputat.* 7. quam diſtinximus in duas partes; quoniam & duæ ſunt principales ſpecies, aut genera actionum arbitrariarum; nec tarer vitio, quod citra ullam diſtinctionem confuſim omnes iſtæ ſpecies ſive exempla proponuntur: cum tamen longe diverſa ratione, quam ceteræ, actio ea ſit & dicatur arbitraria, quæ alibi movetur ſuper eo, quod certo loco promiſſum fuit. Et ut paucis repetamus, duæ ſunt cauſæ, ex quibus actio dicitur arbitraria, veluti id verbum hoc ſ. uſupatur, & hinc etiam ſpecies duæ actionis arbitrariæ.

Altera in qua totum quantum ſit † ſolven- 1
dum permittitur arbitrio judicis, & quidem una ſententia ſicut in aliis fere actionibus decidendum; cujuſmodi eſt actio, quæ alio loco intenditur, quam in quem promiſſio & ſolutio ex cauſa obligationis & contractibus ſtricti juris collata fuit. Nam cum verbi cauſa ſi quis promiſerit ſe Epheſi centum daturum, ex rigida juris ratione reus alibi conveniri non poſſit *l. 1. de eo quod certo loco*, & tamen iniquum ſit, ut obligatio & promiſſio in irritum recidat, ſi reus, vel non poſſit, vel nolit in locum eum venire, permiſit in hunc eventum prætor alibi agere, ſed cum commemoratione & adjectione loci, ne plus petere videatur. Nam cum fere commodius eſſe poſſit Reo eo loco ſolvere, in quem ſolutio collata fuit, in quo forte pecuniam paratam habuit, quam alibi ſub uſuris accipere neceſſe habeat, ſi pure & ſimpliciter ſtipulator creditor alibi petat, hanc utilitatem Reo adimere & plus petere intelligitur ut docet §. *plus autem* 34. *infr. h. t.* ideo neceſſum fuit agere cum commemoratione loci, & permittere prætori ſimul & judici, ut quanti intereſſet Rei in loco adjecto ſolviſſe, illud æſtimaret & tanti minoris Reum condemnaret. Ex quo actio arbitraria appellatur: de qua prolixe egimus *d. diſſp. 7. de actionib. part. 2.* Atque hæc eſt prima ſpecies actionum arbitrariarum.

Altera, quæ porro ſub ſe plures habet ſpecies, ex eo dicitur, quod initio procedit arbitrium judicis de faciendo & præſtando aliquid, cui ſi pareat reus, abſolvitur; ſin non pareat in aliud, quam quod arbitrio & juſſu præcedenti erat, & quidem gravius propter contumaciam condemnatur, verbi cauſa: Inſtituta rei vindicatione & pro-

& probato dominio jubet judex restituere rem petitori; si non pareat reus, condemnatur, quanti actor per juramentum in litem rem æstimaverit; quod & in Serviana, Publiciana & in actione ad exhibendum observatur. In actione quod metus causa, probato metu jubetur reus rem restituere; quod si non faciat in quadruplum damnatur: In quo posita est finalis condemnatio. At, inquit, Hottomannus, quis tam fatuus sit, ut non malit satisfacere jussui judicis, quam subire graviorem condemnationem. Proinde ipse respondet, duplicem actionem hic intervenire, & in altera demum qui speravit forte iudicem secundum pronuntiaturum aliter, reum gravius condemnari, propterea quod iudicis prioris arbitrio non paruit. Sed ista sententia est manifesto falsa, & incidit in illorum Interpp. opinionem & errorem qui duplicem libellum, duplicem litis contestationem in his actionibus requirunt. Et vero cum fateatur Hottomann. ipse hanc fuisse formulam actionum harum: *Si apparet rem eam, de qua agitur, Lucii Titii esse, neque eo tuo arbitrio restituatur, judex condemna:* efficitur prorsus necessario, una actione & per unum iudicem negotium expeditum fuisse. Quod & ultro perspicuum est, & ridiculum sit existimare, post jussum de restituendo, aliam formulam petitam, & ad alium judicem arbitrumve itum fuisse, qui condemnaret reum, quanti in litem petitor jurasset. Et potest utique fieri, ut reus aliquis improbus, quacunque etiam causa fretus, detrectet parere arbitrio judicis, potest & fieri ut ante arbitrium dolo desierit possidere, quo casu nihilominus tamquam adhuc possidens, jubetur restituere, & ut maxime tum amplius non possit, condemnatur, quanti actor in litem juraverit. Secundum hæc verba *hujus* §. commode applicanda duabus istis actionum arbitrariarum speciebus, & recte applicanda sunt. Et quod ait Justinianus pendere has actiones ex arbitrio judicis, utrique speciei recte applicatur; sed non eodem tamen modo. Actio de eo quod certo loco ita pendet ex arbitrio judicis, quod quantum sit præstandum actori, arbitrio illius decernendum, permissum est.

Altera species ita pendet, quod ille inimo arbitratur, quid faciendum sit Reo, ut actori satisfiat, cui si non pareatur arbitrio, gravior sequitur condemnatio; Ceterum quod mox, post jam dicta verba, *ex arbitrio judicis pendentes appellamus*, sequitur, *in quibus nisi judicis arbitrio, &c.* cum pro ratione dicti afferatur facit, ut non nisi ad posteriorem speciem referri possit: Etenim in actione de eo quod certo loco, fertur unica tantum sententia; sed in posteriori specie ita, ut diximus obtinet, ut primo præcedat arbitrium, ut reus nisi juxta ad arbitrium satisfacit, condemnetur: Sententia enim hæc posterior in excellentiori significatu vocatur condemnatio: Ceteroquin & prior quæ arbitrium & jussum de restituendo dicitur, non uno loco condemnatio appellatur, ut hoc late probavimus *d. disputat. 6. de Actionibus th. 7. 8. & 9.* ubi etiam & *th.* 10. ostendimus, aliquando etiam si reus contumax sit, non ferri posteriorem sententiam, sed ubi actor omnino rem habere mavult quæ penes reum est, primam sententiam & jussum de restituendo extra ordinem per manum militarem mandari executioni, & rem reo auferri, juxta *l. qui restituere 86. de rei vindic.*

Porro cum ista descriptione actionum arbitrariarum quæ in *princip.* §. proponitur, videndum est quomodo conveniat, quæ in *f.* §. subjicitur, quod in iis permittatur judici, ex bono & æquo æstimare, quemadmodum actori satisfieri oporteat. Ea quidem actioni *de eo quod cert. loco* omnino convenit: sed convenire minus videtur alteri speciei; quoniam, qui graviorem reo condemnationem infligit, verbi causa, in quadruplum, vel quanti in litem juratum est, non æstimat ex bono & æquo. Equidem absurdum fuerit, hanc generalem descriptionem & clausulam restringere ad alteram speciem tantum, quæ præsertim longe angustiores habet fines quam altera. Quod si huic quoque accommodare velis, non debet intelligi de ultima condemnatione graviori, ut inconsulte quidam putant, sed ad sententiam primam & arbitrium judicis. Utcunque enim quod principaliter petitur, non permittatur arbitrio judicis, tenetur enim judex, verbi causa in rei vindicatione, jubere ut res restituatur, possunt tamen multa intervenire, quæ desiderant officium, & arbitrium ex æquo & bono interponendum veluti circa fructus, aut si res post moram perierit, *l. item si 37. in fin.* & circa alia.

Quod attinet exempla hic proposita, singula accurate explicavimus, *d. disputat. 9.* & inprimis (quod ingens habet dubium) quo sensu noxalis actio arbitraria appelletur, & ibidem alias quoque actiones præter hic enumeratas, produximus; esse enim plures: nec omnes species hic à Justiniano relatas esse, apparet ex *vers. in his enim* illis verbis, *& aliis similib.* quibus tamen nimis abu-

tuntur Interpp. dum, omnes actiones in mundo, ut loquuntur, arbitrarias fieri posse statuunt, si judex aliquid jubeat fieri, cui non pareatur, quam opinionem eorum refert & sequitur *Iason hic num* 24. & 32. Et habet vero quoque actio naturam suam; & formam à jure definitam extra quam judex nihil potest. Et nisi formulæ ea inserta verba fuissent, quæ supra retulimus, *nisi arbitratu tuo satisfiat, condemna*, non poterat judex condemnationi finali jussum, aut arbitrium præmittere: itaq; certæ tantum actiones erant, in quibus ejusmodi formulam prætor dabat.

2 Illud non est † expeditum, qua in re differant bonæ fidei judicia ab arbitrariis: cum constet in illis quoque in litem jurari; itaque necessum est & hic quoque dolum & contumaciam præcessisse, citra quæ in litem non juratur. Conatus sum hanc rem explicare in *d. disputat. 7. de actionibus thes.* 32. Vulgo Doctor. hanc rationem differentiæ reddunt, quod officium judicis bonæ fidei actionibus sit naturale & intrinsecum, & quasi essentiale: Sed actionibus arbitrariis extrinsecum sit, & accidentale: & quod resideat in persona solajudicis, & quod (quæ tamen posterior non est communior sententia) in arbitrio ejus libero sit, ita statuere jubere, vel condemnare. Sed sane posterius hoc, à plerisque improbatur, & recte; siquidem omnino necesse habet judex, ut juxta formulam rem petitam jubeat restitui, & reum non parentem, in gravius aliquid, & à priori diversum, & id quoque à jure præscriptum & definitum condemnet. Sed quod ad prius, cum constet, insertum istud formulæ fuisse, *Nisi arbitrio tuo satisfiat, condemna* necesse est, ut potestate actionis & formulæ ista judex fecerit. Hactenus ego sane video & admitto differentiam, quod v.c. ut in usuras ex mora fructus & alia condemnet judex ex æquo & bono, pure & simpliciciter inest actionibus bonæ fidei; Sed hic in arbitrariis, ut judex condemnet, inest, sub conditione, si reus non satisfaciat; itaque ubi reus satisfaciat; ut plerumque fieri solet, cessat ista pars officii judicis. Sed simul hic observandus alius Dd. error; quod in arbitrariis actionibus officium judicis, non tam pertinet, imo magis non pertinet ad finalem condemnationem, quæ ob contumaciam irrogatur, ut ipsi putant, dum accidentale appellant hoc officium judicis, sed ad jussum & arbitrium prius, quo æstimat judex quomodo satisfaciendum sit actori, ut est in *fin. h. §.* & cui, si non satisfaciat reus, demum condemnatur finaliter, ut aperte habetur in *princip. h. §.* Hottomann. has differentias tradit arbitrariarum & bonæ fidei actionem. Primam, quod in bonæ fidei judiciis ideo fuerit data libera potestas judici, quod id æque utriusque interesset, cum uterque invicem obligatus esset, sed arbitrariæ actiones, aut ex possessione, aut obligatione unius tantum nascuntur. Atqui jam supra abunde probavimus, falsum esse quod bonæ fidei actiones tantum nascuntur ex utrinque contractu obligatorio; neque hoc differentiam veram constituere potest, an unius causa an utriusque ea potestas judici detur; tum & insubtiliter dicitur, quod ex possessione nascatur actio arbitraria, & imò falsum hoc est, sed ex jure dominii, aut pignoris, aut ex delicto &c. nascuntur. Altera Hottomanni differentia est, quod in actionibus bonæ fidei inseratur formula ex *fide bona*, sed in arbitrariis, *neque ea res arbitrio tuo restituatur, &c.* Verum hæc differentia tantum est in verbis; & ostendimus antea, re ipsa etiam hoc comprehensum fuisse in formula actionum bonæ fidei; quoniam & hic judex reum, qui non restituebat rem commodatam depositam, &c. condemnabat quanti actor in litem juraſſet. Tertia est, quod actiones bonæ fidei sint tantum in personam, sed arbitrariæ & in rem, & in personam. Verum constat qua in re differant actiones in rem; & in personam: at quin ita intelligere non licet, quid & in quo differant hic actiones bonæ fidei, & actiones arbitrariæ in personam. Ergo totum istud ineptum est. Quartam denique affert, quod actiones bonæ fidei oriantur, vel ex contractu, vel ex contractus quadam similitudine; se arbitrariæ ex genere & similitudine quadam delicti. Ubi primum non satintelligo, quid sibi velit per similitudinem contractus; nisi forte, quasi contractum, veluti, negotiorum administrationem & gestionem pupilli, aut alterius, unde actio neg. gest & tutelæ.

Tum porro metus, dolus & delictum servi utique vera delicta sunt, ex quibus arbitrariæ actiones nascuntur; reliquæ autem sunt nullo modo ex delicto. Et ab efficiente hac causa non potest sumi actionum vera distinctio. Et proinde tota ista disputatio Hottomanni inepta est, addamus & cetera Hottomann. in quibus peccat. Ait omnes actiones esse arbitrarias, in quibus judici potestas judicii dissolvendi permittitur: & adducit pro exemplo actionem funerariam. Ego vero solide ostendi *disputat. 6. de action. bon. fid. thes. 7.* quod hæc actio sit species negotiorum gestorum, & ob id bonæ fidei. Hinc alterum exemplum proponit condictionis indebiti, quia dicatur esse ex æ-

quo

quo & bono *l.66 de condict. indeb.* Sed inepta consequentia est: nam & cæteræ conditiones, *causa data, sine causa, &c.* sunt ex æquo & bono, id est, æquitas sua sit has actiones concedi, sed non propterea, aut arbitrariæ, aut bonæ fidei, sed stricti juris sunt. Sed gravius errat Hottomann. in redditione rationis specialia, quoniam reus ante sententiam satisfaciens absolvatur. Hoc enim modo omnes actiones erunt arbitrariæ, siquidem istud generale est, *§ ult. inf. de perp. & temp. act.*

3 Denique hic † adnotare libet, quod tractant Doctor. an actiones arbitrariæ constituant tertium genus actionum præter eas duas, quæ proponuntur in *§ actionum 28. de actionibus.* Et communiter placuit esse eas stricti juris; quoniam divisionem propositam in *d. § actionum*, 28 putant esse generalem, & in ea omnes actiones bonæ fidei enumerari, de quo etiam diximus sub initium, *disput. 7. de actionibus.* Ubi etiam probavimus, eam divisionem esse non primam; sed subdivisionem actionum in personam, & eorum quidem quæ oriuntur ex conventionibus; quod & sup. attigimus. Cui consequens est, arbitrarias actiones ad illam divisionem non pertinere, quippe quæ sunt vel in rem vel ex delicto: præter alteram illam speciem actionis arbitrariæ, quæ est *de eo quod cert. loco*, quæ utique est stricti juris, sed alibi quia agitur, fit arbitraria. Postremo quod Just. simpliciter h. §. actionem quod metus causa, refert ad actiones in personam, recte fit, si originem ejus consideremus? cæteroquin est ea in rem scripta, & quatenus contra tertium etiam possessorem datur, qui metum non intulit, sane non personalis, sed realis actionis naturam imitatur.

TEXTUS.

28. Curare autem debet judex, ut omnino, quantum possibile ei sit, certæ pecuniæ vel rei sententiam ferat, etiam si de incerta quantitate apud eum factum est.

COMMENTARIUS.

1. *Libello posse peti incertum & præcipue ubi factum fuit in obligatione.*
2. *Sententia debet esse certa.*

HUnc textum cum præcedd. §§. conjungit Hottomannus, quod & veteres quosdam feciſſe refert *Iason ad de§. praced. n.4.* Et sane in arbitraria actione de eo quod certo loco incertum peti videtur, & quadantenus in actionibus bonæ fidei: in cæteris quoque arbitrariis actionibus cum permittatur judici, ut æstimet, quomodo satisfieri oporteat actori, non omnino certa tota petitio videtur ut non immerito quasi pro colophone post tractatum de actionibus bonæ fidei & arbitrariis, hoc admonere voluerit Justinianus, utcunque incertum sit in petitione; tamen judicem certum in sententiam deducere debere: sed tamen cum etiam sint stricti juris actiones, in quibus incertum petitur, veluti conditio incerti exstipulatur, si factum aut aliud quid non certum promissum sit, juxta *l 75. de verb. oblig.* non male dicemus, post propositas varias divisiones actionum, Justinianum pro informando judice hoc adjicere voluisse, quomodo sententia sit ab eo ferenda. Et videamus igitur in genere: Duo sunt, quæ docentur hoc § 1. Quod etiam † incertum in bello peti possit: 1 siquidem ait Justinian. licet incertum petitum sit, tamen debere sententiam esse certam, Et ait Justin. licet de incerta *quantitate* actum sit: ut ostendat, licet de quantitate adjudicanda agatur, tamen adhuc posse incertam petitionem esse: Cæteroquin longe pluribus modis dicitur incertum peti, ut apparet *ex l. 75. de verb. oblig.* nam & ubi homo in genere debetur, & ubi duo vel plura alternative debentur, incertum in obligatione esse dicitur. Et adeo ubicunque utimur conditione incerti, potest petitio esse incerta, quæ scilicet instituenda est juxta conditionem obligationis. Et dubitari tamen possit, an ita hic sumatur incertum ut *in d. l. ubi 75. de verb. oblig.* in qua distinctio certi & incerti eo pertinet, ut sciatur, utrum conditione certi an incerti aliquis debeat experiri: cæteroquin latius accepto verbo possit dici certum petere, qui promissum fundum sine propria appellatione, aut in genere hominem, aut Stichum vel decem sibi dari petit: & existimare quis hoc argumento possit, *certum* latius in hoc §. accipi, quod Justinianus solius quantitatis, nominatim facit mentionē. Utcunque sit, constat petitionem incertam admitti in judiciis universalibus veluti in hæreditatis petitione: itemque in iis quæ in specie appellantur à Dd. generalia, (de quo diximus *disput. 2. de action. th. 16.*) vel ut in judicio, neg. gest. mandati generalis, tutelæ &c. quod post Dd. notat *Iason hic n.10.* qui idem notat *n.12.* quod incerta petitio admittatur quo ad accessiones, veluti, fructus, impensas &c. Principalis casus est, quo locus relictus est petitioni incertæ, si factum sit in obligatione, in cujus locum interesse succedit, quod cum æstimetur à judice

§. *ult. sup. de verb. obl.* consequens id non esse definiendum à parte aut frustra definiri: eaque est communis sententia Interpp. quas refert & sequitur *Jason hic num.* 11. & 57. Ultra montani tamen ut ibidem refert Jason. putarunt interesse, quod petitur principaliter, certificandum esse ab actore in libello, ubi de facto præterito quæritur, quod utique certum est in natura: pro quibus etiam facit, *l. stipulationes* 72. *in fin. pr. de V. O.* ubi ex causa obligationum faciendi dicitur pecunia peti, & insuper additur petitionem esse dandam *justa* vel ut alii Codices habent, juxta æstimationem facti. Et in libello quoque æstimatur injuria, quæ tamen æstimatio potest moderari per judicem. Quod autem iidem adducunt, teste *Bart. in d. l.* 72. *num.* 45. sententiam debere esse conformem libello, ex paulo inferius dictis ineptum esse apparebit. Et prima quoque ratio nullius est momenti, quoniam utcunque facta præterita sint certa, attamen æstimatio eorum est incerta: & eorum æstimatio non est penes partem, sed penes judicem *d. §. ult. de verb. oblig.* Sed neque de facto quæritur, sed imo ideo ad interesse agitur, quoniam id quod convenit, factum non est: &, qua ratione utitur *Bart. dicto loco*, quam inconvincibilem *Jas. d. num.* 57. appellat, ubi declaratio incertitudinis non est in potestate actoris, non necessum est, certam esse petitionem: potest quidem actor dicere tanti sua interesse: sed cum judex hanc taxationem sequi non teneatur, nec debet actor adstringi necessitate exprimendi illam quantitatem. Itaque non dubito esse veram Bartoli sententiam, quod possit quidem actor petere quanti sua interfit, factum id esse quod convenit, sed quod id facere non teneatur, verum quod etiam procedat libellus in quo simpliciter petitum interesse committitur arbitrio judicis: pro quo etiam facit *l.* 3. *in fin. C. de inutil. stipulat. & l. ult. in fin. si quis in jus voc. non ier.* facit etiam vere ex ratione juris inconvincibilis ratio, quod ex obligatione faciendi competit condictio incerti ad interesse, quæ cum ab objecto ita dicatur; utique si quantitas certa exprimenda esset, non incerti, sed certi condictio esset & diceretur. Qua in re nimis aperte labuntur Dd. & sibi contradicunt, dum statuunt, interesse cujus quantitas nulla est expressa in libello, tamen peti condictione certi: cum tamen ita ab objecto & eo quod petitur condictio certi & incerti appelletur. Et ita fieret ut omnino necessum esset summam certam in libello expressam, & quod interest, ab actore æstimatum esse, & inepti sunt, dum sufficere putant, quod in processu certificatur interesse, cum præsertim id demum fiat per sententiam: Et nos illam Dd. sententiam confutavimus *ad Treutl. part.* 2. *de re judic. & in exercit. ad Fabr. decad.* 83. *cap.* 4. *& de actionib. disp.* 4. *thes.* 10. Quod autem attinet ad *d. l.* 72. *in fin. pr. de verb. oblig.* scopus JCti est, docere: quod hactenus obligatio faciendi dividua quodammodo sit aut fiat, quatenus effecti ob non præstitum factum ad interesse & ita ad pecuniam, quæ est dividua, agitur: & jam diximus, posse peti etiam certam summam quam actor exet ipse, sed id sane necesse non esse. Extra casus prædictos libellus debet continere petitionem certam, ad quod adducuntur textus *in l. si rem* 6. *de rei vind. l.* 1. §. *si quis* 40. *depos. l. prator* 7. *in pr. & §* 4. *de injur. l. in actione* 19. *de furt. cum similibus.*

Atque hoc primum est, quod hoc §. tractatur. Alterum est, quod licet petitum sit incertum: tamen judex certam sententiam ferre debeat, si modo possibile sit, atq; ita innuitur, † sententiam aliquando posse esse incertam. Ratio, cur sententia, quantum fieri potest, certa esse debeat, perspicua est, quod alias controversia non finiretur, sed novo & alio judicio opus esset, & ita lis ex lite nasceretur. Itaque etiam incerta petitio, juxta hunc §. per sententiam determinari, & ad aliquid certum reus condemnari debet. Ubi inepte objicitur, quod sententia debeat esse conformis libello: Tunc enim non est conformis, quando extra illud quod petitum est fertur sententia, non cum quod petitum est, v.c. sine certa quantitate determinatur. Et recte Jason hic *num.* 27. si, inquit, actor simpliciter petat interesse, & judex declaret certam quantitatem, sententia non difformis, sed conformis est libello, ubi illa Dd. limitatio certam rationem habet, quod in criminalibus non sit necesse, ut sententia libello sit conformis: quoniam in his judiciis nõ de eo quod agentis, sed quod Reipub. interest, tractatur, & judex sequitur quod Lex in delictum cõmissum statuit, itaq; ut cõmuniter quoq; traditur, nec conclusione opus est, quinimo valet sententia, licet pœna in sententia expressa non sit *per text. in l.* 1. §. 4. *ad SC. Turpill.* Sententia autem dicitur certa vel in se & simpliciter: vel per relationem, verbi causa ad aliquod instrumentum, in quo expressa est res aut quantitas, & hoc sive extrajudiciale, ut *in l.* 5. §. 1. *de re judic.* sive judiciale, velut libellum: Ex quo valet hæc sententia, solve quod petitum est *l. in sententiis* 59. §. 1. *de re judic.* Sed quid si dixerit judex, solve quod debes? Et non valere sententiam, respondet JCtus *in l. quid tamen* 21. §. *Pomponius* 3. *de recept. arb.* neque enim hic differentia inter sententiam judicis & arbi-

& arbitri ſtatui poteſt. Et tamen eo non obſtante communiter ſtatuunt Dd. celari à *Iaſone* (qui & ipſe hoc probat, *n. 36. & Zaſius in d. l. 5. de re jud.* ſi in actis probatoriis, verbi cauſa, depoſitione teſtium, aut inſtrumentis, ſit expreſſa certa quantitas, valere ſententiam: quæ opinio non alia ratione defendi poteſt, quam quod judex videatur ſe retuliſſe ad illa acta probatoria & iis fidem habuiſſe. Sed profecto difficile eſt, & audax factum, ita reſtringere textum indefinite loquentem, & inducere vel potius comminiſci relationem, quæ nulla eſt. Et merito huic opinioni objicit Faber, quod probationes utplurimum ſint dubiæ, & in quibus aliquid deſiderari poſſit, & quibus utique Reus contradicit, & ea non ſufficientia eſſe contendit, ut hic quoque militet ratio, qua Dd. probant, ſententiam eſſe hoc caſu nullam, ſi tantum ex actis aſſertoriis, veluti libello, poſitionibus &c. de certa quantitate conſtet, quod illa à parte adverſa negentur & iis contradicatur. Equidem arbitrarii judicis eſt, quantum ſit, tribuendum probationib. arg. *l. 3. §. 2. de teſtib.* ut poſſit exiſtimari judex, qui eo modo pronuntiat, acta approbaſſe. Sed enim poſſit etiam exiſtimari fidem habuiſſe petitioni actoris, & intellexiſſe ſummam petitam libello, & ita etiam ſententia poſſit defendi, *ſolve quod debes*, licet in probatoriis actis, de quantitate nihil appareat: & ita plane eludetur reſponſum JCti *in d. l. 21. §. 3. de recept. arbitr.* Neque quod *ex d. l. 3. §. 2. de teſtibus* probatur, etiam eo produci debet, ut incerta validetur ſententia. Itaque tutius ego crediderim ſequi eum textum *in d. l. 21.* & cum Joh. Fabro reſpondere contra Dd. hanc ſententiam, *ſolve quod debes.* eſſe nullam. Sed, ut poſtremum quod ſupereſt ad hunc §. addamus, quinam ſunt illi caſus, quibus etiam valet & ſuſtinetur incerta ſententia, id eſt, in quam certa res aut qualitas non eſt deducta. Gloſſ. hic refert petitionem hæreditatis, itemque actiones quibus homo in genere, aut quibus plura alternative petuntur: electio enim nec per ſententiam debitori adimi debet. Quod autem Accurſ. addit actionem noxalem, merito ab Interpp. reprehenditur, quoniam facultas dedendi noxæ eſt à Lege *l. miles 6. §. 1. de re jud.*

TEXTUS.

29. Si quis agens intentione ſua plus complexus fuerit, quam ad eum pertineat, cauſa cadebat, id eſt, rem amittebat: nec faciliter reſtituebatur in integrum à prætore, niſi minor erat viginti quinque annis: Huic enim ſicut in cauſis aliis, cauſa cognita ſuccurrebatur, ſi lapſus juventute fuerat: ita & in cauſa hac ſuccurri ſolitum erat. Sane ſi tam magna cauſa juſti erroris interveniebat, ut etiam conſtantiſſimus quiſque poſſet labi, etiam majori 25. annis ſuccurrebatur: veluti ſi quis totum legatum petierit, poſt deinde codicilli fuerint prolati, quibus aut pars legati adempta ſit, aut quibuſdam aliis legata ſint: quæ efficiebant, ut plus petiiſſe videretur petitor quam quadrantem: atque ideo lege Falcidia legata minuebantur.

COMMENTARIUS.

IN *§. præced.* monuit Juſtinianus judicem, quomodo ſententia ferenda, hic informat actorem (eo enim id pertinet) quomodo actio inſtituenda & libellus formandus ſit. Et principale eſt, ut petatur quod debetur & quomodo debetur: & non plus quam debetur, nec aliud, quam debetur, nec ex falſa cauſa. In quibus conſiſtunt errata petitionis libelli, quorum tamen non idem eſt periculum & quaſi pœna, nec eadem jure veteri & novo ubique ratio. Et ait Juſtin. *inpr. h. §.* Si quis plus petierit eum cauſa cecidiſſe, quod, ſimul & rationem ejus rei ad §. *ſeq.* exponemus. Hæc ratio juris erat, ut cauſa caderet: à qua aliquando diſcedebat prætor: non equidem directo ut jus hoc mutaret, ſed ut in cauſis ſingularibus aliquando læſis ſuccurreret, & eos in integrum reſtitueret, idque tum ob perſonæ, tum ob cauſæ & erroris qualitatem. Illud ſi minor eſſet, qui plus petierat, cui actionem ipſo jure amiſſam reſtituebat prætor *h. §. verſ. niſi minor*, ubi etiam redditur cauſa, Hoc, ſi juſtiſſimus fuerit error, vel juſtiſſima errandi cauſa, propter quam ſcire non potuit actor quantum ſibi deberetur, & ſimul juſtiſſimam habuit cauſam credendi tantum ſibi deberi, quantum petivit, quod illuſtrat exemplo ſatis perſpicuo *in fin. §.* ſi cui teſtamento legata ſint centum, & codicillis adempta viginti: Si necdum productis codicillis ex teſtamento centum petat, ignoſci tam juſto errori debet.

ri debet. Idem eſt ſi ignorans pluribus eſſe legatum & ultra dodrantem, legatum integrum petierit, quod per L. Falcidiam erat imminuendum, imo ipſo jure minutum (de quo alibi,) ut etiam hic locus probat, cæteroquin non diceretur plus petere legatarius: quæ cum ratio ſit plus petitionis, propterea rectius *in fin.* §. pro *atque ideo.* legeretur, *ideo quod,* idque Hottom hic obſervavit. Facitiorem hic Claudium fuiſſe ſcribit *Sueton. c.* 14. Iis inquit, qui apud privatos judices, plus petendo, formula excidiſſent, reſtituit actiones.

TEXTUS.

30. Plus autem quatuor modis petitur: re, tempore, loco & cauſa. Re, veluti ſi quis pro decem aureis, qui ei debebantur, viginti petierit: aut is cujus ex parte res eſt, totam eam vel majorem partem ſuam eſſe intenderit. Tempore: veluti ſi quis ante diem vel ante conditionem petierit. Qua enim ratione qui tardius ſolvit, quam ſolvere deberet, minus ſolvere intelligitur: eadem ratione qui præmature petit plus petere videtur. Loco plus petitur: veluti cum quis id quod certo loco ſibi dari ſtipulatus eſt, petit loco alio, ſine commemoratione illius loci in quo ſibi dari ſtipulatus eſt: verbi gratia, ſi is qui ita ſtipulatus fuerit, Epheſi dare ſpondes? Romæ pure intendat, ſibi dari oportere. Ideo autem intelligitur plus petere: quia utilitatem, quam haberet promiſſor, ſi Epheſi ſolveret, adimit ei pura intentione, propter quam cauſam alio loco petenti proponitur arbitraria actio in qua ſcilicet ratio habetur utilitatis, quæ promiſſori fuiſſet competitura, ſi illo loco ſolveret, quo ſe ſoluturum ſpopondit. Quo utilitas plerumq; in mercibus maxima invenitur, veluti frumento, vino, oleo, quæ diverſa per ſingulas regiones habent pretia. Sed & numeratæ pecuniæ non omnibus regionibus ſub eisdem uſuris fœnerantur. Si tamen Epheſi quis petat, id eſt, eo loco petat, quo ut ſibi detur, ſtipulatus eſt, pura actione recte agit, idque etiam prætor monſtrat, ſcilicet quia ſalva eſt promiſſori ſolvendi utilitas. Huic autem qui loco plus petere intelligitur, proximus eſt is, qui cauſa plus petiti: ut ecce ſi quis ita à te ſtipuletur: hominem Stichum aut decem aureos dare ſpondes? deinde alterum petat, veluti hominem tantum, vel decem aureos tantum. Ideo autem intelligitur plus petere, quia in eo genere ſtipulationis promiſſoris eſt electio, utrumque pecuniam, an hominem ſolvere malit: qui igitur pecuniam tantum, vel tantum hominem, ſibi dari oportere, intendit, electionem eripit adverſario: & eo modo ſuam conditionem quidem meliorem facit, adverſarii vero ſui deteriorẽ. Qua de cauſa in ea re talis prodita eſt actio, ut quis intendat, hominem Stichum aut decem aureos ſibi dari oportere, ut eodem modo peteret, quo ſtipulatus eſt. Præterea ſi quis hominem generaliter ſtipulatus ſit, & ſpecialiter Stichum petat: aut generaliter vinum ſtipulatus ſit, & ſpecialiter petat Campanum: aut generaliter purpuram ſtipulatus ſit, deinde petat ſpecialiter Tyriam, plus petere intelligitur: quia electionem adverſario tollit, cui liberum fuit ſtipulationis jure aliud ſolvere, quam quod peteretur. Quin etiam licet viliſſimum ſit, quod quis petat, nihilominus plus petere intelligitur: quia ſæpe accidit, ut promiſſori facilius ſit ſolvere illud, quod majoris pretii eſt.

COMMENTARIUS.

1. *Quare plus petens olim cauſa cecideri.*
2. *An incidat in pœnam plus petit. qui pedente conditione agit.*
3. *Ad l.* un in fin. Quand. dies uſus fruct. legat. ced.

4. *Ex.*

4. *Explicatus locus Ciceronis de plus petitione.*
5. *Lapsus Theophili.*

HÆc conjungere visum fuit, quæ continent quatuor species ejus quod plus dicitur, nec difficilis est hæc tractatio, modo causam intelligamus ob quam olim qui plus petebat, † causa 1. cadebat, & rem amittebat, *ut* §. *præced.* tradidit Justinianus: etenim in omnibus speciebus plus petitionis id ita obtinuisse dubitandum non est, v. c. si quis petiisset à prætore actionem ex mutuo pro centum, florenis, quos Titius sibi deberet, formulam prætor ita concipiebat: Si paret Titium debere centum judex condemna, Si postea judici pedaneo approbasset Titius non se centum, sed tantum LXXX. debere, judex cogebatur Titium absolvere, qui contra iterum institutam actionem defendebatur rei judicatæ exceptione: neq; scrupulositas formularum admisit, quod in aliis terminis scribitur *in l.* 1. §. 4. *de V. O.* in majori summa & minorem inesse, ut adeo qui centum petiit, etiam octuaginta petiisse intelligeretur. Sed sane illa quoque petiit, & si centum sibi adjudicentur, etiam LXXX habebit, sed quia plus petiit rigida ratio facit, ut nihil consequatur,

Eodem modo si juxta petitionẽ actoris formulam ita dedisset prætor, si paret Titium Calendis Majis debere centum: & Reus judicia approbâsset, sed debere ea demum Calendis Augusti, absolvendus per judicem erat. Eademq; in reliquis duabus speciebus plus petitionis ratio est; neq; plura addo, quod plenius de his *& ad Treutl. part.* 1. *disputat.* 4. *thes.* 13. *& Tractat. de Actionib. disputat.* 1. *thes.* 4. *& seqq.* explicavi. Saltem verba hujus textus perlustremus.

Re, tempore.] Re plus petere accipitur in specie, ut cæteris rectè opponatur: cæteroquin latius accepto verbo incipit in cæteras quoq; species, ut reapse quantitate plus petatur

Ante diem vel conditionem.] Equidem si ante diem plus petitur, † videtur etiã plus peti, ante 2
conditionem, cum hoc casu nec nata quidem sit actio, & necdum asserit dies, sed enim hæc ipsa ratio facit, ut revera plus petere non videatur, cui necdum quidquam debetur, sed tantum spes est debitum iri, & necdum obligatio nata sit, ut dictum sup. *in* §. *sub conditione de verbor. obligat.* Et omnino hoc, de conditione incaute videtur & male huc adjectum esse, & cum qui ante conditionem petebat, causa tota non cecidisse nec rem amisisse, & conditione postea existente recte iterum agere potuisse.

Ratio enim, cur rem amitteret, qui plus petiisset, hæc erat, ut diximus, quod Reus absolvebatur, & iterum agenti rei judicatæ exceptio obstabat: quam tum demum obstare constat, ubi actio eadem quæ ante, in judicium inducitur.

Atqui qui ante conditionem agit, cum necdum quidquam debeatur, nihil etiam in judicium deducit, itaque nec post existente conditione si agat, exceptione rei judicatæ repelli potest. Et omnino liquidum est, eum amisisse rem & causam, qui MALE egerat, & actionem ipso jure sibi competentem vitiose instituerat. At quin qui ante conditionem agit, non male agere, sed nihil & nulliter agere dicitur: idque confirmat elegans locus in
† *l. un. in fin. Quand. dies usufruct. leg ced.* Nimi- 3
rum alia legata vel aliorum legatorum dies statim cedit à morte testatoris, etiam ante aditam hæreditatem: secus est in usufructu legato, qui cum personalis sit nec transeat in heredem legatarii, ejus dies non statim, sed demũ ab adita hæreditate cedit *l.* 2. *& 3. Quand. dies leg. ced.* Ex quo *in d. l. unic.* §. *ultim.* infert JCtus, si is cui ususfructus legatus est, ante aditam hæreditatem, & ita antequam dies esset, agat, eum nihil agere: quoniam necdum nata actio est, quæ nascitur demum ubi cessit dies *l. cedere* 213. *de verbor. sign.* & subjicit, *quamvis alias qui ante diem agit, male agat.* Quibus verbis continetur ratio dubitandi, quod regulariter, qui ante diem agat, non nihil agat, sed male agat, sed ratio decidendi est, quod ut jam dixi, in obligationibus in diem ita se res habet, ut nata sit actio, & cesserit dies *d. l.* 213. *de verbor. signific.* ideoque qui ante agit, actionem quidem in judicium deducit, sed quia id ante tempus agit, male agit, & rem amittit. At quin usufructu legato, ante aditam hæreditatem, necdum cessit dies, nec adeo cum actio nata non sit, qui agit, male agere, sed nihil agere dicitur.

Quæ cum perspicua sint, & aperte Jurisconsultus ibi *nihil agere & male agere* inter se opponat, apparet omnino male à Goth. ibi particulã *quamvis* pro *quoniam* explicari: quomodo & sententia Jurisconsulti, & elegantia ejus loci plenissime corrumpitur. Recte vero Accurs. ibi hoc notavit, quod qui ante aditam hæred. usumfructum petit, nihil agat, quia ipso jure nullam habeat actionem: cum autem qui alias ante diem agit, habere quidem ipso jure actionem, sed quæ repellatur per exceptionem.

Hæc dicenda fuerunt, ut intelligeremus, incaute & male id de conditione insertum fuisse. Nec

satisfacit,imo insubtile est, quod Hottomann. affert,etiam hanc temeritatem actoris qui ante conditionem agit, coercendam fuisse. Etenim est & ea coercenda,sed adæquatis modis, de quibus *infra de pœn. tem. litig.* At quin ut hoc modo coerceatur per amissionem actionis, ratio juris non patitur.

Apparet autem ex jam dictis, quam egregie, ignorantia juris veteris labantur Interpp. qui scribunt exceptionem plus petitionis fuisse proponendam ante litis contestationem. Etenim ex ratione veteris juris litis contestatio etiam in jure apud prætorem fiebat,antequam ad judicem pedaneum iretur. Atquin,ut ostendimus,ratio ejus rei, cur actor qui plus petierat,causa caderet, in hoc unico posita erat, quod judex pedaneus, postea deprehendebat, allegante id apud eum Reo, aut non tantum, aut non jam debere reum, ut in formula comprehensum erat,necesse habebat absolvere reum.

Quod si actor cognito errore, vel reus apud prætorem allegasset non tantum debere, vel nec dum deberi, & hoc formulæ insertum fuisset, liberatus erat actor à periculo plus petitionis.

Idque evidenter & eleganter ostendit *Cicero* 1. *de oratore* † quem locum, quia ad hanc rem illustrandum mire facit, exscribere & explicare plenius non pigebit. Potesne, inquit,eos oratores, putare,quos bibens & stomachans expectavit Scævola, cum Hypsæus maxima voce plurimis verbis à M.Crasso prætore contenderet, ut ei quem defendebat, causa cadere liceret. Hæc Cicero. Nimirum non ita bardus Hypseus ille erat, ut expresse id contenderit, sed effectum rei respicit Cicero, quod Hypseus nomine actoris (nam & qui huic adest, defendere dicitur) plus peteret, quam per LL. licebat: id enim mox ipse ita explicat Cicero, defuit, inquit, illis juris civilis prudentia,quod alter (Hypseus nempe) plus, lege agendo petebat, quam quantum Lex in XII. Tabb.permiserat,quod cum impetrasset, causa caderet.

Ait *cum alter* (nam alterum adjunxerat exemplum,impetit patroni)qui cum Reo ex causa tutelæ in jus vocato,adesset,longa oratione,(sunt verba Ciceronis)recusavit,ne is pro quo ipse diceret, turpi tutelæ judicio, atque omni molestia stultitia adversarii liberetur.

Scilicet Idem hic jocus est, & itidem effectum respexit Cicero: neque enim palam patronus Rei petiit ut ne actor causa caderet, & ita ne cliens ipsius liberaretur, sedcum actor plus petiisset, patronus Re imperitia juris lapsus, contendit apud prætorem plus peti,& ita effecit,ut ne in plus formula conciperetur, & ita ne in pœnam plus petitionis actor caderet: statim enim Cicero subjicit: alter iniquum putabat, plus secum agi quam esset in actione, neque intelligebat, si ita esset actum, litem adversarium perditurum.

Qui locus adhæc quoq; norandus est,quod probat contra Hottom. evidenter judicio quoque bonæ fidei, cujusmodi est judicium tutelæ, plus peti posse.

Hæc de eo quod plus petitur quantitate apud Ciceronem.

Est apud eundem eodem loco exemplum de eo quod plus tempore petitur, in qua re alterius advocati stultitiam irridet. Homo inquit, ex numero disertorum, postulabat, ut illi, unde peteretur (qui scilicet ante diem conventus erat) vetus atq; usitata exceptio daretur, *cujus pecunia dies venisset*, quod petitionis causa comparatum esse non intelligebat, ut si ille inficiator probasset judici (scilicet pedaneo qui accepta formula cognescebat) ante petitam esse pecuniam, quam esset cœpta deberi,(effectu scilicet,nam ante diem pecuniam ipso jure debitam esse, sed necdum recte peti constat) petitor rursus cum peteret, ne exceptione excluderetur, quod ea res ante in iudicium non venisset, ut recte legitur, & male alii expungunt negationem: dum non intelligunt, Ciceronem respicere ad formam excipiendi, per modum conditionis,*si paret reum dare oportere nisi pactus sit*,vel *si non pactus sit condemna*. Ad hunc modum concipiebatur exceptio rei judicatæ: *Si paret reũ dare oportere si non prius ea res in judicium venit*: condemna. Ex quo fiebat, ut si citra illam clausulã actor petiisset ante diem, reo absoluto,post iterum petens, exceptione rei jud. submoveretur, quæ ratio,ob quam plus petens causa cadebat, ex isto Ciceronis loco aperte comprobatur.

Loco plus petitur.] Qui promisit se certo loco soluturum alio loco ipso iure non potest conveniri,quia hanc formam stipulatio accepit, ut notavimus *sup.ad § præterea h.t.* Et, si eo in loco agatur, actio pura & directa est, ut mox scribit Justinianus *in verf. si quis tamen*,sed accidit ut reus in locum illum venire impediatur, potest etiam fieri ut malitiose defugiat locum: itaque ne pereat stipulanti actio,permisit prætor alibi agere, sed cum commemoratione loci, & ut permittatur arbitrio judicis, quantum interest rei,in loco adiecto pecuniã

solvisse

ſolviſſe, ob quod arbitraria actio appellatur, *d. §. præterea. & h. text. verſ. propter.* Quod ſi quis extra locum ſimpliciter & pure egiſſet, cauſa cadebat, quoniam plus loco petebat: & in quo illud plus conſiſtat & quod adimatur reo utilitas loci, *h. text. verſ. ideo*, ſatis perſpicue explicat Juſtinianus hoc & in *verſ. qua utilitas*. Igitur extra locum utendum eſt actione arbitraria, non pura, quæ duo hæc inter ſe opponit Juſtin. ita ut putam explicet, quæ inſtituitur ſine commemoratione loci, quomodo & Theophil. hic, quod concisius dictum eſt, etenim haud dubie intelligit Juſtinianus, mentionem ita faciendam loci, ut ſimul arbitrium æſtimandi quantum debeatur, judici permittatur, ut cavillatio ea ſit Hottomanni, qui ita accipit Theophilum, quaſi exiſtimaſſet ſufficere ſimpliciter ita petere extra locum: *Ajo te mihi Epheſi* (ubi extra Epheſium agit,) *centum dari oportere*.

Huic proximus eſt, qui cauſa.] Quod Juſtinian. vocat cauſam, *Paul. 1. ſent.* 10. appellat qualitatem, & rectius ſane dicitur qualitas aut modus, ut docet *l. obl.* 44. *§. modus* 3, *de obl. & act.* ſed enim verbo *cauſa* varie utuntur, & non raro abutuntur JCti noſtri, ut *in d. l.* 44. *in pr.* Hujus plus petitionis, duo exempla aut ſpecies hic proponuntur. 1. Si qui ſtipulatus eſt alternative, decem aut hominem, alterutrum tantum petat: quoniam electio eſt debitoris *l. plerumque* 10. *§. ult. in fin. de jur. dot.* quæ ipſi hoc genere petendi adimitur, quantum quidem in actore eſt, ubi itaque reus probat judici ſe non hominem præciſe qui ſolus eſt in formula, debere, ſed alterutrum, utrum ipſe velit, abſolvitur à judice, & ita actor ex ratione ſupra dicta, rem amittit. Ex quo ultro patet, ſi quis ita ſit ſtipulatus decem aut hominem, ut ſibi electionem reſervaret, poſſe hunc alterutrum tantum petere *l. ubi 75. §. qui illud 8. de verb. obl.* Cæteroquin ſi electio ſit debitoris, debet petitio quoque eſſe alternativa *h. text. verſ. qua de cauſa*. Alterum exemplum eſt, ſi quis ſtipulatus in genere, hominem certum petat: cujus eſt eadem ratio: quoniam obligatio generalis & alternativa conveniunt in hoc, quod electio eſt debitoris: & qui in genere debet hominem, quem velit ipſi ſolvendo liberatur *l. 4. de trit. vin. leg.* itaque qui hominem certum petit, electionis utilitatem adimi Reo, & ob id plus petere dicitur. Plus autem hac in re æſtimatur non tantum ex valore & æſtimatione, ſed etiam ex facilitate ſolvendi, & quod addo, ex affectione debitoris. Quid enim ſi hominem ſtipulatus petat filium naturalem debitoris? Et ad prius illud pertinet, quod in extremo hujus textus ſcribit Juſtinian. licet illud quod petit actor vilius, vel imo ſit viliſſimum, tamen intelligi plus peti, quia forte facilius ſit ſolvere illud, quod eſt majoris pretii. Et huc refert Theophil. quod de vino Campano petito ſcribit hoc loco Juſtinianus, quod ipſe peſſimum vinum eſſe ait. Sed turpiter lapſus † eſt: quoniam imo in *præcedd.* ante *verſ. ultim. quin etiam*, quem declarationis loco adjecit, exempla proponere voluit Juſtinian. quibus in ipſa æſtimatione plus ea: cæteroquin inepte demum poſt eam declarationem adjeciſſet: tum etiam refutatur altero exemplo purpuræ Tyriæ, quæ precioſiſſima fuit, ut intelligere licet ex *Plinio 5. cap. 19. & 21. cap. 8.* & ridiculus eſſet, qui ſimpliciter agens de plus petitione, proponere exempla petitæ rei vilioris. Denique ipſa rei veritate confutatur, quod conſtat Campanum vinum in optimis habitum, ut apparet ex *Plin. l. 3. c. 5.* & quod *Florus lib. 1.* in Campania ait eſſe amictos vitib. mõtes, Gaurum, Maſſicum, Falernum, quæ vina notiſſimis etiam poetarum & in primis Horatii verſibus ſunt laudata, & quis neſcit, celebratiſſimam tota Italia fuiſſe campaniæ oram. Sed cur *in verſ. huic autem*, ei qui loco plus petit, dicitur proximus eſſe qui cauſa plus petit? An reſpectu ordinis, qui in pr. §. proponitur: an quod utrobique utilitas adimitur directo, illic loci, hic cauſæ vel qualitatis?

TEXTUS.

31. Sed hæc quidem ante in uſu fuerant: poſt ea vero Lex Zenonis & noſtra rem coarctavit. Et ſiquidem tempore plus fuerit petitum quid ſtatui oporteat Zenonis divæ memoriæ loquitur conſtitutio. Sin autem quantitate, vel alio modo plus fuerit petitum, in omne, ſi quod forte damnum ex cauſa hac acciderit ei, contra quem plus petitum fuerit, commiſſa tripli condemnatione, ſicut ſupra diximus, puniatur.

COMMENTARIUS.

DIximus cauſam, ob quam plus petens cauſa olim cadebat, fuiſſe à ratione formulæ quam dabat prætor, & quam judex quo ad rem, aut ſummam petitam, vel modum ſequi neceſſe habe-

Digitized

bat, & si deprehendebat actorem in eo peccasse, absolvere reum. Itaque mutata ea ratione procedendi, non immerito pœna plus petitionis cessavit. Et fuit tamen hæc ratio mera juris subtilis & positivi. Ceteroquin potuisset etiam salva actione, quam actor male instituit, reus ab instanti absolvi, stante illa ratione procedendi. Et rursus sublata quoque ea potuit disponi, ut qui plus petierat causa caderet. Et sane id fateri oportebit, si usque ad Zenonem ea pœna plus petitionis duravit; quoniam jam longe ante Zenonis tempora desierunt judicis cum formulis istis veteribus dari, salva tamen manente pœna juris veteris super plus petitione. Displicuisse id Zenoni & mutatum fuisse si quis plus tempore petisset, docet *hic §. & § temporales 10. infr. de exceptionibus & l. 2. Codic. de plus petit.* (quæ tamen à Neotericis demum restituta est, de qua Cujac. 12. *obs.* 12.) Quæ Zenonis constitutio non extat; nam quæ sub ejus nomine exstat in novis editionibus, in *l. 1. Cod. de plus petit.* epitome tantum est. quam ex Basilicis eruit Cujacius 12. *obs.* 21. Mirum autem sit, si pœnam veterem plus petitionis in statu suo reliquit, si quis plus re, loco aut causa petisset, imo plane id improbabile est, utcunque id affirmet Cujacius d. loco. Minus enim videtur peccare, qui causa plus petit, quam qui tempore; & procul dubio nimis, illa subtilis ratio juris displicuit Zenoni, & pœna vetus amissionis causæ, æquo gravior ei visa fuit; ut vero simile sit, pœnam plus petitionis in totum per eam abrogatam fuisse: quamvis sane alio vocet, quod Justin. dum hac de re tractat, tantum meminit plus petitionis tempore: quod ego quidem in medium relinquo, cum nihil certi affirmare possim. De pœna tripli in sportulis si actor plus petierit, ut reus majores sportulas solvere cogeretur. dictum est in §. *tripli sup. h. t.* ubi diximus id procedere, ubi sciens prudens id egit actor; ut hic quoque mitius cum eo agi appareat; nam olim etiam erroris hanc pœnam fuisse, ut actor causa caderet, quæ hactenus diximus evidenter ostendunt. Hic autem §. docet, non tantum pro sportulis esse eam in triplum actionem, sed pro omni damno, quod reus passus est, ob vitiosam petitionem: nec tantum si plus Repetitum fuerit sed etiam, si loco & causa. Quod si pœnam illam tripli restringimus ad fraudulentam petitionem, illud utique admittendum erit, quod qui citra dolum id fecit, ad simplum restituendum teneatur. De pœna ejus, qui plus petiit, ex constitutione Zenonis, pluribus tractat Justin. in *d. §. 10. infr. de exceptionibus.*

TEXTUS.

32. Si minus intentione sua complexus actor fuerit, quam ad eum pertineat: veluti si cum ei decem aurei deberentur, quinque sibi dari oportere intenderit: aut si cum totus fundus ejus esset, partem dimidiam suam esse petierit; sine periculo agit; in reliquum n. nihilominus judex adversarium eodem judicio ei condemnat, ex divæ memoriæ Zenonis constitutione. Si quis aliud pro alio intenderit, cum nihil periclitari, placet, sed in eodem judicio cognita veritate errorem suum corrigere ei permittitur, veluti si is, qui hominem Stichum petere debebat, Erotem petierit, aut si quis ex testamento dari sibi oportere intenderit, quod debebatur ex stipulatu.

COMMENTARIUS.

1. *Quomodo* eodem *judicio possit condemnari reus, juxta hunc §.*

QUod minus peti dixerat mox explicat tantum de eo qui minus re vel quantitate petiit; quod exempli quidem causa tãtum dictum accipi possit, sed revera ita est, ut hæc una sit species minus petitionis. Nam nec loco nec causa minus peti potest, & licet, qui post tempus elapsum petit, eo respectu minus peti videri possit, quod si ante & suo tempore petisset, commodum & utilitatem ex re soluta percipere potuisset, tamen eo respectu non censetur petisse minus, ut amplius petere possit; Utique quo ad ipsum illud quod debetur; Ceteroquin sane ex mora debentur usuræ, itaque sicut qui tardius solvit tenetur ad usuras, ita &, qui tardius petit, consequitur usuras; petere enim hic intelligimus, instituto judicio petere, mora autem per interpellationem quoque extrajudicialem contrahitur: sed & aliquot sunt casus, quibus citra interpellationem ex Re, & solo tempore tardæ solutionis mora contrahitur, & usuræ debentur. Sed ut de casu hujus §. agamus liquidum

id est

id est; sine periculo minus petit; nam & cuilibet liberum est, actionem dividere, & partem petere salva actione quod ad alteram partem; idemque est, si per errorem partem tantum petierit; cessat enim hic ratio, quæ inducebat effectum eum, ut plus petens causa caderet; quia ut maxime, quo ad eam partem absolutus fuisset reus, aliam tamen partem petendi actori, non poterat obstare exceptio rei judicatæ, cui locus non est, nisi ubi idem in judicium deducatur. Sed illud observandum, quod ait Justinianus, quod licet † quis minus petierit, vid. per errorem, tamen judex adversarium condemnet in solidum *eodem* judicio. Cum enim judex non possit divinare, præsupponi utique oportet, quod actor cognito errore totū sibi adjudicari petierit & ita petitionem libellumque mutaverit. Hac in re vulgo Dd. laborant, quibus communissime placuit, post litem contestatam libellum in essentialibus (essentialis autem pars est libelli res ipsa petita) mutari non posse. Itaque aliqui ad tempus litis necdum contestatæ hunc §. restringunt; (quod non patitur generalitas textus) alii cū Accursio *eodem judicio* explicant, ut sit, coram eodem judice, eodemque actore & Reo. Et nimirum illud certum est jure veteri cum adhuc darentur judices, coram eodem judice istam mutationem fieri non potuisse: nec judicem ita datum, *pares Cajum decem debere, condemnare*: in viginti cōdemnare potuisse; Sed novo judicio & nova interpellatione & formula pro residuis quorum opus fuisset, ex certissima ratione, quod judex extra formulam nō poterat judicare, & per textum in *l. non potest* 23. *de judicat.* Idque & magis in specie seq. si quis aliud pro alio, & ex falsa causa petiisset; nam & res petita, & causa petendi formulæ inserebatur. Id postea mutato jure veteri, postquam ipsi magistratus ceperunt judicare, & ipsum non immerito sublatum fuit, & per quandam consequentiam; quorsum enim opus sit nova interpellatione speciali, cum hic ipse magistratus, qui aditus est super parte, necessario & ipse de altera parte judicare debeat. Sed illud saltem dubium est; quomodo possit censeri idem judicium, ubi nova est petitio, & res alia & consequenter alia quoque litis contestatio: (Etenim haud dubie sententia est hujus §. quod etiam post litis contestationem error mutari possit) quæ dubitatio augetur in casu, qui sequitur *h. textu*, si quis aliud pro alio petierit, vel falsa causa, posse eum eodem judicio errorem mutare. Utique enim ubi quis petiit hominem, postea bovem petit, aut pecuniam, nova responsione rei opus est, & contradictione. Justinianus hoc acceptum refert constitutioni Zenonis, ex qua, nisi periisset, certius hac de re statuere possemus: haud dubie sane hanc potestatem Legislator judici facere potest: Sed mutare naturam rerum non potest, si rem subtilius tractamus, si, quod res ipsa loquitur ex nova litis contestatione & nova petitione, judicium proprie acceptum variari & mutari dicimus; quoniam ex his quoque constituitur judicium, &, si haud dubie revera nova petitio est, ubi quis pro Sticho petito jam æquum petit, aut aliam causam petendi proponit, &c. fieri non potest, ut idem omnino sit & maneat judicium. Sed nimirum paulo latius verba *eodem judicio* accepit Justinianus, & quoniam citra interruptionem eadem tractatio continuatur, & petitio item eq; contradictio secuta in locum præcedentis subrogantur, eodem judicio id fieri non male dixit. Et ita si subtiliter consideramus identitatem, vel duplicitatem judicii, vera est Dd. sententia quod post litem cont. salvo eodem judicio libellus mutari non possit. Sed falluntur, si dimittendum & de novo citandum reum arbitrantur: id tamen forte ei petenti dandum est, ut à priori petitione absolvatur; quod tamen minime necessarium crediderim.

Explicatio autem Accursii, paulo ante relata, *eodem judicio* pro *eodem judice* huic loco accommodari non potest, quoniam ait Justinian. quod judex adversarium eodem judicio condemnet; & non tantum, quod judex idem est, sed & alia faciunt, ut eodem judicio res peragi videatur. Videntur insuper duo novi *hoc textu* notandi. Primus, quod Justinian. cum dixisset, eum, qui minus petat, sine periculo agere, subjicit pro ratione, *in reliquum enim &c.* Verum sane est eum agere sine periculo; qui eodem iudicio consequitur, ut Reus in solidum condemnetur. Sed hæc non est vera ratio, cur, qui minus petit, sine periculo agat: Sed hæc, tū quod quilibet actionem dividere possit; tum quod aliam partem petens, non possit repelli per exceptionem rei iudicatæ.

Alter nævus est in *vers. seq.* Quod Justinian. proponit de eo, qui aliud pro alio petit, & eius duo exempla subiicit, si quis pro Sticho petierit Erotē; & si quis ex testamento petierit, quod debebatur ex stipulatu.

Neque enim hoc casu aliud pro alio, sed idem ex alia causa petitur: veluti si quis ex testamento tamquam sibi legatur petat Stichum, quem stipulatus erat sibi dari. Vidit hoc Theophilus, qui (ni-

mirum ut juvaret Justinian.) τὸ (ait) aliud pro alio, ἁμαρτάνεται τρόποις δύο, ἢ πράγματι ἢ αἰτίᾳ. In petitione alterius pro alio dupliciter peccari Re & causa, sed hæc enim ingens abusio est, ut ubi res eadē ex alia causa petitur, aliud pro alio peti dicamus. Ego etediderim Justinianum in *princ. vers. sive § si quis aliud* minus scripsisse quam sensisse, & subintelligendum, vel suppleudum, *si quis aliud pro alio, vel ex alia causa, &c.* Etenim his quoque casibus jure veteri sine periculo agebatur, & peecabatur; quoniam agenti post ex nova causa, aut aliud petenti non poterat obstare exceptio rei judicatæ: sed tamen, ut supra monuimus, alia petitione alioque judicio opus erat. Peccabatur nimirum sine periculo plus petitionis; nam impensas quas Reus ob vitiosam petitionem facere coactus erat, ipsi hic quoque refundendas fuisse, extra controversiam est.

TEXTUS.

33. Sunt præterea quædam actiones, quibus non semper solidum, quod nobis debetur, persequimur, sed modo solidum persequimur, modo minus; ut ecce si in peculium filii servive agamus. Nam si in peculio non minus sit, quam persequimur, in solidum dominus paterve condemnatur; si vero minus inveniatur, catenus cōdemnat judex quatenus, in peculio sit. Quemadmodum autem peculium debeat intelligi, suo ordine proponemus.

COMMENTARIUS.

Occasione ea, quod paulo ante de eo actum est, qui minus petit, subjectum fere putant Interpp. esse quasdam actiones, quibus minus persequimur, ita, ut maximè velimus, solidum consequi non valeamus. Quod videtur nimis affectatum, & alienum à mente Justiniani; qui imo occasione ea quod dixerat de eo, qui plus petat, eum olim causam amisisse, & hodie in triplum damni, quod Reo dedit, condemnari, subjecit, eum, qui minus petit, extra periculum esse, & ab istis pœnis immunem. Forte quis dixerit, redire hic Justinianum ad tractatum, quem in §. *curare & seqq.* interruperat, & unam adhuc proponere divisionem. Tota quippe hujus tit. tractatio absolvitur in proponendis divisionibus actionum, iisque per exempla breviter illustrandis.

Et ergo quibusdam actionibus solidum consequimur, quibusdam non consequimur: rectius enim forte hic est verbum *consequimur* quam *persequimur*.

Etenim ipso jure licet sit reus obligatus, & ita actio in solidum moveri ipso jure possit, tamē condemnatio non fit in solidum, ut in §. *seqq.* loquitur Justin. nec dubium est eos, qui exceptionem competentiæ habent, ut loquuntur, de quibus in *seqq.* ipso jure in solidum teneri, cum, ut maxime in minus condemnati sint, in residuum tamen salva maneat contra eos actio. In prima tamen specie, quæ hoc §. proponitur, actionis de pecu lio, secus se habet; quæ sua natura tantum datur, quatenus est in peculio; cujus rei rationem dedim us in §. *aliquet* 10. *sup. h. t. & agemus pluribus infr. tit. seq.*

TEXTUS.

37. Item si de dote, judicio mulier agat, placet eatenus condemnari debere maritum, quatenus facere possit; id est, quatenus patiuntur ejus facultates. Itaque si dotis quantitati facultates ejus concurrant, in solidum damnatur; si minus, in tantum quantum facere potest; propter retentionem quoque dotis repetitio minuitur. Nam ob impensas in res dotales factas, marito quasi retentio concessa est, quia necessariis sumptibus ipso jure dos minuitur, sicut ex latioribus Digest. libris cognoscere licet.

COMMENTARIUS.

1 *Beneficium maritum concessum an pacto tolli possit.*
2 *An competat haredibus.*
3 *In quo beneficium competentia consistat, & quæ ejus utilitas.*
4 *Retentionis jus quid differat à jure compensandi.*

Plures sunt causę ex quibus non in solidum consequimur quod nobis debetur. Et possunt statui generales duo; una ex natura actionis, quæ ita data & comparata jure est, ut in solidum non detur.

Altera

Altera ubi actio in ſolidum quidem ipſo jure datur, ſed accidit exceptione oppoſita, ut in minus condemnetur actor. Hæc ſpecies rurſus abit in plures. Una eſt, cum ob perſonam ſolam Rei conventi condemnatio ſequitur in minus, quam debetur, quæ vulgo exceptio dicitur competentiæ, quæ facit, ut condemnetur Reus in quantum facere poteſt. Hæc exceptio iterum Reis indulgetur non una ex cauſa. Et videtur principalis eſſe à reverentia perſonæ: Hinc eſt, quod maritus de dote reſtituenda conventus ab uxore, tantũ condemnatur, quantum poteſt facere, quod *in pr. hujus* §. traditur; cum quo conjungendum fuiſſet, quod in § *ſeq. & §. ult.* de aliis perſonis quę eodem modo condemnantur, tractatur. In marito † autem id procedit adeo, ut nec pacto hoc ei beneficium adimi poſſit, quoniam hæc conventio reverentię quam uxor ipſi debet, & proinde majoribus bonis adverſari creditur, *l. alia* 14. §. 1. *ſolut. matrim.* cui tamen advertari videtur text. in *l. un. §. cum autem* 7. *C. de rei uxor. act.* per argumentum à contrario ſenſu, illis verbis, *nullo pacto adhibito*: nec aliter reſponderi, & ab errore liberari Tribonianus poteſt, quam ut illa verba cum Accurſio, admodum & tempus exigendæ dotis, referamus; de qua re ibid. quoq; tractatur, quamvis non deſint, qui pactum hoc valere putent, ſi ſoluto matrimonio fuerit interpoſitum, quos *v. citatos à*
2 *Iaſone hic n.* 7. Hoc a. beneficium marito † ſoli competit, non etiam hæredibus ejus (quod & in aliis perſonis obtinet *l. ſciendum* 25. *de rejudicat.*) *l. maritum* 12. *l. vi* 15. §. 1. *ſolut. matrim.* ubi lapſus eſt Gothofr. qui diſtinguit inter hæredem ſuum & extraneum propter *l. etiam* 18. *in pr. ſolut. matrim.* nec animadvertit ibi agi de eo hærede mariti, qui ſimul eſt filius uxoris quæ repetit dotem: nec interefert, an hic ſit emancipatus, nec ne, modo filius ſit communis; & ex adverſo, non proderit eſſe ſuum hæredem ſi ex alia uxore natus ſit. Sed in quo conſiſtit tan-
3 dem hoc † beneficium, quod quis condemnatur in ſolidum, ſed tantum in quantum facere poteſt? Videturn. hoc commune eſſe omnibus debitoribus, qui utique ultra quam poſſunt & eſt in bonis, non poſſunt exigi. Ecquid n. prodeſt condemnari in ſolidum debitorem, ſi ob paupertatem ſolidũ actor conſequi nequit. Etenim tantum quem facere poſſe, qua facultates ipſius patent, ex hoc §. apparet; quo Juſtin. ait, ſi dotis quantitati concurrant facultates mariti, in ſolidum eum condemnari; tum etiam facit quod hoc ſoli donatori tributũ eſt, ut ita exigatur ne egeat, ſed aliquid ei relinquatur *l. inter eos* 19. §. 1. & *l. & ex hoc.* 49. *de rejud.* Quid a. ultra ab extraneo debitore quis ſperare poſſit, quam, qua facultates ejus ſeſe extendunt? cum & hoc receptum ſit, ut non liberetur, qui exactus eſt, in quantum facere poteſt ſed in reſiduum maneat obligatus, ſi forte ad meliorem fortunam pervenerit. Si jus vetus reſpicimus, quo debitores, qui ſolvendo non erant, nectebantur creditoribus & iis quaſi in ſervitutem addicebantur, magnus apparet hujus privilegii effectus.

Poſt L. Juliam, quæ beneficium ceſſionis bonorum introduxit, hoc accommodum eſt in iſto beneficio, quod non coguntur hæ perſonæ cedere bonis, quod qui faciebant, licet jure infames vere non erant, tamen notam & quam infamiam facti appellant; non effugiebat; quin probabile eſt eorum qui bonis ceſſiſſent, publice bona diſtracta fuiſſe; quod quam fuerit ignominioſum, oratio *Cicer. pro Quintio* docet; non eſſe tamen vere notatum eum, qui bonis ceſſit, docent *l. debitores* 11. *Cod. ex quib. cauſ. inf. l. ultim. in pr. C. de qui bon. cod. poſſ.*

Et tamen fugitationem & notam qualemcunq; effugiſſe in lucro ponendum eſt. Sed & quod Juſtinian. hic ait, damnandum maritum, quatenus facultates ejus patiuntur, pinguius & ita accipiendũ eſt, ut tamen aliquid ei relinquatur ad alimenta neceſſaria. Generale enim eſſe puto, nec ad ſolum donatorem reſtringendum, quod eſt in *l. inter* 19. *in f. de re jud.* non totum extorquendum eſſe reo convento, ſed ipſius rationem habendam ne egeat, quod in genere expreſſum eſt in *l. in condemn.* 133. *de R. I.* & notant comm. Interpp. hic cum ceteri debitores etiam usq; ad peram & ſacculum, ut loquuntur, excutiantur; nec niſi miſericordiæ cauſa ipſis aliquid relinquatur *l. qui bonis* 6. *de ceſſ. bon.*

Propter retentionem quoque.] Multa hic quærenda & explicanda occurrunt. Et 1. an & quid differt † retentio à compenſatione, de qua in §. pe- 4
nult. nominatim & ſeparatim agit, cum hoc loco tantum facit mentionem retentionis. Deinde, quid ſit, minui repetitionem dotis; an mulier minus petere debeat, ipſo jure imminuta actione, an per objectam exceptionem minoris condemnetur maritus. Tertio cur dicat Juſtinianus, marito conceſſam eſſe Quaſi retentionem. Et denique ob an ſumptus tantum & hos neceſſarios tantum repetitio dotis, vel condemnatio minuatur: cum præſertim nos ad Pandectarum libros remittat. Vereor ne nimis ſimus religioſi an potius ſuperſtitioſi, dum ſingulorum etiam verborum rationes reddere, præſertim in textibus & reſponſis, aut deciſionibus Triboniani, nimis anxie laboramus. Et

ex D.

ex Digestorum libris, videlicet *l.5. de impens. in res dot. l.56.§.3. de jure dot.* discimus, quod per impensas necessarias dos ipso jure minuatur, adeo ut etiam fundus desinat esse dotalis, si per partes tantum sit impensum quanti est ipse fundus. Quod si ita est, cum vel maxime ea proprie & κατ' ἐξοχὴν sit compensatio, quæ facit ut ipso jure actio minuatur, & debitum contribuatur hinc inde, necessario sequitur, quod ob necessarias impensas compensationi vel maxime sit locus.

Et videtur vero iste casus huc non pertinere, nec ad hanc materiam, qua juxta *hunc* §. minus per actionem consequatur quis, quam sibi debetur: siquidem ipso jure minuto debito, minus est in actione, nec amplius totum debetur.

Quod fere non obtinet, nisi ubi invicem quantitate debentur; quem casum & pecuniæ in dotem datæ, non tractare Justinianum hoc loco, ex eo apparet, quod sumtuum factorum meminit: & quamvis, ut diximus impensæ necessariæ ut fundus desinat esse dotalis, efficere dicantur *d.l.5. de impens. in res dot.* id tamen non simpliciter nec ita procedere potest, ut nullo modo actioni de dote sit locus, sed officio & cognitione judicicis erit opus, ob incertam specierum & corporum æstimationem: & utique ubi minus est impensum, quam quanti fundus est, necessario ad judicem perveniendum est, & tum retentione marito consuli verissime dicitur, juxta *d. l.5.* ubi JCtus ait maritum manere in detentione fundi dotalis, donec ipsi satisfiat.

Et an forte ideo appellatur *quasi retentio*, quod impensæ necessariæ faciunt, ut ipso jure minus debeat maritus, sed qualitas rei debitæ facit, ut jus solũ, citra judicem effectum compensationis inducere non possit.

Itaque si totum fundum petat mulier, non censebitur male egisse, aut plus petiisse; non vero ideo, quod in bonæ fidei iudiciis non sit locus plus petitioni ut erroris sui memor scribit Hottom. hic. Et huic fini nos remisisse Justinian. intelligendus est ad latiores Pandectarum libros, ut intelligeremus, quid juris esset circa necessarias impensas; nam quod ad utiles attinet, ius vetus mutavit Justinian. in *l.un. §. taceat 5. cum §. seq. C. de rei ux. act.* & retentionem ob eas marito negavit; qua de causa etiam necessariorum tantum sumtuum h. §. meminisse videtur; aut forte propterea, quoniam ob utiles impensas non omnimodo marito, nec olim retentio dabatur, per *l. impensa 79. de V.S. & l. utilium 8. de impens. in res dot.*

TEXTUS.

35. Sed & si quis cum parente suo patronove agat, item si socius cum socio judicio societatis agat, non plus actor consequitur, quam adversarius ejus facere potest. Idem est, si quis ex donatione sua conveniatur.

COMMENTARIUS.

1 *Socio an competat hoc beneficium.*
2 *An etiam patri.*

HOc connectendum erat cum *princ. §. præced. Idem si, de dote*; sicut ob reverentiam quam debet marito, uxor eum in solidum exigere non potest; ita ob eandem causam, pater patronusve, à filio aut liberto conventi, non in solidum, sed in quantum facere possunt, condemnantur, l *sunt qui 16. ff. cum l seq. de rẽ jud.* Et etiam addunt rationem Dd. quod cum filius & libertus teneantur alere parentem & patronum, competat ipsis exceptio, dolo facis, qui petis, quod restituturus es. Hoc enim præstat id beneficium reo convento, ut ei relinquatur aliquid ad alimenta necessaria; quæ cum patri teneatur præstare filius, utique non poterit ipsum excutere in solidum. Eandem ex hac causa, statuunt ex diverso rationem Dd. si filius v.c. emancipatus à patre conveniatur.

Item si socius cum socio.] Hoc non ob reverentiam, quam alter † alteri debeat, sed ob conjunctionem quandam & affectionem personarum, & quasi fraternitatem quam inducit communio *l. verbum 63. in pr. pro socio.* ubi vulgo duo inter se iuris loca committuntur in *d.l.16. de re jud. & d.l 63.* Illa hoc beneficium ad socium universorum bonorum restringere videtur: hæc etiam particulari socio id facit commune. Cum utrumque responsum sit Ulpi. ipse utique secum non pugnabit. Ne multis agam, puto hæc non improbabiliter ita componi posse, ut Ulpian. in *d.l.16, de re jud.* accipiatur de iis terminis, quibus omnimodo hoc beneficium competit, quod ita regulariter obtinet in patrono & parente ex quacunq; causa conveniatur, quin & in marito, licet extra causam dotis conveniatur, ut expressum est, in *l. non tantum 20. de re jud.* ex quo loco *§. præced. in pr.* supplendus est. Et ergo regulariter ita ob

tinet, ut beneficium hoc in quibuſvis actionibus civilibus habeat locum. Qui termini ſi poni debent in ſocio oportet neceſſario ponere ſocium cum quo non omnia omnino fuerunt communia, ut extra actionem pro ſocio aliis actionibus poſſit eſſe locus, quod non eſt in iis qui omnium omnino bonorum ſocii ſunt, inter quos non niſi actio pro ſocio dari poteſt. Itaque dum in *d.l.16.* tantum ſocio univerſorum bonorum videtur dari hoc beneficium, non intelligi debet excluſus caſus, quo cum ſocio particulari pro ſocio agitur, ſed quo ex aliis cauſis ſocius convenitur; nam & Juſtinian. hoc §. diſerte ſcribit, tum demum ſocio hoc dari beneficium, ſi cum eo agatur judicio ſocietatis. Sunt aliæ duæ hujus rei explicationes Dd. in *d.l.16. de re judicata, & in d.l.63. pro ſoc.* Prima ut in *d.l.16.* ſubaudiatur particula *maxime*. Altera, ut diſtinguatur inter ſocietatem particularem. Eſt quædam unius tantum negotiationis; eſt alia partis v.c. dimidię bonorum, quin & ſocietas omnium bonorum, quæ ex quæſtu veniunt, poteſt dici particularis, ſi conferatur, cum ea in qua etiam veniunt, quæ ex cauſis lucrativis adquiruntur, de qua in *l.3.§.1. ſi ſocietatem §.1. pro ſocio*. In duabus poſterioribus ſpecibus habebit locum *dict. lex.63. in princ. pro ſoc* non in prima, utcunque actio pro ſocio inſtituta proponatur: nam & hic ceſſat ratio *dict. leg.63.* ſiquidem per tam levem ſocietatem ſingularis negotiationis, & parvum duraturæ argum. *princip. ſup. de ſocietat.* non poteſt dici contracta fraternitas.

Et an igitur frater quoque conventus à fratre † gaudebit hoc beneficio? ſimpliciter affirmat Hott. poſt *Ioh. Fab. Cynum & alios.* quos refert *Iaſon. l. his numer.4.* ubi itidem refert *gloſſ. & Bart.* contrarium tenentes. Pro priori opinione facit ratio *d.l.93.* nam propter quod unumquodque eſt tale, illud magis eſt tale; & cum igitur ex hac ratione ſocii utantur hoc beneficio, quod ſint inſtar fratrum, eriam & magis veri fratres eodem utentur. Facit ratio ſupra dicta: quod quiſquis ab alio alendus eſt, is hoc beneficio gaudere debet; frater autem à fratre alendus eſt, quod quidem tenent *gloſſa relata à Iaſone* hic, quas limitat Angel. in fratribus utrimque conjunctis; quin ex ratione juris noſtri videatur ſufficere quod frater ſit conſanguineus, quippe cum & ſorori tali danda dos, eſt argument. *l. cum plures 12. §.3. de adminiſtr. tut.* & de alimentis idem bene probat (cum argumentum à dote ad alimēta valeat) *l.4. ubi pup. educ. deb.* Sed iſta pluribus perſequi non eſt hujus loci.

Si quis ex donatione.] Propria hic ratio eſt, quod ingratitudinis ſpeciem ſapiat, ita ſevere & rigide cum eo agere à quo quis beneficium accepit. *l. & exhar.46. cum l. ſeq. de re judic.* & quidem hac ipſa actione, qua beneficium perſequitur. Ex alia enim cauſa ſi conveniatur, qui donavit, hoc beneficium non habebit: An enim expreſſe Juſtinian. ſi conveniatur ex cauſa donationis, poſt Juriſconſultum in *l. inter 19 §.1. de re judic.* Et hoc amplius habet donator, ut cum cæteris conventis non deducatur, ſi quid forte aliis debent, id tamen deducatur convento donatore *d.l.19.§.1.* Atque ita in donatione pura, ſecus in donatione ob cauſam, de quo *v. Iaſon hic n.8.*

TEXTUS.

36. Compenſationes quoque oppoſitæ plerunque efficiunt, ut minus quiſque conſequatur, quam ei debeatur. Nam ex bono & æquo, habita ejus ratione, quod invicem actorem ex eadem cauſa præſtare oportet in reliquum eum cum quo actum eſt, judex condemnat, ſicut jam dictum eſt.

COMMENTARIUS.

1 *Iuris compenſandi & retinendi differentia.*

HIc locus cum *§. Item ſi de dote in f.* conjungendus erat; tractat enim eandem materiam compenſationis ſive retentionis; diximus enim ad d. §. retentionem magis hic intelligi quam compenſationem quæ ipſo jure minuat actionem; hoc enim caſu, qui totum peteret male peteret, & adeo *hic §.* omnino pertinet ad caſum, quo compenſatio inducitur per exceptionem; & ob id verbum *oppoſita*; proprie hic uſurpatur; Cetero quin ut diximus ad *§. in bona 30 ſupr. h. titul.* etiamſi compenſatio ipſo jure operetur, id tamen allegandum eſt judici. Poſtquam tamen ſublata eſt pœna plus petitionis & actor amplius cauſa non cadit, ſed tantum ſi quod exinde reus damni paſſus eſt, reſarcit, recte ſub hunc *§.* refertur etiam caſus, quo utrinque quantitates debentur; ut nimirum ſi actore petente decem, reus objiciat ſibi deberi quinque, in quinque tantum condemnetur. Utcunque enim ipſo jure imminutam dicamus actionem,

quia tamen judex ignorat, quid utrimque debeatur, objiciendum id est in judicio; & hactenus sapit speciem exceptionis, quamvis si potestatem juris & effectum consideremus, sit nuda allegatio, quam exceptionem intentionis & facti appellant Dd. ut perinde sit, ac si quis quinque soluisse, aut accepto sibi lata objiciat, sed curait Justin. *plerumque*? An forte quia si objectio sit non satis liquida, nec debitum satis probatum, judex non audit eam allegationē, sed reum condemnat, salva ipsi actione propria, quam apud judicem postea instituat; an potius hoc dicit propter actionem depositi, cui vetat objici compensationem in §. *in bona* 30. *sup. h. t.*

Ex bono & æquo.] Hinc notat Hottom. hoc ex eo descriptum, qui de bonæ fidei judiciis egerat. Sed enim docet *d. §. in bona sup. h. t.* quod post rescriptum Marci, opposita exceptione compensatio in stricti juris judiciis fuerit admissa; atque effectu hactenus illa qualitas quæ bonæ fidei actionum propria erat, stricti juris quoque judiciis communicata fuit, & Marcus censuit, bonum æquum esse, ut reus his quoq; judiciis conventus objicere posset compensationem.

Ex eadem causa.] Glossa notat id hodie secus esse post *§. in bona sup. h. titul.* Sed ita arguitur socordiæ Tribonianus Jason. post *Nicol. de Neapoli*, ita hæc explicat verba, ut significent, debeti utrimq; quantitatem; quæ explicatio à verbis est aliena. Puto Justinianum casum eum notare voluisse, quo maxime compensatio locum habet, & evidentior est æquitas. Et existimo, hoc casu nullam esse exceptionem; nec quidem in depositō; etenim & depositarium ob impensas necessarias in depositam rem factas, compensationem objicere posse deponenti, qui repetit rem † depositam probavi ad l. *Treutl. disput. de compensat.* sive id compensationē sive quis retentionem dicere malit; inter quæ alias hæc videtur esse differentia; quod retentio proprie & in specie est, ubi quis q̄ alterius est, penes se habet, & illud retinet, donec de eo quod sibi deberi prætendit, satisfiat; Ceteroquin ubi mutuæ saltem obligationes sunt, proprie retentio non est, nisi in genere, quis ita appellet, ubi quis propter mutuum debitum non solvit, quod ipse debet, quæ proprie est compensatio.

Contingit autem sæpe, ut quis & rem alterius penes se, & simul dominum aut eum qui jus repetenti habet, propria actione habeat obligatum: qualis est maritus qui in dotem fecit impensas juxta *l. 5. de imp. in res dot.* & quisquis ex alia justa causarem alterius voluntate ejus penes se habet, & in eam impendit, vel damnum per eam passus est, ita ut contrario judicio agere possit: quo pertinet *l. in rebus* 18. *§. ult. Commod.* ubi ICtus ait, quidquid contrario judicio consequi possum, id me salvum habere posse jure compensationis si recto judicio mecum agatur.

Aliquando autem retentio sola est: veluti si quis in rem alienam à se possessam (maxime bona fide) impensas suo nomine fecerit: quem pro impensis actionem non haberi vera sententia est *l. Paulus* 14. *de doli mali exc. l. si in* 33. *de cont. dict. indeb. l. in bon* 14. §. 1 *vers. diversum: comm. divid.* Sed si possideat retinere potest rem, dum sibi pro impensis satisfiat *dd. textibus & §. diverso*; 1. *sup. de rer. divis.* Sed ut eo redeamus unde digressi sumus, cum deponenti possit objici compensatio ex eadem causa, sequitur omnino (quia deponenti compensationem objici prohibuit Justin.) nō tantum ex eadem causa, sed ex diversa quoque esse locum: & nec olim fuisse dubito, cæteroquin angustissimis finibus concluſum fuisset jus compensationis: Id vel discere licet ex *Seneca 6. de benef. cap. 4.* Debitori suo inquit, creditor sæpe damnatur, ubi plus ex alia causa abstulit, quam credito petit.

Non tantum inter creditorem & debitorem judex sedet, qui dicat, pecuniam credi disti. Quid ergo? pecus abegisti, servum ejus occidisti, agellum quem non emeras, possides: æstimatione facta demtor discede, qui creditor veneras. Ex quo simul & hoc noto, quod proprie loquendo aut jus compensat aut judex, reus proprie non compensat, sed causas allegat compensationis. In *fin.* §. variat lectio: vulgatæ editionis legunt: *præstare oportet in reliquum eum, cum quo actum est, condemnat.* In manuscriptis pluribus ita legi *condemnari placet*, Russard. & Pacius testantur: lectioni vulgatæ si addes verbum *judex*, quod fecit Contius, expedita res est: nec opus est legere cum Hottom. quem Crispinus & Pacius in editione quæ vulgo manib. teritur sequuntur, *poterit judex condemnare*: quinimo vitiosam lectionem facit verbum *poterit*: neq; enim hoc in arbitrio judicis positum est, sed debet ille compensationis objectæ, ubi debitum certum est habere rationem.

TEXTUS.

37. Cum eo quoque, qui creditoribus suis bonis cessit, si postea aliquid acquisiverit, quod idoneum emolumentum habeat, ex integro

integro in id quod facere poteſt, creditores experiuntur: inhumanum enim erat ſpoliatum fortunis ſuis in ſolidum damnari.

COMMENTARIUS.

NEgligenter valde iſtam materiam tractaſſe videtur Tribonianus. *In §. Item ſi* 37. tractat caſum, quo minuitur actio per exceptionem quam vocant competentiæ, mox *in verſ. propter*, eum caſum, quo minuitur ob retentionem, ſive compenſationem. Inde rurſus *in §. ſed & ſi* reddit ad eos qui conveniuntur ſolum in id quod facere ppſſunt, & cum iterum interjeciſſet aliud §. de compenſatione, hoc §. *ult.* aliud adhuc exemplum ejus debitoris proponit, qui non ultra quam facere poteſt condemnatur. Cauſa huius beneficii eſt miſeratio, ne iterum in ſolidum excutiatur, qui ſemel omnibus ſuis bonis ceſſit, ut hoc loco in extremo Juſtin. ſcribit. Illud autem ex hoc §. evidenter probatur, quod poſt ceſſionem nihilominus adhuc obligatus in reſiduum maneat debitor, & quidem, cum efficaciter rurſus conveniri poſſit, naturaliter & civiliter, quod communiter probari à Dd. teſtatur *Iaſon. contra gl.* quæ per ceſſionem putant tolli civilem obligationem. Præter rem autem eſt, quod Interpp. hic tractant materiam ceſſionis. Unum adhuc genus perſonarum eſt, quibus hoc beneficium competit, ſpeciali favore & privilegio nimirum milites armatæ militiæ *l. miles 6. in pr. & l item* 18. *de re judic.* Eſt autem in univerſum privilegium hoc plane perſonale, quod nec hæredibus datur *l. ſciendum* 25. *de fe jud. l. maritum* 12. *l. rei* 15 *ſolut. matrim.* nec fidejuſſoribus *l. etſi* 24. *de re judic.* Ex quo efficitur, ut ubi fidejuſſor datus eſt, hoc remedium ſit fere inutile debitori, quoniam fidejuſſor in ſolidum exactus, itidem in ſolidum exiget actione mandati reum principalem. Relatio enim illa, quæ eſt inter creditorem & reum principalem, non eſt inter creditorem, & fidejuſſorem, nec rurſus inter hunc & eũ pro quo fidejuſſit. Et licet jure novo prius conveniendus ſit principalis, attamen quod ab hoc conſequi non potuit creditor, exigetà fidejuſſore, cum eodem iure novo non electioni & litis conteſtatione, ſed ſolutione demum perimatur obligatio *l. ult. C. de fidejuſ.* Cautelam tamen tradunt Interpp. *in §. ſed & ſi quis ſup. h. t. & ibi Iaſon. num.* 12. ut fideiuſſor conventus denuntiet Reo principali, & hic veniens ſuſcipiat in ſe iudicium, & hanc exceptionem opponat. Quod haud ſcio an rationi iuris conveniat, cum creditor propriam actionem ex ſtipulatu habeat contra fideiuſſorem: & alias fruſtranei eſſent textus, qui fideiuſſori hoc beneficium competere negant: & ita fieret iniuria creditori, qui accipiendo fideiuſſorem, in omnem eventum ſibi voluit eſſe conſultum.

AD TITULUM VII.

LIBRI QVARTI INSTITUTIONUM,

QVOD CVM EO QVI IN ALIENA poteſtate eſt, negotium geſtum eſſe dicitur.

TEXTUS.

Quia tamen ſuperius mentionem habuimus, de actione, qua in peculium filiorum ſervorumque agitur, opus eſt, ut de hac actione & de cæteris, quæ eorundem nomine, in parentes dominosve dari ſolent, admoneamus diligentius. Et quia ſive cum ſervis negotium geſtum ſit, ſive cum iis qui in poteſtate parentum ſunt, fere eadem jura ſervantur, ne diſputatio verboſa fiat, dirigamus ſermonem in perſonam ſervi dominique: idem intellecturi, de liberis quoque & parentibus, in quorum poteſtate ſunt. Nam ſi in his proprie quid ſervetur, ſeparatim oſtendemus.

COMMENTARIUS.

DE actionibus, quæ hoc tit. explicantur, accurate ſatis egi *tract. de action. diſp.* 8. *De actionibus prætoriis in perſonam.* In textu, ſi quæ occurrent explicatu digna, videamus. Continuationis ratio exponitur in pr. hujus textus, *ex §. actiones* 10. vel *ex §. ſunt præterea* 36. *tit. præced.* quibus locis Juſt. aliquid attigit de actione de peculio, de qua & aliis quę dantur in patrem & dominũ ex conventionib. filiorum & ſervorum hoc tit. plenius agit, ſimul & iis quæ ex liberorum & ſui juris hominum quibuſdam contractibus in alios dantur. Et nimirum quiſque obligatur ex conventione aut propria aut aliena: & hac vel ejus, qui eſt in poteſtate noſtra aut non eſt, quod contingit in actione inſtitoria, & exercitoria, de qua *ipſi. h. ſitul.* nam cum a-

ctio contra alios detur, eos etiam aliqua obligatos esse necesse est: aliqua dico, nam revera non sunt obligati, nisi quatenus factum præpositionis v. c. facit, ut prætor in ipsos proposuerit actionem: Est enim hoc juris præterii, nec satis convenit juri civili, ut quis ex conventione aliena obligetur, ut maxime hic sit in ejus potestate. Nam ut hic domino vel patri acquirat actionem, jus potestatis facit, nec adeo consequitur, ut etiam per eam pater dominusve debeant obligari: & ita nimirum tradidit *Iustin. in d. §. actiones* 10. *tit. prec.* ex contractibus servorum & filiorum, dominos patresve jure civili non obligari: ut proinde qua in hos actiones istæ,, de quibus h,tit. dantur, magis ex sint dativæ quam nativæ.

Eadem fere.] Merito adjecit fere. Nam 1. filiusf. contrahens & ipse obligatur ita ut conveniri possit, *l. filiusf. 36. de obl & act.* servus ita non obligatur §. *Item 6. sup. de inutil. stip.* 2. Servo mutuam pecuniam accipiente, dominus de peculio obligatur: quod in filiofam. secus ob SC. Macedonianum, §. *Illud. 7. infra h. t.* 3. Filiusf. etiam si fide jusserit novaverit, compromiserit, obligat patrem de peculio: quod secus est in servo extra causam peculiarem *l. 3. §. si filiusf. 5. de peculio.*

TEXTUS.

1. Si igitur jussu domini cum servo negotium gestum erit, in solidum prætor adversus dominum actionem pollicetur, scilicet, quia is quasi ita contrahit, fidem domini sequi videtur.

COMMENTARIUS.

1 *Quomodo jussu domini cum servo contrahi dicatur.*

ACtio hæc *quod jussu* nascitur ex speciali & expressa domini voluntate, ideoque merito tenetur dominus, quoniam contrahens cum servo ex domini jussu, videtur jubentis † fidē sequi: ideo- 1
que etiam tenetur dominis in solidum *h. textu:* scil. quatenus jussit, & ita respective ad actionem de peculio: cæteroquin si extra & ultra jussum quid egerit servus, eatenus dominus actione hac quod jussu non tenebitur. At videri possit omnino directa actione dominus teneri, ut servus instar nuntii & ministri censeatur, in cujusmodi terminis non minister, sed ipse qui alterius ministerio utitur, convenitur *l. qui autem* 14. §. *ultim. cum l. seq. de const. pecun. arg. l. si pupilli* 6. §. 1. *de negot. gest.* Sed n. tum servus nuntii, aut ministri nudi vices habet, cum dominus, verbi causa, ipse mutuum accepit, & servo pecuniam numerari jubet, quo casu cessat actio, quod jussu *l. ultim. quod jussu.* Sed cum dominus ipsum servum contrahere jubet, simplicis ministri personam servus non sustinet: idque manifeste inde evincitur, quod filiusfamil. si patris jussu contrahat, ipse quoque obligatur *l. 3. §. Sed utrum 4. de minorib. l. pater 7. quod cum eo qui in al.* Quibus non obstat *l. 4. Cod. eod.* quia ibi filius tamquam minister intervenit tantum, & ipse pater contraxit, ut arguunt verba, *ex contractu patris*, itaque in *l. 1. in princip. h. titul.* quod videatur *quodammodo* (non vere) contrahi cum eo qui jubet. Sed porro quomodo intelligemus jussu domini contractum? an quod dominus servum jussit cum Titio contrahere, an quod jusserit Titium contrahere cum servo? Et posterius hoc plerique textus sub hoc titulo suadere videntur, & inprimis quod passim dicitur jussu domini cum servo contractum: alias enim simpliciter dicendum fuisset jussu domini servum contraxisse: & *l. 1. §. 1. h. titul.* proponitur jussum ita conceptum: *Quod voles cum servo meo contrahere &c.* Hæc res olim diversas opiniones peperit inter *Ioh & Plac.* quarum meminerunt *Ioh. Fab. & Angel. hic.* Et siquidem verba ad contrahentem directa proponimus, videtur actioni mandati esse locus, nec necessaria actio. *Quod jussu*, idque etiam confirmat *l. si tibi C. mandati.* Hac de causa *Iohann. Faber* distinguit an verba dirigantur ad contrahentem cum servo, & tum etiam actionem mandati competere per *d. l. si tibi.* præter actionem quid jussu: an dirigantur ad solum servum, & tum solam esse actionem *quod jussu.* Et vero quod jussu domini cum servo contrahi dicitur, non facit, ut necessario verba sint dirigenda ad contrahentem cum servo: sed eo pertinet, quod ille jussum & voluntatem domini, quam servus ostendit, secutus, cum servo contrahit: & facit, quod actioni huic locus est, si saltem subscripserit dominus chirographo servi *l. 1. §. sed & 4. h. t.* tum, quod alias non jussum sed mandatum diceretur: & nimirum jubere dicitur dominus dum cum servo loquitur & agit, qui hoc facit ex necessitate servili: ideoque idem est, si dominus usus fuerit verbo *mandandi*, quia personæ qualitas facit, ut id de jussu explicetur *l. 1. §. 5. h. tit.* quod inepte moneretur, si verba ad tertium fuissent directa in quo verum esset mandatum.

tum. Quod autem & hoc caſu ſit actio *quod juſſu* probatur per *l.1.§.1.l.2.in pr.h.t.* aut an utrumq; illic caſib⁹ concurriſſe dicimus, ut & dominus juſſerit ſervum contrahere, & quoq; tertio hoc intimaverit: cæteroquin ſi hoc ſolum intervenerit, ut dominus alii mandaverit, cum ſervo ſuo contrahere, videbitur ſola eſſe actio mandati.

TEXTUS.

2. Eadem ratione prætor duas alias in ſolidum actiones pollicetur: quarum altera exercitoria, altera inſtitoria appellatur. Exercitoria habet tunc locum, cum quis ſervum ſuum magiſtrum navi præpoſuerit, & cum eo quod ejus gratia cui præpoſitus erit, contractum fuerit. Ideo autem exercitoria vocatur, quia quis is appellatur exercitor, ad quem quotidianus navis quæſtus pertinet. Inſtitoria habet tunc locum, cum quis tabernæ forte aut cuilibet negotiationi ſervum ſuum præpoſuerit & quid cum eo ejus rei cauſa cui prepoſitus erit, fuerit conſtitutum. Idcoque autem inſtitoria appellatur, quia qui præponuntur negotiationibus, inſtitores vocantur. Iſtas duas actiones tamen prætor reddet eſſe hominem quis liberum aut alienum ſervum tabernæ aut navi aut cuilibet negotiationi præpoſuerit, ſcilicet quia eadem iniquitatis ratio etiam eo caſu interveniat.

COMMENTARIUS.

1 *An & ipſi liberi homines v. c. inſtitores teneantur, ad* l. ult de inſtit. eod.

2 *An præponens quoq; habeat actionem contra eum qui contraxit cum inſtitore.*

HÆ duæ actiones habent cauſam, generalem domini volũtatem, dum quis navi aut v. c. tabernæ præponitur: Etenim inſtitor proprie eſt, qui negotiationi alicui quæſtuariæ præficitur, non ut unum, ſed ut plures contractus, faciat, vendendo, emendo, permutando, pro ut ratio illius negotiationis expoſcit. Minus autem proprie eſt inſtitor, qui recipiendis, verbi cauſa, mutuis pecuniis aut ad ſingulares actus præficitur, quo caſu quoque utili tantum inſtitoriæ eſt locus *l.pen.C. de inſtit. act.* Qui autem navi præponitur, magiſter dicitur: & qui eum præponit, exercitor: à quo actio exercitoria appellata eſt, cum inſtitoria à præpoſito nomen acceperit: nulla alia, ut puto ratione, quam quod iſtæ appellationes viſæ fuerunt concinniores. Ut alterutra competat, oportet contractum eſſe juxta Legem propoſitionis, & eius rei gratia ad quam quis propoſitus fuit *h.§.l.1.§.nõ autem 7.cum jeqq.de exercit. act.l.5.§.non tamen 11.de inſtit. act.* cuius probatio cui incumbat, docet *l.uls.de exercit. act.* hanc enim, voluntas domini, quam vis ſuo ſenſu generalis, habet limitationem & determinationem. Hæc autem diſtant hæ duæ actiones à cæteris quæ *hoc tit.* proponuntur, quod etiam competunt, ſi quis hominem liberum & ſui juris navi aut tabernæ præpoſuerit *h.§. in fin.* Nihilominus enim, licet ipſi inſtitores & hic teneantur, quia ipſi contraxerunt, *l.1.§.eſt autem 17.& §.pen.de exercit. act.* ipſe quoq; præponens convenitur prætoria actione *h.§. in fin.* Cui & quod ipſi præpoſiti † teneantur, ſi liberi homines ſint, objici ſolet *l ultim. de inſtitut.action.* Sed reſpondetur, cum Interpp. ibi non contraxiſſe inſtitorem, ſed tantum confeſtim fuiſſe nomine præponentis, pecuniam ad menſam ſuam perveniſſe & accurate & prolixe hanc objectionem removi *Tract. de Action. diſp.8.th.11.* Illud quæritur, an ſicut † præponens obligatur contrahenti cum inſtitore, ita viciſſim præponens contra eum qui cum inſtitore contraxit, habeat actionem. Et perſpicua eſt ratio differentiæ ob quam præponenti actio non datur: quoniam imputari ſibi debet qui propoſu t *arg. l.1. §. cujus autem 4. de exerc. act.* Et cum ex præpoſitione lucrum captet, æquum putavit prætor, eum quoque teneri; quæ ratio ceſſat in eo qui cum inſtitore contrahit, qui id uſus neceſſarii cauſa feciſſe intelligitur, & ſimul ſecutus fidem præponentis: quod non poteſt videri feciſſe præponens, qui indefinite cum omnibus jus contrahendi permiſit inſtitori. Itaque placuit ſufficere actionem ordinariam præponenti contra præpoſitum, mandati, vel negot. geſt. vel etiam Locati *l 1.§. ſed ex 18. de exerc. act.l.1.§.de inſtit.act.* & regula juris non patitur, ut per liberum hominem alteri adquiratur actio. Et id de exercitore ita reſponſum eſt *in d. l. 1. §.18.* & errat Accurſius qui ibi putat ſecus eſſe in inſtitore: per *d.l.1.in fin. de inſtit. act.* nam ut recte obſervavit

bat, & si deprehendebat actorem in eo peccasse, absolvere reum. Itaque mutata ea ratione procedendi, non immerito pœna plus petitionis cessavit. Et fuit tamen hæc ratio mera juris subtilis & positivi. Ceteroquin potuisset etiam salva actione, quam actor male instituit, reus ab instanti absolvi, stante illa ratione procedendi. Et rursus sublata quoque ea potuit disponi, ut qui plus petierat causa caderet. Et sane id fateri oportebit, si usque ad Zenonem ea pœna plus petitionis duravit; quoniam jam longe ante Zenonis tempora desierunt judicis cum formulis istis veteribus dari, salva tamen manente pœna juris veteris super plus petitione. Displicuisse id Zenoni & mutatum fuisse si quis plus tempore petiisset, docet *hic §. & § temporales* 10. *infr. de exceptionibus & l.* 2. *Codic. de plus petit.* (quæ tamen a Neotericis demum restituta est, de qua Cujac. 12. *obs.* 12.) Quæ Zenonis constitutio non extat; nam quæ sub ejus nomine exstat in novis editionibus, in *l* 1. *Cod. de plus petit.* epitome tantum est. quam ex Basilicis eruit Cujacius 12. *obs.* 21. Mirum autem sit, si pœnam veterem plus petitionis in statu suo reliquit, si quis plus re, loco aut causa petiisset, imo plane id improbabile est, utcunque id affirmet Cujacius d. loco. Minus enim videtur peccare, qui causa plus petit, quam qui tempore; & procul dubio nimis, illa subtilis ratio juris displicuit Zenoni, & pœna vetus amissionis causæ, æquo gravior ei visa fuit; ut vero simile sit, pœnam plus petitionis in totum per eam abrogatam fuisse: quamvis sane alio vocet, quod Justin. dum hac de re tractat, tantum meminit plus petitionis tempore: quod ego quidem in medium relinquo, cum nihil certi affirmare possim. De pœna tripli in sportulis si actor plus petierit, ut reus majores sportulas solvere cogeretur. dictum est in §. *tripli sup. h. t.* ubi diximus id procedere, ubi sciens prudens id egit actor; ut hic quoque mitius cum eo agi appareat; nam olim etiam erroris hanc pœnam fuisse, ut actor causa caderet, quæ hactenus diximus evidenter ostendunt. Hic autem §. docet, non tantum pro sportulis esse eam in triplum actionem, sed pro omni damno, quod reus passus est, ob vitiosam petitionem: nec tantum si plus Reperitum fuerit sed etiam, si loco & causa. Quod si pœnam illam tripli restringimus ad fraudulentam petitionem, illud utique admittendum erit, quod qui citra dolum id fecit, ad simplum restituendum teneatur. De pœna ejus, qui plus petit, ex constitutione Zenonis, pluribus tractat Justin. in *d. §.* 10. *infr. de exceptionibus.*

TEXTUS.

32. Si minus intentione sua complexus actor fuerit, quam ad eum pertineat: veluti si cum ei decem aurei deberentur, quinque sibi dari oportere intenderit: aut si cum totus fundus ejus esset, partem dimidiam suam esse petierit; sine periculo agit; in reliquum n. nihilominus judex adversarium eodem judicio ei condemnat, ex divæ memoriæ Zenonis constitutione. Si quis aliud pro alio intenderit, eum nihil periclitari, placet, sed in eodem judicio cognita veritate errorem suum corrigere ei permittitur, veluti si is, qui hominem Stichum petere debebat, Erotem petierit, aut si quis ex testamento dari sibi oportere intenderit, quod debebatur ex stipulatu.

COMMENTARIUS.

1. *Quomodo* eodem *judicio possit condemnari reus juxta hunc §.*

QUod minus peti dixerat mox explicat tantum de eo qui minus re vel quantitate petiit; quod exempli quidem causa tãtum dictum accipi possit; sed revera ita est, ut hæc una sit species minus petitionis. Nam nec loco nec causa minus peti potest, & licet, qui post tempus elapsum petit, eo respectu minus peti videri possit, quod si ante & suo tempore petiisset, commodum & utilitatem ex re soluta percipere potuisset, tamen eo respectu non censetur petiisse minus, ut amplius petere possit: Utique quo ad ipsum illud quod debetur; Ceteroquin sane ex mora debentur usuræ, itaque sicut qui tardius solvit tenetur ad usuras, ita &, qui tardius petit, consequitur usuras; petere enim hic intelligimus, instituto judicio petere, mora autem per interpellationem quoque extrajudicialem contrahitur: sed & aliquot sunt casus, quibus citra interpellationem ex Re, & solo tempore tardæ solutionis mora contrahitur, & usuræ debentur. Sed ut de casu hujus §. agamus liquidum

id est

id est; sine periculo minus peti; nam & cuilibet liberum est, actionem dividere, & partem petere salva actione quod ad alteram partem; idemque est, si per errorem partem tantum petierit; cessat enim hic ratio, quæ inducebat effectum eum, ut plus petens causa caderet; quia ut maxime, quo ad eam partem absolutus fuisset reus, aliam tamen partem petendi actori, non poterat obstare exceptio rei judicatæ, cui locus non est, nisi ubi idem in judicium deducatur. Sed illud observandum, quod ait Justinianus, quod licet † quis minus petierit, vid. per errorem, tamen judex adversarium condemnet in solidum *eodem* judicio. Cum enim judex non possit divinare, præsupponi utique oportet, quod actor cognito errore totū sibi adjudicari petierit & ita petitionem libellumque mutaverit. Hac in re vulgo Dd. laborant, quibus communissime placuit, post litem contestatam libellum in essentialibus (essentialis autem pars est libelli res ipsa petita) mutari non posse. Itaque aliqui ad tempus litis necdum contestatæ hunc §. restringunt; (quod non patitur generalitas textus) alii cū Accursio *eodem judicio* explicant, ut sit, coram eodem judice, eodemque actore & Reo. Et nimirum illud certum est jure veteri cum adhuc darentur judices, coram eodem judice istam mutationem fieri non potuisse: nec judicem ita datum, *puta Cajum decem debere, condemna*: in viginti cōdemnare potuisse; Sed novo judicio & nova interpellatione & formula pro refiduis opus fuisset, ex certissima ratione, quod judex extra formulam nō poterat judicare, & per textum in *l. non potest* 23. *de judicat.* Idque & magis in specie seq. si quis aliud pro alio, & ex falsa causa petiisset; nam & res petita, & causa petendi formulæ inserebatur. Id postea mutato jure veteri, postquam ipsi magistratus ceperunt judicare, & ipsum non immerito sublatum fuit, & per quandam consequentiam; quorsum enim opus sit nova interpellatione speciali, cum hic ipse magistratus, qui aditus est super parte, necessario & ipse de altera parte judicare debeat. Sed illud saltem dubium est; quomodo possit censeri idem judicium, ubi nova est petitio, & res alia & consequenter alia quoque litis contestatio: (Etenim haud dubie sententia est hujus §. quod etiam post litis contestationem error mutari possit) quæ dubitatio augetur in casu, qui sequitur *h. textu*, si quis aliud pro alio petierit, vel falsa causa, posse eum eodem judicio errorem mutare. Utique enim ubi quis petiit hominem, postea bovem petit, aut pecuniam, nova responsione rei opus est, & contradictione. Justinianus hoc acceptum refert constitutioni Zenonis, ex qua, nisi periisset, certius hac de re statuere possemus: haud dubie sane hanc potestatem Legislator judici facere potest: Sed mutare naturam rerum non potest, si rem subtilius tractamus, si, quod res ipsa loquitur ex nova litis contestatione & nova petitione, judicium proprie acceptum variari & mutari dicimus; quoniam ex his quoque constituitur judicium, &, si haud dubie revera nova petitio est, ubi quis pro Sticho petito jam æquum petit, aut aliam causam petendi proponit, &c. fieri non potest, ut idem omnino sit & maneat judicium. Sed nimirum paulo latius verba *eodem judicio* accepit Justinianus, & quoniam citra interruptionem eadem tractatio continuatur, & petitio itemq; contradictio secuta in locum præcedentis subrogantur, eodem judicio id fieri non male dixit. Et ita si subtiliter consideramus identitatem, vel duplicitatem judicii, vera est Dd. sententia quod post litem cont. salvo eodem judicio libellus mutari non possit. Sed falluntur, si dimittendum & de novo citandum reum arbitrantur: id tamen forte ei petenti dandum est, ut à priori petitione absolvatur; quod tamen minime necessarium crediderim.

Explicatio autem Accursii, paulo ante relata, *eodem judicio* pro *eodem judice* huic loco accommodari non potest, quoniam ait Justinian. quod judex adversarium eodem judicio condemnet; & non tantum, quod judex idem est, sed & alia faciunt, ut eodem judicio res peragi videatur. Videntur insuper duo novi *hoc textu* notandi. Primus, quod Justinian. cum dixisset, eum, qui minus petat, sine periculo agere, subjicit pro ratione, *in reliquum enim &c.* Verum sane est eum agere sine periculo; qui eodem iudicio consequitur, ut Reus in solidum condemnetur. Sed hæc non est vera ratio, cur, qui minus petit, sine periculo agat: Sed hæc, tū quod quilibet actionem dividere possit; tum quod aliam partem petens, non possit repelli per exceptionem rei iudicatæ.

Alter nævus est in *verf. seq.* Quod Justinian. proponit de eo, qui aliud pro alio petit, & eius duo exempla subiicit, si quis pro Sticho petierit Erotē; & si quis ex testamento petierit, quod debebatur ex stipulatu.

Neque enim hoc casu aliud pro alio, sed idem ex alia causa petitur: veluti si quis ex testamento tamquam sibi legatur petat Stichum, quem stipulatus erat sibi dari. Vidit hoc Theophilus, qui (ni-

Digitized by Google

mirum ut juvaret Justinian.) τὸ (ait) aliud pro alio, ἁμαρτάνεται τρόποις δύο, ἢ πράγματι ἢ αἰτίᾳ. In petitione alterius pro alio dupliciter peccari Re & causa, sed hæc enim ingens abusio est, ut ubi res cadē ex alia causa petitur, aliud pro alio peti dicamus. Ego crediderim Justinianum in *princ. vers. sive § si quis aliud* minus scripsisse quam sensisse, & subintelligendum, vel supplendum, *si quis aliud pro alio, vel ex alia causa, &c.* Etenim his quoque casibus jure veteri sine periculo agebatur, & peccabatur; quoniam agenti post ex nova causa, aut aliud petenti non poterat obstare exceptio rei judicatæ: sed tamen, ut supra monuimus, alia petitione alioque judicio opus erat. Peccabatur nimirum sine periculo plus petitionis; nam impensas quas Reus ob vitiosam petitionem facere coactus erat, ipsi hic quoque refundendas fuisse, extra controversiam est.

TEXTUS.

33. Sunt præterea quædam actiones, quibus non semper solidum, quod nobis debetur, persequimur, sed modo solidum persequimur, modo minus; ut ecce si in peculium filii servive agamus. Nam si in peculio non minus sit, quam persequimur, in solidum dominus paterve condemnatur; si vero minus inveniatur, eatenus cōdemnat judex quatenus, in peculio sit. Quemadmodum autem peculium debeat intelligi, suo ordine proponemus.

COMMENTARIUS.

Occasione ea, quod paulo ante de eo actum est, qui minus petit, subjectum fere putant Interpp. esse quasdam actiones, quibus minus persequimur, ita, ut maximē velimus, solidum consequi non valeamus. Quod videtur nimis affectatum, & alienum à mente Justiniani; qui imo occasione ea quod dixerat de eo, qui plus petat, eum olim causam amisisse, & hodie in triplum damni, quod Reo dedit, condemnari, subjecit, eum, qui minus petit, extra periculum esse, & ab istis pœnis immunem. Forte quis dixerit, redire hic Justinianum ad tractatum, quem in §. *curare & seqq.* interruperat, & unam adhuc proponere divisionem. Tota quippe hujus tit. tractatio absolvitur in proponendis divisionibus actionum, iisque per exempla breviter illustrandis.

Et ergo quibusdam actionibus solidum consequimur, quibusdam non consequimur: rectius enim forte hic est verbum *consequimur* quam *persequimur*.

Etenim ipso jure licet sit reus obligatus, & ita actio in solidum moveri ipso jure possit, tamē condemnatio non fit in solidum, ut in §. *seqq.* loquitur Justin. nec dubium est eos, qui exceptionem competentiæ habent, ut loquuntur, de quibus in *seqq.* ipso jure in solidum teneri, cum, ut maxime in minus condemnati sint, in residuum tamen salva maneat contra eos actio. In prima tamen specie, quæ hoc §. proponitur, actionis de peculio, secus se habet; quæ sua natura tantum datur, quatenus est in peculio; cujus rei rationem dedimus in §. *actiones* 10. *sup. h. t.* & *agemus pluribus infr. tit. seq.*

TEXTUS.

37. Item si de dote, judicio mulier agat, placet eatenus condemnari debere maritum, quatenus facere possit; id est, quatenus patiuntur ejus facultates. Itaque si dotis quantitati facultates ejus concurrant, in solidum damnatur; si minus, in tantum quantum facere potest; propter retentionem quoque dotis repetitio minuitur. Nam ob impensas in res dotales factas, marito quasi retentio concessa est, quia necessariis sumptibus ipso jure dos minuitur, sicut ex latioribus Digest. libris cognoscere licet.

COMMENTARIUS.

1 *Beneficium maritum concessum an pacto tolli possit.*
2 *An competat heredibus.*
3 *In quo beneficium competentiæ consistat, & quæ ejus utilitas.*
4 *Retentionis jus quid differat à jure compensandi.*

Plures sunt causæ ex quibus non in solidum consequimur quod nobis debetur. Et possunt statui generales duo; una ex natura actionis, quæ ita data & comparata jure est, ut in solidum non detur. Altera

Altera ubi actio in ſolidum quidem ipſo jure datur, ſed accidit exceptione oppoſita, ut in minus condemnetur actor. Hæc ſpecies rurſus abit in plures. Una eſt, cum ob perſonam ſolam Rei conventi condemnatio ſequitur in minus, quam debetur, quæ vulgo exceptio dicitur competentiæ, quæ facit, ut condemnetur Reus in quantum facere poteſt. Hæc exceptio iterum Reis indulgetur non una ex cauſa. Et videtur principalis eſſe à reverentia perſonæ: Hinc eſt, quod maritus de dote reſtituenda conventus ab uxore, tantū condemnatur, quantum poteſt facere, quod *in pr. hujus* §. traditur; cum quo conjungendum fuiſſet, quod in § *ſeq. & §. ult.* de aliis perſonis quę eodem modo condemnantur, tractatur. In marito † autem id procedit adeo, ut nec pacto hoc ei beneficium adimi poſſit, quoniam hæc conventio reverentię quam uxor ipſi debet, & proinde majoribus bonis adverſari creditur, *l. alia* 14. §. 1. *ſolut. matrim.* cui tamen adverſari videtur text. in *l. un. §. cum autem* 7. *C. de rei uxor. act.* per argumentum à contrario ſenſu, illis verbis, *nullo pacto adhibito*: nec aliter reſponderi, & ab errore liberari Tribonianus poteſt, quam ut illa verba cum Accurſio, admodum & tempus exigendæ dotis, referamus; de qua re ibid. quoq; tractatur, quamvis non deſint, qui pactum hoc valere putent, ſi ſoluto matrimonio fuerit interpoſitum, quos *v. citatos à*

2 *Iaſone hic n.* 7. Hoc a, beneficium marito † ſoli competit, non etiam hæredibus ejus (quod & in aliis perſonis obtinet *l. ſciendum* 25. *de re judicat.*) *l. maritum* 12. *l. vi* 15. §. 1. *ſolut. matrim.* ubi lapſus eſt Gothofr. qui diſtinguit inter hæredem ſuum & extraneum propter *l. etiam* 18. *in pr. ſolut. matrim.* nec animadvertit ibi agi de eo hærede mariti, qui ſimul eſt filius uxoris quæ repetit dotem: nec interetit, an hic ſit emancipatus, nec ne, modo filius ſit communis; & ex adverſo, non proderit eſſe ſuum hæredem ſi ex alia uxore natus ſit. Sed in quo conſiſtit tan-

3 dem hoc † beneficium, quod quis condemnatur in ſolidum, ſed tantum in quantum facere poteſt? Videturn. hoc commune eſſe omnibus debitoribus, qui utique ultra quam poſſunt & eſt in bonis, non poſſunt exigi. Ecquid n. prodeſt condemnari in ſolidum debitorem, ſi ob paupertatem ſolidū actor conſequi nequit. Etenim tantum quem facere poſſe, qua facultates ipſius patent, ex hoc §. apparet; quo Juſtin. ait, ſi dotis quantitati concurrant facultates mariti, in ſolidum eum condemnari; tum etiam facit quod hoc ſoli donatori tributū eſt, ut ita exigatur ne egeat, ſed aliquid ei relinquatur *l. inter eos* 19. §. 1. *& l. & ex. hac.* 49. *de re jud.* Quid a. ultra ab extraneo debitore quis ſperare poſſit, quam, qua facultates ejus ſeſe extendunt? cum & hoc receptum ſit, ut non liberetur, qui exactus eſt, in quantum facere poteſt ſed in reſiduum maneat obligatus, ſi forte ad meliorem fortunam pervenerit. Si jus vetus reſpicimus, quo debitores, qui ſolvendo non erant, nectebantur creditoribus & iis qua ſi in ſervitutem addicebantur, magnus apparet hujus privilegii effectus.

Poſt L. Juliam, quæ beneficium ceſſionis bonorum introduxit, hoc accommodum eſt in iſto beneficio, quod non coguntur hæ perſonæ cedere bonis, quod qui faciebant, licet jure infames vere non erant, tamen notam & quam infamiam facti appellant; non effugiebat; quin probabile eſt eorum qui bonis ceſſiſſent, publice bona diſtracta fuiſſe; quod quam fuerit ignominioſum, oratio *Cicer. pro Quintio* docet; non eſſe tamen vere notatum eum, qui bonis ceſſit, docent *l. debitores* 11. *Cod. ex quib. cauſ. inf. l. ultim in pr. C. de qui bon. eod. poſſ.*

Et tamen fugitationem & notam qualemcunq; effugiſſe in lucro ponendum eſt. Sed & quod Juſtinian. hic ait, damnandum maritum, quatenus facultates ejus patiuntur, pinguius & ita accipiendū eſt, ut tamen aliquid ei relinquatur ad alimenta neceſſaria. Generale enim eſſe puto, nec ad ſolum donatorem reſtringendum, quod eſt in *l. inter* 19. *in f. de re jud.* non totum extorquendum eſſe reo convento, ſed ipſius rationem habendam ne egeat, quod in genere expreſſum eſt in *l. in condemn.* 133. *de R. I.* & notant comm. Interpp. hic cum ceteri debitores etiam usq; ad peram & ſacculum, ut loquuntur, excutiantur; nec niſi miſericordiæ cauſa ipſis aliquid relinquatur *l. qui bonis* 6. *de ceſſ. bon.*

Propter retentionem quoque.] Multa hic quærenda & explicanda occurrunt. Et 1. an & quid differt † retentio à compenſatione, de qua in §. pe- 4 nult. nominatim & ſeparatim agit, cum hoc loco tantum facit mentionem retentionis. Deinde, quid ſit, minui repetitionem dotis; an mulier minus petere debeat, ipſo jure imminuta actione, an per objectam exceptionem minoris condemnetur maritus. Tertio cur dicat Juſtinianus, marito conceſſam eſſe Quaſi retentionem. Et denique ob an ſumptus tantum & hos neceſſarios tantum repetitio dotis, vel condemnatio minuatur: cum præſertim nos ad Pandectarum libros remittat. Vereor ne nimis ſimus religioſi an potius ſuperſtitioſi, dum ſingulorum etiam verborum rationes reddere, præſertim in textibus & reſponſis, aut deciſionibus Triboniani, nimis anxie laboramus. Et

ex D.-

ex Digeſtorum libris, videlicet *l.5. de impenſ.in res dot. l.56.§.3. de jure dot.* diſcimus, quod per impenſas neceſſarias dos ipſo jure minuatur, adeo ut etiam fundus deſinat eſſe dotalis, ſi per partes tantum ſit impenſum quanti eſt ipſe fundus. Quod ſi ita eſt, cum vel maxime ea proprie κατ' ἐξοχὴν ſit compenſatio, quæ facit ut ipſo jure actio minuatur, & debitum contribuatur hinc inde, neceſſario ſequitur, quod ob neceſſarias impenſas compenſationi vel maxime ſit locus.

Et videtur vero iſte caſus huc non pertinere, nec ad hanc materiam, qua juxta *hunc §.* minus per actionem conſequatur quis, quam ſibi debetur: ſiquidem ipſo jure minuto debito, minus eſt in actione, nec amplius totum debetur.

Quod fere non obtinet, niſi ubi invicem quantitate debentur; quem caſum & pecuniæ in dotem datæ, non tractare Juſtinianum hoc loco, ex eo apparet, quod ſumtuum factorum meminit: & quamvis, ut diximus impenſæ neceſſariæ ut fundus deſinat eſſe dotalis, efficere dicantur *d.l.5. de impenſ. in res dot.* id tamen non ſimpliciter nec ita procedere poteſt, ut nullo modo actioni de dote ſit locus, ſed officio & cognitione judicis erit opus, ob incertam ſpecierum & corporum æſtimationem: & utique ubi minus eſt impenſum, quam quanti fundus eſt, neceſſario ad judicem perveniendum eſt, & tum retentione marito conſuli veriſſime dicitur, juxta *d.l.5.* ubi JCtus ait maritum manere in detentione fundi dotalis, donec ipſi ſatisfiat.

Et an forte ideo appellatur *quaſi retentio*, quod impenſæ neceſſariæ faciunt, ut ipſo jure minus debeat maritus, ſed qualitas rei debitæ facit, ut jus ſolũ, citra judicem effectum compenſationis inducere non poſſit.

Itaque ſi totum fundum petat mulier, non cenſebitur male egiſſe, aut plus petiiſſe; non vero ideo quod in bonæ fidei iudiciis non ſit locus plus petitioni ut erroris ſui memor ſcribit Hottom. hic. Et huic fini nos remiſiſſe Juſtinian. intelligendus eſt ad latiores Pandectarum libros, ut intelligeremus, quid juris eſſet circa neceſſarias impenſas; nam quod ad utiles attinet, jus vetus mutavit Juſtinian. in *l.un. §. taceat 5. cum §. ſeq C. de rei ux. act.* & retentionem ob eas marito negavit; qua de cauſa etiam neceſſariorum tantum ſumtuum h. §. meminiſſe videtur; aut forte propterea, quoniam ob utiles impenſas non omnimodo marito, nec olim retentio dabatur, per *l. impenſa 79. de V.S. & l. utilium 8. de impenſ. in res dot.*

TEXTUS.

35. Sed & ſi quis cum parente ſuo patronove agat, item ſi ſocius cum ſocio judicio ſocietatis agat, non plus actor conſequitur, quam adverſarius ejus facere poteſt. Idem eſt, ſi quis ex donatione ſua conveniatur.

COMMENTARIUS.

1 *Socio an competat hoc beneficium.*
2 *An etiam patri.*

HOc connectendum erat cum *princ. §. præced. Idem ſi de dote*, ſicut ob reverentiam quam debet marito, uxor eum in ſolidum exigere non poteſt; ita ob eandem cauſam, pater patronuſve, à filio aut liberto conventi, non in ſolidum, ſed in quantum facere poſſunt, condemnantur, l *ſunt qui 16. m f. cum l ſeq. de re jud.* Et etiam addunt rationem Dd. quod cum filius & libertus teneantur alere parentem & patronum, competat ipſis exceptio, dolo facis, qui petis, quod reſtituturus es. Hoc enim præſtat id beneficium reo convento, ut ei relinquatur aliquid ad alimenta neceſſaria; quæ cum patri teneatur præſtare filius, utique non poterit ipſum excutere in ſolidum. Eandem ex hac cauſa, ſtatuunt ex diverſo rationem Dd. ſi filius v.c. emancipatus à patre conveniatur.

Item ſi ſocius cum ſocio.] Hoc non ob reverentiam, quam alter † alteri debeat, ſed ob conjunctionem quandam & affectionem perſonarum, & quaſi fraternitatem quam inducit communio *l. verbum 63. in pr. pro ſocio.* ubi vulgo duo inter ſe iuris loca committuntur in *d.l.16. de re jud. & d.l 63.* Illa hoc beneficium ad ſocium univerſorum bonorum reſtringere videtur: hæc etiam particulari ſocio id facit commune. Cum utrumque reſponſum ſit ipſe ipſe utique ſecum non pugnabit. Ne multis agam, puto hæc non improbabiliter ita componi poſſe, ut Ulpian. in *d.l.16, de re jud.* accipiatur de iis terminis, quibus omnimodo hoc beneficium competit, quod ita regulariter obtinet in patrono & parente ex quacunq; cauſa conveniatur, quin & in marito, licet extra cauſam dotis conveniatur, ut expreſſum eſt, in *l. non tantum 20. de re jud.* ex quo loco *§. præced. in pr.* ſupplendus eſt. Et ergo regulariter ita ob

tinet.

tinet, ut beneficium hoc in quibuſvis actionibus civilibus habeat locum. Qui termini ſi ponendi debent in ſocio oportet neceſſario ponere ſocium cum quo non omnia omnino fuerunt communia, ut extra actionem pro ſocio aliis actionibus poſſit eſſe locus, quod non eſt in iis qui omnium omnino bonorum ſocii ſunt, inter quos non niſi actio pro ſocio dari poteſt. Itaque dum in *d.l.16.* tantum ſocio univerſorum bonorum videtur dari hoc beneficium, non intelligi debet excluſus caſus, quo cum ſocio particulari pro ſocio agitur, ſed quo ex aliis cauſis ſocius convenitur; nam & Juſtinian. hoc §. diſerte ſcribit, tum demum ſocio hoc dari beneficium, ſi cum eo agatur judicio ſocietatis. Sunt aliæ duæ hujus rei explicationes Dd. in *d.l.16. de re judicata, & in d.l.63. pro ſoc.* Prima ut in *d.l.16.* ſubaudiatur particula *maxime.* Altera, ut diſtinguatur inter ſocietatem particularem. Eſt quædam unius tantum negotiationis; eſt alia partis v.c. dimidiæ bonorum, quin & ſocietas omnium bonorum, quæ ex quæſtu veniunt, poteſt dici particularis, ſi conferatur, cum ea in qua etiam veniunt, quæ ex cauſis lucrativis adquiruntur, de qua in *l.3.§.1. ſi ſocietatem §.1 pro ſocio.* In duabus poſterioribus ſpecebus habebit locum *dict. lex. 63. in princ. pro ſoc* non in prima, utcunque actio pro ſocio inſtituta proponatur: nam & hic ceſſat ratio *dict leg.63.* ſiquidem per tam levem ſocietatem ſingularis negotiationis, & parvum duraturæ argum. *princip. ſup. de ſocietat.* non poteſt dici contracta fraternitas.

Et an igitur frater quoque conventus à fratre † gaudebit hoc beneficio? ſimpliciter affirmat Hott. poſt *Ioh Fab. Cynum & alios.* quos refert *Iaſon. l. hic numer.* 4. ubi itidem refert *gloſſ. & Bart.* contrarium tenentes. Pro priori opinione facit ratio *d. l. 93.* nam propter quod unumquodque eſt tale, illud magis eſt tale; & cum igitur ex hac ratione ſocii utantur hoc beneficio, quod ſint inſtar fratrum, etiam & magis veri fratres eodem utentur. Facit ratio ſupra dicta: quod quiſquis ab alio alendus eſt, is hoc beneficio gaudere debet; frater autem à fratre alendus eſt, quod quidem tenent *gloſſa relata à Iaſone* hic, quas limitat Angel. in fratribus utrimque conjunctis; quin ex ratione juris noſtri videatur ſufficere quod frater ſit conſanguineus, quippe cum & ſorori tali danda dos, eſt argument. *l. cum plures* 12. §. 3. *de adminiſtr. tut.* & de alimentis idem bene probat (cum argumentum à dote ad alimenta valeat) *l.4. ubi pup. educ. deb.* Sed iſta pluribus perſequi non eſt hujus loci.

Si quis ex donatione.] Propria hic ratio eſt, quod ingratitudinis ſpeciem ſapiat, ita ſevere & rigide cum eo agere à quo quis beneficium accepit. *l. & exhar. 46. cum l. ſeq. de re judic.* & quidem hac ipſa actione, qua beneficium perſequitur. Ex alia enim cauſa ſi conveniatur, qui donavit, hoc beneficium non habebit: An enim expreſſe Juſtinian. ſi conveniatur ex cauſa donationis, poſt Juriſconſultum in *l. inter* 19 §.1. *de re judic.* Et hoc amplius habet donator, ut cum cæteris conventis non deducatur, ſi quid forte aliis debent, id tamen deducatur convento donatore *d.l.19.§.1.* Atque ita in donatione pura, ſecus in donatione ob cauſam, de quo *v. Iaſon hic n.8.*

TEXTUS.

36. Compenſationes quoque oppoſitæ plerunque efficiunt, ut minus quiſque conſequatur, quam ei debeatur. Nam ex bono & æquo, habita ejus ratione, quod invicem actorem ex eadem cauſa præſtare oportet in reliquum cum cum quo actum eſt, judex condemnat, ſicut jam dictum eſt.

COMMENTARIUS.

1 *Iuris compenſandi & retinendi differentia.*

HIc locus cum §. *Item ſi de dote in f.* conjungendus erat; tractat enim eandem materiam compenſationis ſive retentionis; diximus enim ad d. §. retentionem magis hic intelligi quam compenſationem quæ ipſo jure minuat actionem; hoc enim caſu, qui totum peteret male peteret, & adeo *hic* §. omnino pertinet ad caſum, quo compenſatio indiſcitur per exceptionem; & ob id verbum *oppoſita*; proprie hic uſurpatur; Cetero quin ut diximus ad §. *in bona* 30 *ſupr. h. titul.* etiamſi compenſatio ipſo jure operetur, id tamen allegandum eſt judici. Poſtquam tamen ſublata eſt pœna plus petitionis & actor amplius cauſa non cadit, ſed tantum ſi quod exinde reus damni paſſus eſt, reſarcit, recte ſub hunc §. refertur etiam caſus, quo utrinque quantitates debentur; ut nimirum ſi actore petente decem, reus objiciat ſibi deberi quinque, in quinque tantum condemnetur. Utcunque enim ipſo jure imminutam dicamus actionem,

quia tamen judex ignorat, quid utrimque debeatur, objiciendum id eſt in judicio; & hactenus ſapit ſpeciem exceptionis, quam vis ſi poteſtatem juris & effectum conſideremus, ſit nuda allegatio, quam exceptionem intentionis & facti appellant Dd. ut perinde ſit, ac ſi quis quinque ſoluiſſe, aut accepto ſibi lata objiciat, ſed ait Juſtin. *plerumque*? An forte quia ſi objectio ſit non ſatis liquida, nec debitum ſatis probatum, judex non audit eam allegationē, ſed reum condemnat, ſalva ipſi actione propria, quam apud judicem poſtea inſtituat? an potius hoc dicit propter actionem depoſiti, cui vetat objici compenſationem in §. *in bona* 30. *ſup. h. t.*

Ex bono & æquo.] Hinc notat Hottom. hoc ex eo deſcriptum, qui de bonæ fidei judiciis egerat. Sed enim docet *d. §. in bona ſup. h. t.* quod poſt reſcriptum Marci, oppoſita exceptione compenſatio in ſtricti juris judiciis fuerit admiſſa; atque effectu hactenus illa qualitas quæ bonæ fidei actionum propria erat, ſtricti juris quoque judiciis communicata fuit, & Marcus cenſuit, bonum æquum eſſe, ut reus his quoq; judiciis conventus objicere poſſet compenſationem.

Ex eadem cauſa.] Gloſſa notat id hodie ſecus eſſe poſt *§. in bona ſup. h. titul.* Sed ita arguitur ſocordiæ Tribonianus Jaſon. poſt *Nicol. de Neapoli*, ita hæc explicat verba, ut ſignificent, debeti utrimq; quantitatem; quæ explicatio à verbis eſt aliena. Puto Juſtinianum caſum eum notare voluiſſe, quo maxime compenſatio locum habet, & evidentior eſt æquitas. Et exiſtimo, hoc caſu nullam eſſe exceptionem; nec quidem in depoſito; etenim & depoſitarium ob impenſas neceſſarias in depoſitam rem factas, compenſationem objicere poſſe deponenti, qui repetit rem † depoſitam probavi ad l. 1 *Treutl. diſput. de compenſat.* ſive id compenſationē ſive quis retentionem dicere malit; inter quæ alias hæc videtur eſſe differentia; quod retentio proprie & in ſpecie eſt, ubi quis ꝙ alteri ꝙ eſt, penes ſe habet, & illud retinet, donec de eo quod ſibi deberi prætendit, ſatisfiat; Ceteroquin ubi mutuæ ſaltem obligationes ſunt, proprie retentio non eſt, niſi in genere, quis ita appellet, ubi quis propter mutuum debitum non ſolvit, quod ipſe debet, quæ proprie eſt compenſatio.

Contingit autem ſæpe, ut quis & rem alterius penes ſe, & ſimul dominum aut eum qui jus repetenti habet, propria actione habeat obligatum: qualis eſt maritus qui in dotem fecit impenſas juxta *l. 5. de imp. in res dot.* & quisquis ex alia juſta cauſa rem alterius voluntate ejus penes ſe habet, & in eam impendit, vel damnum per eam paſſus eſt, ita ut contrario judicio agere poſſit: quo pertinet *l. in rebus* 18. *§. ult. Commod.* ubi ICtus ait, quidquid contrario judicio conſequi poſſum, id me ſalvum habere poſſe jure compenſationis ſi recto judicio mecum agatur.

Aliquando autem retentio ſola eſt: veluti ſi quis in rem alienam à ſe poſſeſſam (maxime bona fide) impenſas ſuo nomine fecerit: quem pro impenſis actionem non haberi vera ſententia eſt *l. Paulus* 14. *de doli mali exc. l. ſi in* 33. *de cont. dict. indeb. l. in hoc* 14. §. 1 *verſ. diverſum: comm. divid.* Sed ſi poſſideat retinere poteſt rem, dum ſibi pro impenſis ſatisfiat *dd. textibus & §. diverſo* 31. *ſup. de rer. diviſ.* Sed ut eo redeamus unde digreſſi ſumus, cum deponenti poſſit objici compenſatio ex eadem cauſa, ſequitur omnino (quia deponenti compenſationem objici prohibuit Juſtin.) nō tantum ex eadem cauſa, ſed ex diverſa quoque eſſe locum: & nec olim fuiſſe dubito, cæteroquin anguſtiſſimis finibus concluſum fuiſſet jus compenſationis: Id vel diſcere licet ex *Seneca 6. de benef. cap. 4.* Debitori ſuo inquit, creditor ſæpe damnatur, ubi plus ex alia cauſa abſtulit, quam credito petit.

Non tantum inter creditorem & debitorem judex ſedet, qui dicat, pecuniam credi diſti. Quid ergo? pecus abegiſti, ſervum ejus occidiſti, agellum quem non emeras, poſſides: æſtimatione facta demtor diſcede, qui creditor veneras. Ex quo ſimul & hoc noto, quod proprie loquendo aut jus compenſat aut judex, reus proprie non compenſat, ſed cauſas allegat compenſationis. In *fin.* §. variat lectio: vulgatæ editionis legunt: *præſtare oportet, in reliquum eum, cum quo actum eſt, condemnat.* In manuſcriptis pluribus ita legi *condemnari placet*, Ruſſard. & Pacius teſtantur: lectioni vulgatæ ſi addes verbum *judex*, quod fecit Contius, expedita res eſt: nec opus eſt legere cum Hottom. quem Criſpinus & Pacius in editione quæ vulgo manib. tenitur ſequuntur, *poterit judex condemnare*: quinimo vitioſam lectionem facit verbum *poterit*: neq; enim hoc in arbitrio judicis poſitum eſt, ſed debet ille compenſationis objectæ, ubi debitum certum eſt habere rationem.

TEXTUS.

37. Cum eo quoque, qui creditoribus ſuis bonis ceſſit, ſi poſtea aliquid acquiſiverit, quod idoneum emolumentum habeat, ex integro

integro in id quod facere poteſt, creditores experiuntur : inhumanum enim erat ſpoliatum fortunis ſuis in ſolidum damnari.

COMMENTARIUS.

NEgligenter valde iſtam materiam tractaſſe videtur Tribonianus. *In §. Item ſi* 37. tractat caſum, quo minuitur actio per exceptionem quam vocant competentiæ, mox *in verſ. propter*, eum caſum, quo minuitur ob retentionem, ſive compenſationem. Inde rurſus *in §. ſed & ſi* reddit ad eos qui conveniuntur ſolum in id quod facere ppſſunt, & cum iterum interjeciſſet aliud §. de compenſatione, hoc §. *ult.* aliud adhuc exemplum ejus debitoris proponit, qui non ultra quam facere poteſt condemnatur. Cauſa huius beneficii eſt miſeratio, ne iterum in ſolidum excutiatur, qui ſemel omnibus ſuis bonis ceſſit, ut hoc loco in extremo Juſtin. ſcribit. Illud autem ex hoc §. evidenter probatur, quod poſt ceſſionem nihilominus adhuc obligatus in reſiduum maneat debitor, & quidem, cum efficaciter rurſus conveniri poſſit, naturaliter & civiliter, quod communiter probari à Dd. teſtatur *Iaſon. contra gl.* quæ per ceſſionem putant tolli civilem obligationem. Præter rem autem eſt, quod Interpp. hic tractant materiam ceſſionis. Unum adhuc genus perſonarum eſt, quibus hoc beneficium competit, ſpeciali favore & privilegio nimirum milites armatæ militiæ *l. miles 6. in pr. & l item* 18. *de re judic.* Eſt autem in univerſum privilegium hoc plane perſonale, quod nec hæredibus datur *l. ſciendum* 25. *de re jud. l. maritum* 12. *l. rei* 15 *ſolut. matrim.* nec fidejuſſoribus *l. etſi* 24. *de re judic.* Ex quo efficitur, ut ubi fidejuſſor datus eſt, hoc remedium ſit fere inutile debitori, quoniam fidejuſſor in ſolidum exactus, itidem in ſolidum exiget actione mandati reum principalem. Relatio enim illa, quæ eſt inter creditorem & reum principalem, non eſt inter creditorem, & fidejuſſorem, nec rurſus inter hunc & eũ pro quo fidejuſſit. Et licet jure novo prius conveniendus ſit principalis, attamen quod ab hoc conſequi non potuit creditor, exigetà fidejuſſore, cum eodem iure novo non electioni & litis conteſtatione, ſed ſolutione demum perimatur obligatio *l. ult. C. de fidejuſſ.* Cautelam tamen tradunt Interpp. *in §. ſed & ſi quis ſup. h. t. & ibi Iaſon. num.* 12. ut fidejuſſor conventus denuntiet Reo principali, & hic veniens ſuſcipiat in ſe iudicium, & hanc exceptionem opponat. Quod haud ſcio an rationi iuris conveniat, cum creditor propriam actionem ex ſtipulatu habeat contra fideiuſſorem : & alias fruſtranei eſſent textus, qui fideiuſſori hoc beneficium competere negant : & ita fieret iniuria creditori, qui accipiendo fideiuſſorem, in omnem eventum ſibi voluit eſſe conſultum.

AD TITULUM VII.

LIBRI QVARTI INSTITUTIONUM,

QVOD CVM EO QVI IN ALIENA poteſtate eſt, negotium geſtum eſſe dicitur.

TEXTUS.

Quia tamen ſuperius mentionem habuimus, de actione, qua in peculium filiorum ſervorumque agitur, opus eſt, ut de hac actione & de cæteris, quæ eorundem nomine, in parentes dominosve dari ſolent, admoneamus diligentius. Et quia ſive cum ſervis negotium geſtum ſit, ſive cum iis qui in poteſtate parentum ſunt, fere eadem jura ſervantur, ne diſputatio verboſa fiat, dirigamus ſermonem in perſonam ſervi dominique: idem intellecturi, de liberis quoque & parentibus, in quorum poteſtate ſunt. Nam ſi in his proprie quid ſervetur, ſeparatim oſtendemus.

COMMENTARIUS.

DE actionibus, quæ hoc tit. explicantur, accurate ſatis egi *tract. de action. diſp. 8. De actionibus prætoriis in perſonam.* In textu, ſi quæ occurrent explicatu digna, videamus. Continuationis ratio exponitur in pr. hujus textus, *ex §. actiones* 10. vel *ex §. ſunt præterea* 36. *tit. præced.* quibus locis Juſt. aliquid attigit de actione de peculio, de qua & aliis quę danturin patrem & dominũ ex conventionib. filiorum & ſervorum hoc tit. plenius agit, ſimul & iis quæ ex liberorum & ſui juris hominum quibuſdam contractibus in alios dantur. Et nimirum quiſque obligatur ex conventione aut propria aut aliena : & hac vel ejus, qui eſt in poteſtate noſtra aut non eſt, quod contingit in actione inſtitoria, & exercitoria, de qua *ipſe h. titul.* nam cum a-

Digitized by Google

ctio contra alios detur, eos etiam aliqua obligatos eſſe neceſſe eſt: aliqua dico, nam revera non ſunt obligati, niſi quatenus factum præpoſitionis v. c. facit, ut prætor in ipſos propoſuerit actionem: Eſt enim hoc juris præterii, nec ſatis convenit juri civili, ut quis ex conventione aliena obligetur, ut maxime hic ſit in ejus poteſtate. Nam ut hic domino vel patri acquirat actionem, jus poteſtatis facit, nec adeo conſequitur, ut etiam per eam pater dominuſve debeant obligari: & ita nimirum tradidit *Juſtin. in d. §. actiones* 10. *tit. prac.* ex contractibus ſervorum & filiorum, dominos patreſve jure civili non obligari: ut proinde quæ in hos actiones iſtæ,, de quibus h. tit. dantur, magis eæ ſint dativæ quam nativæ.

Eadem fere.] Merito adjecit fere. Nam 1. filiuſf. contrahens & ipſe obligatur ita ut conveniri poſſit, *l. filiuſf. 36. de obl & act.* ſervus ita non obligatur §. *Item 6. ſup. de inutil. ſtip.* 2. Servo mutuam pecuniam accipiente, dominus de peculio obligatur: quod in filiofam. ſecus ob SC. Macedonianum, §. *Illud. 7. infra h. t.* 3. Filiuſf. etiam ſi fide juſſerit novaverit, compromiſerit, obligat patrem de peculio: quod ſecus eſt in ſervo extra cauſam peculiarem *l. 3. §. ſi filiuſf. 5. de peculio.*

TEXTUS.

1. Si igitur juſſu domini cum ſervo negotium geſtum erit, in ſolidum prætor adverſus dominum actionem pollicetur, ſcilicet, quia is qui ita contrahit, fidem domini ſequi videtur.

COMMENTARIUS.

1 *Quomodo juſſu domini cum ſervo contrahi dicatur.*

ACtio hæc *quod juſſu* naſcitur ex ſpeciali & expreſſa domini voluntate, ideoque merito tenetur dominus, quoniam contrahens cum ſervo ex domini juſſu, videtur jubentis † fidē ſequi: ideo- 1 que etiam tenetur dominis in ſolidum *h. textu:* ſcil. quatenus juſſit, & ita reſpective ad actionem de peculio: cæteroquin ſi extra & ultra juſſum quid egerit ſervus, eatenus dominus actione hac quod juſſu non tenebitur. At videri poſſit omnino directa actione dominus teneri, ut ſervus inſtar nuntii & miniſtri cenſeatur, in cujuſmodi terminis non miniſter, ſed ipſe qui alterius miniſterio utitur, convenitur *l. qui autem* 14. §. *ultim. cum l. ſeq. de conſt. pecun. arg. l. ſi pupilli* 6. §. 1. *de negot. geſt.* Sed n. tum ſervus nuntii, aut miniſtri nudi vices habet, cum dominus, verbi cauſa, ipſe mutuum accepit, & ſervo pecuniam numerari jubet, quo caſu ceſſat actio, quod juſſu *l. ultim. quod juſſu.* Sed cum dominus ipſum ſervum contrahere jubet, ſimplicis miniſtri perſonam ſervus non ſuſtinet: idque manifeſte inde evincitur, quod filiuſfamil. ſi patris juſſu contrahat ipſe quoque obligatur *l. 3. §. Sed utrum 4. de minorib. l. pater 7. quod cum eo qui in al.* Quibus non obſtat *l. 4. Cod. eod.* quia ibi filius tamquam miniſter intervenit tantum, & ipſe pater contraxit, ut arguunt verba, *ex contractu patris*, itaque *in l. 1. in princip. h. titul.* quod videatur *quodammodo* (non vere) contrahi cum eo qui jubet. Sed porro quomodo intelligemus juſſu domini contractum? an quod dominus ſervum juſſit cum Titio contrahere, an quod juſſerit Titium contrahere cum ſervo? Et poſterius hoc plerique textus ſub hoc titulo ſuadere videntur, & inprimis quod paſſim dicitur juſſu domini cum ſervo contractum: alias enim ſimpliciter dicendum fuiſſet juſſu domini ſervum contraxiſſe: & *l. 1. §. 1. h. titul.* proponitur juſſum ita conceptum: *Quod voles cum ſervo meo contrahere &c.* Hæc res olim diverſas opiniones peperit inter *Joh. & Plac.* quarum meminerunt *Joh. Fab. & Angel. hic.* Et ſiquidem verba ad contrahentem directa proponimus, videtur actioni mandati eſſe locus, nec neceſſaria actio. *Quod juſſu.* idque etiam confirmat *l. ſi tibi C. mandati.* Hac de cauſa *Johann. Faber* diſtinguit an verba dirigantur ad contrahentem cum ſervo, & tum etiam actionem mandati competere per *d. l. ſi tibi*, præter actionem quid juſſu: an dirigantur ad ſolum ſervum, & tum ſolam eſſe actionem *quod juſſu.* Et vero quod juſſu domini cum ſervo contrahi dicitur, non facit, ut neceſſario verba ſint dirigenda ad contrahentem cum ſervo: ſed eo pertinet, quod ille juſſum & voluntatem domini, quam ſervus oſtendit, ſecutus, cum ſervo contrahit: & facit, quod actioni huic locus eſt, ſi ſaltem ſubſcripſerit dominus chirographo ſervi *l. 1. §. ſed & 4. h. t.* tum, quod alias non juſſum ſed mandatum diceretur: & nimirum jubere dicitur dominus dum cum ſervo loquitur & agit, qui hoc facit ex neceſſitate ſervili: ideoque idem eſt, ſi dominus uſus fuerit verbo *mandandi*, quia perſonæ qualitas facit, ut id de juſſu explicetur *l. 1. §. 5. h. tit.* quod inepte moneretur, ſi verba ad tertium fuiſſent directa in quo verum eſſet mandatum.

tum. Quod autem & hoc casu sit actio *quod jussu* probatur per *l.1.§.1.l.2.in pr.h.t.* aut an utrumq; illic casib⁹ concurrisse dicimus, ut & dominus jusserit servum contrahere, & quoq; tertio hoc intimaverit: cæteroquin si hoc solum interv enerit, ut dominus alii mandaverit, cum servo suo contrahere, videbitur sola esse actio mandati.

TEXTUS.

2. Eadem ratione prætor duas alias in solidum actiones pollicetur: quarum altera exercitoria, altera institoria appellatur. Exercitoria habet tunc locum, cum quis servum suum magistrum navi præposuerit, & cum eo quod ejus gratia cui præpositus erit, contractum fuerit. Ideo autem exercitoria vocatur, quia quis is appellatur exercitor, ad quem quotidianus navis quæstus pertinet. Institoria habet tunc locum, cum quis tabernæ forte aut cuilibet negotiationi servum suum præposuerit & quid cum eo ejus rei causa cui prepositus erit, fuerit constitutum. Ideoque autem institoria appellatur, quia qui præponuntur negotiationibus, institores vocantur. Istas duas actiones tamen prætor reddet esse hominem quis liberum aut alienum servum tabernæ aut navi aut cuilibet negotiationi præposuerit, scilicet quia eadem iniquitatis ratio etiam eo casu interveniat.

COMMENTARIUS.

1 *An & ipsi liberi homines v. c. institores teneantur, ad* l. ult. de instit. eod.

2 *An præponens quoq; habeat actionem contra eum qui contraxit cum institore.*

HÆ duæ actiones habent causam, generalem domini volũtatem, dum quis navi aut v. c. tabernæ præponitur: Etenim institor proprie est, qui negotiationi alicui quæstuariæ præficitur, non ut unum, sed ut plures contractus, faciat, vendendo, emendo, permutando, pro ut ratio illius negotiationis exposcit. Minus autem proprie est institor, qui recipiendis, verbi causa, mutuis pecuniis aut ad singulares actus præficitur, quo casu quoque utili tantum institoriæ est locus *l.pen.C. de instit. act.* Qui autem navi præponitur, magister dicitur: & qui eum præponit, exercitor: à quo actio exercitoria appellata est, cum institoria à præposito nomen acceperit: nulla alia, ut puto ratione, quam quod istæ appellationes vilæ fuerunt concinniores. Ut alterutra competat, oportet contractum esse juxta Legem propositionis, & eius rei gratia ad quam quis propositus fuit *h.§.l.1.§.nõ autem 7.cum jeqq.de exercit. act.l.5.§.non tamen 11.de instit. act.* cujus probatio cui incumbat, docet *l.ult.de exercit. act.* hanc enim, voluntas domini, quamvis suo sensu generalis, habet limitationem & determinationem. Hoc autem distant hæ duæ actiones à cæteris quæ *hoc tit.* proponuntur, quod etiam competunt, si quis hominem liberum & sui juris navi aut tabernæ præposuerit *h.§. in fin.* Nihilominus enim, licet ipsi institores & hic teneantur, quia ipsi contraxerunt, *l.1.§.est autem 17.& §.pen.de exercit. act.* ipse quoq; præponens convenitur prætoria actione *h.§. in fin.* Cui & quod ipsi præpositi † teneantur, si liberi homines sint, objici solet *l ultim. de institut. action.* Sed respondetur, cum Interpp. ibi non contraxisse institorem, sed tantum confessum fuisse nomine præponentis, pecuniam ad mensam suam pervenisse & accurate & prolixe hanc objectionem removi *Tract. de Action. disp.8 th.11.* Illud quæritur, an sicut † præponens obligatur contra- 2 henti cum institore, ita vicissim præponens contra eum qui cum institore contraxit, habeat actionem. Et perspicua est ratio differentiæ ob quam præponenti actio non datur: quoniam imputari sibi debet qui proposu t *arg. l.1. §. cujus autem 4. de exerc. act.* Et cum ex præpositione lucrum capiet, æquum putavit prætor, cum quoque teneri; quæ ratio cessat in eo qui cum institore contrahit, qui id usus necessarii causa fecisse intelligitur, & simul secutus fidem præponentis: quod non potest videri fecisse præponens, qui indefinite cum omnibus jus contrahendi permisit institori. Itaque placuit sufficere actionem ordinariam præponenti contra præpositum, mandati, vel negot. gest. vel etiam Locati *l. 1. §. sed ex 18. de exerc. act.l.1.§. de instit. act.* & regula juris non patitur, ut per liberum hominem alteri adquiratur actio. Et id de exercitore ita responsum est *in d. l. 1. §.18.* & errat Accursius qui ibi putat secus esse in institore: per *d.l.1.in fin. de instit. act.* nam ut recte observavit

vavit Faber hic, eſt illa tantum utilis actio, & quæ ex æquitate in ſubſidium & quaſi extra ordinem accommodatur proponenti, ubi inſtitor ſolvendo non eſt, ita ut qui propoſuit rem ſuam aliter ſervare non poſſit *l.2. de inſtit. act.* At *in d.l.1.§.18. de exerc. act.* proponitur jus ordinarium, & tamen in fin. additur: quod præſides provinciarum extra ordinē juvare ſoleant exercitores: quod bene convenit, cū *d.l.2. de inſtit. act.* neq; vero ulla idonea differentiæ ratio inter exercitorem & inſtitorem afferri poſſit. Porro quid juris ſit in procuratore ſimplici, an & qui cum eo contraxit adverſus mandatem habeat actionem & viciſſim hic contra illum, explicavi *d. diſp. 8. theſi XI.*

TEXTUS.

3. Introduxit & aliam actionem prætor, quæ tributoria vocatur. Namque ſi ſervus in peculiari merce, ſciente domino negotietur, & quid cum eo ejus rei cauſa contractum erit, ita prætor Jus dicit, ut quidquid erit in his mercibus, quodque inde receptum erit, id inter dominum ſi qui ei debebitur, & cæteros creditores pro rata portione diſtribuatur: & ideo tributoria vocatur, quia ipſi domino diſtributionem prætor permittit. Nam ſi quis queratur ex creditoribus, quaſi minus quam oportuerit, tributum ſit, accommodat ei hanc actionem, quæ tributoria appellatur.

COMMENTARIUS.

1 *Hac actio competit ob dolum.*

Qui peculium concedit, hoc ipſo facultatem contrahendi ſervo quoq; feciſſe cenſetur, arg. *l.1.§.5. de adq. poſſeſſ.* Sed ea voluntas eſt paulo generalior & aliquanto remotior à ſingulis contractib. eoq; actio de peculio ita in dominum datur, ut is prius deducere poſſit, quidquid ſibi ſervus debet, ut dicem⁹ *ad §. ſeq.* Sed in caſu qui hoc *§.* tractatur voluntas domini eſt paulo, ut ita loquar, vicinior, ſi dominus ſciat ſaltem & patiatur, ſervum in merce peculiari negotiari h. §, itaq; in hac actione tributoria privilegium deductionis non habet, ſed æquali jure cum cæteris creditoribus in tributū vocatur *l.1. in pr. de tribut. act.* niſi mercib. cedere velit. *l.5.§. ſed etſi* 12. *cum ſeqq. l. illud* 7. §. 1. *de trib. act.* Et ſi inæqualiter & inique verſatus ſit in diſtributione domin⁹ aut ſi merces penes ſe retineat nec tribuere velit, (hoc enim eſt quod dicitur *l.7.§.1. h.t.* minus & eum hic diſtribuiſſe dici, qui nihil tribuit) hac actione convenitur ut dolus † ejus coerceatur *h.§. in fi. & d.l.7.§.2.* Vidi, qui putarent abſurdū eſſe, tantum ob dolum huic actioni locum eſſe. Sed illi non animadverterunt, ita edixiſſe prætorē, ut domininus cedat mercibus, aut æquāliter eas diſtribuat. Et hac ten⁹ nulla actio. Quod ſi vero interpellatus à creditoribus dominus, mercibus nec cedat, aut improbe & inique in diſtribuendo verſatus ſit, jam coercendo dolo hæc actio demum eſt comparata: *h.§. in fi. & l.8. de trib. act.* ubi J Ctus non aliter, niſi interveniente dolo competere hanc actionem, quamvis ut eſt *in pr. d.l.8.* non ſit de dolo, id eſt, non ſit illa actio doli, quæ famoſa eſt, & ideo pœnalis habetur, ſed eſt rei perſecutoria *l.7.§. ultim. de trib. act.* nec damnatum ſequitur infamia: quo reſpectu præcipue opponitur actioni de dolo, quæ alias & ipſa non tripli aut dupli, ſed rei perſecutoria actio eſt.

TEXTUS.

4. Præterea introducta eſt actio de peculio, deque eo quod in rem domini verſum erit: ut quamvis ſine voluntate domini negotium geſtum erit, tamen ſive quid verſum fuerit in rem ejus, id totum præſtare debeat: ſive quid non ſit in rem ejus verſum, id eatenus præſtare debeat, quatenus peculium patitur. In rem autem domini verſum intelligitur, quidquid neceſſario in rem ejus impenderit ſervus: veluti ſi mutuatus pecuniā ejus creditoribus ſolverit, aut ædificia ruentia ſulſerit, aut familiæ frumentum emerit, vel etiam fundum, aut quamlibet aliam rē neceſſariam mercatus erit. Itaque, ſi ex decem putā aureis, quos ſervus tuus mutuo accepit, tuo creditori quinque aureos ſolverit, reliquos vero quinq; quolibet modo conſum-

ſumpſerit, pro quinque quidem in ſolidum debes dãnari, pro cæteris vero quinque eatenus, quatenus in peculio ſit. Ex quo ſcilicet apparet, ſi toti decem aurei verſi fuerint in rem tuam, totos decem aureos Titium conſequi poſſe. Licet enim actio una ſit, qua de peculio deque eo quod in rem domini verſum ſit agitur, tamen habes duas condemnationes. Itaque judex apud quem de ea actione agitur, ante diſpicere ſolet, an in rẽ domini verſum ſit, nec aliter ad æſtimationem peculii tranſit, quam aut nihil intelligatur in rem domini verſum aut non totum. Cum autem quæritur, quantum in peculio ſit, ante deducitur, quidquid ſervus domino eive qui in poteſtate ejus eſt, debet, & quod ſupereſt id ſolum intelligitur peculium. Aliquando tamen id quod ſervus ei debet qui in poteſtate domini ſit, non deducitur ex peculio: veluti ſi is in ipſius peculio ſit: quod eo pertinet, ut ſi quid vicario ſuo ſervus debebat, id ex peculio ejus non deducatur.

COMMENTARIUS.

CAuſa, propter quam ex contractu ſervi in dominum actio datur, in univerſum eſt duplex: tum voluntas domini, quæ tamen non eſt ubique unius generis, ut ex hactenus explicatis patet: tum utilitas domini, quod nimirum ex contractu ſervi ad dominum aliquid pervenit, & ille locupletior factus eſt: quod dicitur in rem domini verſum eſſe, de qua actione hoc §. agitur, ſimul & conjunctim de actione de peculio, de qua diximus *& ſup. titul. præced. ad §. actiones* 10. *& lat. tract. de action. diſp. 9. th. 9.* Ita autem h. § diſputat Juſtinianus quaſi actio de in rem verſo non ſit ſeparata actio, ſed tantum actionis de peculio adjectio: ut ex *pr. §.* & inprimis licet colligere ex *verſ. licet*, ubi diſerte ait eſſe unam actionem, ſed quæ duas habeat condemnationes. Cujus quaſi unionis ea ratio videtur, quoniã quod in rem domini verſum eſt à ſervo qui peculium habet, hoc ipſum dominus ſervo debere intelligitur, itaque peculium auget, & tanto plus in eo eſſe cenſetur, ut docet *l. 1. §. ult. de in rem verſo.* Itaque etiam ſi ſimpliciter ſi de peculio agatur, hoc quoque per conſequentiam venit, quod in rem domini verſum eſt. Sed utilius ita agitur, ut actioni de peculio hæc clauſula de in rem verſo adjiciatur. Ita enim actione inſtituta, juxta *verſ. Itaque judex h. §.* inprimis judex diſpicit an quid in rem domini verſum ſit, & hoc totum quantum eſt, adjudicat actori: & hactenus actionis de peculio natura per iſtam adjectionem alteratur, quoniam non poteſt dominus uti privilegio ſuo, & deducere quod ſibi debetur. Et hæc eſt una condemnatio. Quod ſi *juxta verſ. Itaque ſi ex.* non totum in domini rem verſum eſt, in eo quod ſupereſt condemnatur dominus, quatenus in peculio eſt, ſalvo ſcilic. privilegio domini, quod habet ſi conveniatur ſimplici actione de peculio. Eaque gratia *in fin. hujus §. in verſ. cum autem*, docet Juſt. quidnam intelligatur eſſe in peculio, cujus in condemnatione ſecunda judex habeat rationem: Et nimirum in peculio eſſe intelligitur, quod ſupereſt deducto eo, quod ſervus naturaliter domino debet. Sicut enim quod dominus ſervo debet auget peculium, & in eo computatur: ita ex diverſo, quod ſervus domino debet, peculium minuit & extra peculium reputatur: & dominus quaſi prævenieſſe, & exegiſſe intelligitur. Idemque adeo eſt, ſi quid ſervus debeat iis qui ſunt in ejuſdem poteſtate, quoniam per hos domino obligatio adquiritur, & hoc ipſi domino debetur, *l. 9. §. 3. de pecul.* Excipitur tamen *h. §. in fin.* ſi quid ſervus ordinarius debeat vicario ſuo: licet enim hic revera ſit conſervus, & utique in poteſtate ejuſdem domini, attamen cum ex domini deſtinatione & voluntate vicarius ipſe ſit in peculio ſervi ordinarii, quod hic illi debet, non poteſt cenſeri extra peculium, neque proinde id dominus deducere poteſt. Et tamen aliquando actio de in rem verſo ſeparata ab actione de peculio, & ſola in judicium poteſt deduci, verbi cauſa, ſi peculium ademptum, aut ſervus mortuus, & annus intra quem de peculio his caſibus agi poteſt finitus ſit. Sed nec dubitandum putarim poſſe quem ſi velit, ſeorſim agere de in rem verſo, utcunque poſſit etiam de peculio agere. Et Juſtinianus dum ait eſſe unam actionem oſtendit, hoc ſaltem, quod per unam actionem utrumq; in judicium deduci poſſit, & quæ commodiſſima ratio agendi ſi, docet. Quando porro & quid dicatur eſſe in rem domini verſum, ipſe Juſtinianus oſtendit exemplis *in verſ. In rem*: ubi tamen obſervandum, quod, dum meminit impen-

penſarum neceſſariarum, caſum magis certum exprimere voluerit, id eni n omnino certo verſum in rem domini eſſe apparet: cæteroquin ſi quid utiliter geſſerit ſervus & rem domini meliorem fecerit, id excluſum non intelligitur, ut apparet ex *l. 5. §. 2. & paſſim tot. tit. de in rem verſ.*

TEXTUS.

5. Cæterum dubium non eſt, quin is quoq; qui juſſu domini contraxerit, cuique inſtitoria vel exercitoria actio competit, de peculio, deq; eo agere poſſit, quod in rem domini verſum eſt: ſed erit ſtultiſſimus, ſi omiſſa actione, qua facilime ſolidum ex contractu conſequi poſſit, ſed ad difficultatem probandi perducat, in rem domini verſum eſſe, vel peculium ſervum habere, & tantum habere, ut ſolidum ſibi ſolvi poſſit. Is quoq; cui competit tributoria actio, æque de peculio & de in rem verſo agere poteſt: ſed ſane huic modo tributoria expedit agere, modo de peculio & de in rem verſo. Tributoria ideo expedit agere, quia conditio domini in ea non eſt præcipua, id eſt, quod domino debetur, non deducitur, ſed ejusdem juris eſt dominus cujus & cæteri creditores: at in actione de peculio ante deducitur, quod domino debetur, & in id quod reliquum eſt, dominus creditori condemnatur. Rurſus de peculio ideo expedit agere, quod totius peculii in hac actione ratio habetur: at in tributoria ejus tantum quo negotiatur. Et poteſt quisq; tertia forte parte peculii aut quarta, vel etiam minima negociari: majorem autem partem in prædiis vel mancipiis, aut in funebri pecunia habere. Prout ergo expedit, ita quisq; vel hanc actionem, vel illam eligere debet. Certe qui poteſt probare in rem domini verſum eſſe, de in rem verſo agere debet.

COMMENTARIUS.

PErſpicuus hic locus eſt: & hoc 1. docemur ex contractu ſervi plures actiones dari, & concurrere: veluti ſi ſervus qui peculium habet, inſtitor ſit, & in rem domini quid verterit, actioni inſtitoriæ, de peculio & de in rem verſo locus eſt. Cujus rei hæc ratio eſt, quoniam ut monuimus *ad fin. §. actionum 28. tit. præced.* iſtæ non propriæ & per ſe ſubſiſtentes actiones, ſed actionum ex contractu qualitates & adjectiones ſunt: veluti ſi inſtitor vendiderit, & pecuniam in rem domini verterit, competit cõtra dominum revera una actio exempto, ſed tripliciter, ex empto, inſtitoria exempto, de peculio: & exempto, de in rem verſo. Concurrunt porro hæ actiones non cumulative, ut plurib⁹ ſimul aut ſucceſſive uti liceat, ſed elective, ut per unam altera conſumatur. Nam quod hic eſt reſponſum de actione tributoria, & de peculio, in *l. 3. §. 1. de tribus. action.* eligere debere creditorem qua actione experiri velit, & una electa (id eſt cum effectu, in judicium nimirum deducta,) ad alteram regreſſum non eſſe: id in cæteris quoque actionibus concurrentibus, quæ hic proponuntur, haud dubie locum habet. Obtinet enim hic in omnibus communis ratio, quod ex unico contractu deſcendunt. Et quoniam igitur omnes conſumuntur electa una, & non omnium eadem ratio eſt, ideo intereſt creditoris, ut hic prudenter agat & actionẽ eligat, quæ commodior & utilior futura ipſi eſt. Eoque pertinet hic §. in quo hoc agit Juſtinian. ut creditorem informet, & inſtruat, quæ actio ſit utilior, & qua quod ſibi debetur plenius, aut facilius conſequi poſſit. Et quod etiam notavi *Tract. de actionib. diſput. 8. th. 16.* prærogativa iſtarum actionum, vel pendet à propria earum qualitate, vel ab aliquo accidenti. Ad prius pertinet tum quod actio in ſolidum eſt, qua de cauſa præſtat agere actione. quod juſſus, vel inſtitoria quam de peculio *h. §. verſ. ſed erit.* tum quod in ea dominus privilegium non habet, qua de cauſa rurſus præſtat experiri Quod juſſu, vel inſtitoria, vel etiam tributoria quam de peculio, in qua dominus, ut paulo ſuperius diximus, deducit, quod ſibi debetur *h. §. verſ. tributoria.* Ad poſterius pertinet, quod peculium eſt locuples; (quod facit, ut potius actione de peculio quam tributoria agere expediat, *juxta verſ. rurſus h. §.*) quod in majori parte peculii negotiatus eſt ſervus, (& hic expedit agere tributoria *d. verſ.*) quod ſervus domino nihil debet, (quo caſu utilior eſt actio de peculio, *argum. § prætor. in fin.*) & ſi quæ ſunt

Digitized by Google

ſunt alia. Et inprimis quia non ita facile eſt ſemper probare, in rem domini pecuniam verſam eſſe, ex hac cauſa minus utilis eſt actio, de in rẽ verſo, juxta *h. §. in præced. verſ. ſed erit* ibi, *ad difficultatem probandi.*

TEXTUS.

6. Quæ diximus de ſervo & domino, eadem intelligimus, & de filio, & de filia, & nepote & nepte & patre avove, cujus in poteſtate ſunt. Illud proprie ſervatur in eorum perſona, quod Macedonianum Senatusconſultum prohibuit mutuas pecunias dari eis, qui in poteſtate parentis ſunt: ei qui crediderit, denegatur actio tam adverſus filium ipſum, filiamve, nepotem neptemve (ſive adhuc in poteſtate ſint ſive morte parentis, vel mancipatione ceperint eſſe ſuæ poteſtatis) quam adverſus patrem avumve: ſive eos adhuc habeat in poteſtate, ſive emancipaverit. Quæ ideo Senatus proſpexit; quia ſæpe onerati ære alieno creditarum pecuniarum, quas in luxuriam conſumebant, vitæ parentum inſidiabantur.

COMMENTARIUS.

QUÆ *diximus.*] Hoc jam monuit ſup. ad *princ. tit.* ſe tantum de domino & ſervo locuturum, & ſi quid ſpeciale ſit in filio & patre, ſe ſeparatim traditurum, quod ſtatim etiam in *verſ. ſeq.* præſtat, uno tamen ſaltem adducto exemplo, (plures differentias notavimus ad *d. princip.*) de mutuo, pecuniæ numeratæ (nam ad alias res mutuo datas, niſi fraus facta ſit Senatusconſultũ non pertinet *l. item ſi 7. §. mutui 3. ad SC. Macedon.*) quod fruſtra contrahit filius ob SCtum Macedonianum, cujus ſententiam, & cauſam h. §. ſuccincte proponit Juſtinianus; idq; factum ſub Veſpaſiano diſcimus ex *Suetonio cap.* 11. Autor, inquit, Senatui fuit, decernendi, ne filiorum familias fœneratoribus exigendi crediti juſſum quam eſſet, ne poſt patrum quidem mortem. Aperte adeo inepte ſunt, qui hic locum Plauti adducunt, de Lege, Quina vicenaria; ſiquidem Senatuſconſultum hoc longe recentius, & ad omnes filios fam. etiam majores pertinet. Illud miror, cur Pacius ſive Criſpinus in *pr. h. textus* verba, *& nepote. &c.* notis tamquam ſuſpecta incluſerint: cum tamen mox in *verſ.* ſive *§. ſeq.* itidem nepotis & avi fiat mentio; & in d d. verbis habeatur verbum *patre*, quod à Juſtiniano non omiſſum fuiſſe, id argumento eſt: quod meminit in *prin.* non tantum ſervi: Sed & domini.

TEXTUS.

7. Illud in ſumma admonendi ſumus, id quod juſſu patris dominive contractum fuerit, quodve in rem ejus verſum erit; directo quoque poſſe à patre dominove condici, tamquam ſi principaliter cum ipſo negotium geſtum eſſet. Et quoque, qui exercitoria, vel inſtitoria actione tenetur, directo poſſe condici placet, quia hujus quoque juſſu contractum intelligitur.

COMMENTARIUS.

1 *De conſenſu harum actionum cum condictione.*

DOcet hic locus, quod cum actionibus exercitoria, inſtitoria, quo juſſu, & de in rem verſo, etiam concurrat condictio, qua directo à domino, aut patre pecunia petatur, in quam rem etiam ſunt textus in *leg. ſi inſtiterem 29. de rebus creditor l. ſi quis 17. §. ultim. de inſtit. act. l. ultim. pro ſocio.* Ubi ille ſcrupulus occurrit, quorſum opus fuerit actionibus iſtis prætoriis, cum ſufficere potuerit condictio, quæ eſt civilis actio, cum nec prætor facile † introducere ſoleat actiones, ubi jure civili 1 ſatis proviſum eſt. Dixi hac de re *Tractat. de action. diſput. 8. theſ.* 15. Summa eo redit, vel quod poſtquam prætor introduxiſſet has actiones, admiſerint etiam Juriſconſulti, ut directo poſſet condicti domino, vel patri, hoc colore quaſi cum ipſis contractum eſſet, qua ratione utuntur citati textus; vel quod condictio ſit generalis & non ſatis certæ naturæ actio, & præterea ſtricti juris; prætor autem exiſtimaverit utile eſſe, ut etiam actiones ſpeciales ipſorum contractuum cum his qualitatibus in parentes, & dominos darentur, neque probandum videtur, quod *ut ſemb.* & alii per condictionem ipſam

contractus actionem intelligunt: nec enim ita temere verbo condictionis uti ſolent JCti.

AD TITULUM VIII. LIBRI QVARTI INSTITUTIONUM, *DE NOXALIBVS ACTIONIBUS.*

TEXTUS.

Ex maleficiis ſervorum, (veluti ſi furtum fecerint aut bona rapuerint, aut damnum dederint, aut injuriam commiſerint) noxales actiones proditæ ſunt, quibus domino damnato permittetur, aut litis æſtimationem ſuſſicere, aut noxæ ipſum hominem dedere. Noxa autem eſt ipſum corpus quod nocuit; noxia, maleficium ipſum, veluti furtum, rapina, injuria, damnum. Summa autem ratione permiſſum eſt noxæ deditione fungi. Namq; erat iniquum, nequitiam eorum ultra ipſorum corpora, damno ſam dominis eſſe.

COMMENTARIUS.

1 *Ex contractu ſervi non datur actio noxalis; nec ex ejus delicto actio in peculium.*

Dictum eſt *tit. prac.* quomodo & quibus actionibus dominus conveniatur ex contractu ſervi; Sequitur videre an & quomodo teneatur ex ſervi † delicto. Et quæritur, aut de accuſatione criminali, & pœna in corpus, & hæc ipſi ſervo irrogatur, nec tenetur dominus, ſi modo abſit ipſius delictum; quod ſi enim forte juſſerit ſervum delinquere, communi jure, ut quilibet mandans & ipſe tenetur, ut notatum ad *§. illud 7. ſup. Mandati*, aut quæritur de actione & perſequutione civili: & rurſus, aut juſſit dominus, aut ſaltem ita ſcivit; ut pro imperio herili prohibere potuerit, & tenetur ac ſi ipſe deliquiſſet in ſolidam damni dati æſtimationem, aut quomodo alius quivis, qui deliquit, aut ignoravit, vel cum ſciret, prohibere non potuit, vel quod eodem redit, ſervus prohibente domino quoque, contumaciter deliquit, & dominus convenitur actione noxali de qua *hoc tit.* tractatur; & quidem hactantum; neq; enim ex delictis datur actio de peculio in dominum *l. ex pœnalib. 58. de R. I.* ponimus enim ignotaſſe dominum quod ſervus deliqueritsatquin ſupra monuimus, cauſam actionis de peculio hanc eſſe, quod dominus facultatem contrahendi permiſiſſe cenſetur, ſed non utiq; delinquendi.

Quod ſi permiſſu, aut voluntate domini peccaverit ſervus, inepte quæratur de actione de peculio, cum ipſa pœnalis tum actio in dominum detur, & omnino peculium pro contractibus non pro delictis obligatum eſt.

Ex adverſo ex contractibus ſervi non poteſt dari noxalis actio in dominum, etiamſi ſervus dolum admiſerit *l. ex contractibus 49. in fin. de obligat. & act.* licet aliquando per actionem ex contractu quis per obliquum hoc conſequatur, ut ſervus noxæ ſibi dedatur, aut potius aliquando dominus conventus ex contractu facultatem habeat ſervum noxæ dedendi, ad hoc ut liberetur actione noxali, verbi gratia; ſi debitor ſervum pignori mihi dederit, & is mihi fecerit furtum, in actionem contrariam pignoratitiam venit quidquid ex cauſa pignoris mihi damni datum eſt, adeoque & æſtimatio rei, quæ furto mihi ablata fuit; Quod ſi debitor dominus bona fide pignori ſervum dederit, electionem habet, ut aut æſtimationem damni dati perſolvat, aut pro damno dato, ſervum noxę dedat, vel penes creditorem relinquat, nam, & ſi recta noxalem actionem inſtituerit creditor, plus conſequi non poſſet; quæ probantur in *l. inter 26 §. ſed cum 7. Mandati. l. ſi ſervus 31 de pignorat. act. l. ſi ſervus 61. §. cum ſeqq. de furtis.* Apparet ex his, quod actio de peculio fere eſt in contractibus, id eſſe actionem noxalem in delictis. Illa non propria eſt actio, ſed actionum ex contractu adjectio: hæc itidem non propria eſt actio, ſed adjectio actionum ex delicto. Ira agitur cõtra dominum actione furti noxali, vi bon. rapt. noxali, &c. cujus adjectionis hic eſt effectus ut dominus non teneatur præciſe æſtimationem damni dati, aut duplum triplumve ſolvere, ſed ſervum pro delicto admiſſo actori noxæ dedere poſſit in *fin pr. h. tit.* cujo rei ratio redditur in *f. hujus textus*; quod nequitia ſervorũ nõ debeat eſſe damnoſa dominis ultra ipſorum corpora; ſicut & rurſus ratio ſuaſit, ut qui damnum paſſus eſt, ſit nihil aliud, ſaltem corpus quod damnum dedit, conſequatur. Agetigitur, qui damnum paſſus eſt, (ſi non poſſit arguere ſcientiam, aut patientiam domini) alternative, ut pœna præſtetur, ſive æſtimatio damni, aut ut ſervus noxæ dedatur; quamvis notent Interpp. hic poſſe etiam ſimpliciter peti æſtimationẽ damni

damni, ſi quidem facultas noxæ dedendi ex Lege eſt, quæ nec per ſententiam judicis auferri domino poteſt *lex milet 6. §. 1. de re judic.* utiq; tamen agere ita oportet actorem, ut intelligatur eum facultatem dedendi domino facere, ne petendo ſolidum videatur arguere ſcientiam domino, & ita ſuccumbat, & Ioh. Fab. hic monet, utilius eſſe agere alternative; cum & ita ſententia feratur *d. l. 6. §. 1. & §. 1. inf. de offic. judic.* Ait Juſtinianus:

Veluti ſi furtum fecerint.] Recenſet quatuor ſpecies privatorum delictorum, de quibus, prioribus quatuor hujus libri titulis egit, quorum rurſus meminit §. 1. *h. t.* minime autè excluduntur aliæ actiones ex delicto.

Noxa eſt ipſum corpus.] Hoc quidem perſpicue falſum eſt, & omnino inter errata Triboniani referendum; nec puto ullibi uſurpari verbum noxæ: Et utiq; dicimus ſervum noxæ dedi, & quod noxa caput ſequatur: ubi ridicule quis per noxam ipſum corpus intelligat.

TEXTUS.

1. Dominus noxali judicio ſervi ſui nomine conventus, ſervum actori noxæ dedendo liberatur: nec minus in perpetuum dominium ejus ſervi transfertur à domino. Sin autem damnum ei cui deditus eſt, ſervus reſarcierit, quæſita pecunia, auxilio prætoris invito domino manumittetur.

COMMENTARIUS.

CUM lex non ultra corpus ſervi velit dominum obligatum eſſe, ultro conſequitur quod in *princip.* §. dicitur, dominum liberari ſi ſervum noxæ dedat; & cum porro communis juris ſit, ut qui ſervum, vel quid aliud debet, liberetur, ſi dominium tranſtulerit, ex liberatione domini, illud quoque eſt, quod ſequitur, dominium abire à domino priſtino, & ſcilicet tranſire in eum, cui ſervus noxæ deditur. Cum tamen hæc cauſa & hic titulus inter modos adquirendi dominii non referatur, licet exiſtimare, olim tantum bonitarium dominium in actorem translatum fuiſſe, quod videtur ſignificare voluiſſe Paulus in *l. electis 26. infr. h. titul.* ubi ait, eum, qui prætoris juſſu ducitur, (noxæ ſcilicet deditus) *in bonis* fieri ejus, qui duxit.

Sin autem damnum.] Singularis modus quo ſervus libertatem adipiſcitur, invito domino; ejuſque commodo cedit, quod noxæ deditus eſt; ab altero enim domino licet oblata pecunia, non potuiſſet invito extorquere libertatem. Ratio eſt, quod cauſa ſervitutis apud hunc dominum hæc eſt, quod ipſi damnum dedit; qua ceſſante æſtimatione oblata ceſſat effectus.

Auxilio prætoris.] Nullam actionem habet, ſed implorabit nobile officium prætoris, ut notatum ſup. *de his qui ſunt ſui juris ad §. ultim. ad verbum deprecentur.*

TEXTUS.

2. Sunt autem conſtitutæ noxales actiones, aut legibus, aut prædicto prætoris. Legibus: veluti furti, ex Lege 12. tabularum: damni injuriæ, ex Lege Aquilia. Edicto prætoris: veluti injuriarum, & vi bonorum raptorum.

COMMENTARIUS.

DOCET hic locus, quod ad *princ. tit.* diximus, noxalem actionem eſſe actionem ipſam ex delicto, ſed cum propria hac qualitate, ut dominus ſervum noxæ dari poſſit. Tum etiam probatur hinc verum eſſe, quod ſupra diximus ad §. *pœna de furt.* actionem furti nec manifeſti in duplum eſſe ex Lege 12 tabb. quoniam conſtat, actionem furti manifeſte eſſe ex edicto prætoris; adeoque quod de furti actione ex LL. deſcendente, traditur hoc loco, pertinet ad actionem furti nec manifeſti. Et lapſus eſt Hottomannus, qui hic exiſtimat, poſſe ad utranque etiam manifeſti furti actionem hoc referri; quoniam (hac ratione utitur) hoc utiq; fit ex 12. tabulis, ut domini ob ſervorum delicta noxaliter conveniantur. Etenim ex hac ratione etiam actiones injuriarum, & vi bon. rapt. noxales ad L. 12. tabb. referendæ eſſent; quod diſerte textui huic repugnat. Neq; verum eſt quod Hottom. ait, prætorem tantum pœnam furti manifeſti auxiſſe; quin imo, ut probatum eſt d. loco, aliud genus pœnæ à prætore introductum eſt; cum ex L. 12. tabularum corporaliter animadverteretur in fures manifeſtos.

TEXTUS.

3. Omnis autem noxalis actio caput ſequitur. Nam ſi ſervus tuus noxam commiſerit, quamdiu in tua poteſtate ſit, tecum eſt actio. Si autem in poteſtatem alterius pervenerit, cum illo incipit actio eſſe. At ſi manumiſſus fuerit, directo ipſe tenetur, & extinguitur noxæ deditio. Ex diverſo quoque directa actio noxalis eſſe incipit. Nam ſi liber homo noxam commiſerit, & is ſervus tuus eſſe ceperit, (quod quibusdam caſibus effici primo libro tradidimus,) tecum incipit eſſe noxalis actio, quæ ante directa fuiſſet.

COMMENTARIUS.

1 *Servus habet caput.*

2 *Cur ſervus liber factus ex delicto, ſed non ex contractu teneatur.*

QUoniam hæc eſt qualitas noxalis actionis, ut dominus noxæ dando ſervum liberetur, nec ad reſtitutionē damni aut pœnam ſolvendā compelli poſſit, fit inde, ut cujus ex poteſtate ſervus exiit, amplius hac actione conveniri non poſſit, ſed ille teneatur, qui jam dominus ſervi eſt, & qui, ſi ipſi ignoranti ſervus talis qui noxam commiſit, v. c. venditus ſit, eo nomine regreſſum habet contra venditorem: ex quo ſtipulatio illa ſi ve clauſula in venditionibus ſervorum receptiſsima, *eos noxii ſolutos eſſe l. 1. §. 1. & paſſim de adilit. ed.* id eſt non eſſe in ea conditione ut propter ipſos dominus noxali actione conveniri poſsit. Idque eſt quod hic tractat Juſtin. & ſcribit, Noxalem actionem ſequi caput: velut eſt in *l. ult. h. t.* Noxam ſequi caput obligationem nimirum ex delicto, quæ ſemel contracta ſervo inhæret, eumque quodcunque eat, & in quemcunq; transferatur, comitatur: Et errat hic quoq; Hottomanus, dum per caput intelligit dominum ſervi. Etenim 1. non puto uſſibi ita loqui textus juris, ut vocet dominum caput ſervi: quod & dominis non ſatis eſſet honorificum 2. cum noxa ſignificet delictum & obligationem ex delicto: ea utique in ſervi perſona hæret, non in domino 3. dicitur in *l. 1. §. ſi apud 18. depoſ.* quod delicta & noxæ caput ſequantur & id accommodatur ei caſui, quo qui ſervus deliquit poſt manumiſſus fuit. Deniq; explicat hoc diſerte *l. quod dicitur 18. de furt.* quod noxa ſequatur caput nocentis. Nec movet, quod † alibi ſervus caput haberi negatur §. *ſervus 4. ſup. de cap. dim.* ibi enim verbum *Capitis* in ſpecie uſurpatur, ut patet ex *l. ultim. de cap. min.* ſicut & verbum *perſona* in ſpecie ſumptum ſervo negatur, ſed recte latius ſumptum de eo prædicatur, ut explicatum ſup. *de jure perſ.* Eademque ratio *Capitis* eſt. 1

At ſi manumiſſus fuerit] Qui in ſervitute deliquit, † manumiſſus ipſe conveniturr actione ex 2 delicto ordinaria, quæ in eum datur, qui eo quo deliquit tempore, liber fuit *h. §. & l. quod ab alio 15. de condict. furt. l. 4. C. An ſervus, pro ſuo fact.* Rationem reddit Hottom. quod naturalis obligatio quæ durante ſervitute cepit, fiat efficax poſt libertatem. Sed ita, etiam tenebitur ſervus poſt manumiſsionē, ex contractibus in ſervitute geſtis, ex quibus utiq; obligatur naturaliter *l. 14. de O. & A.* quod certis caſus ſingulares in *l. 3. Cod. An ſerv. ex ſuo fact.* falſum eſt *l. 1. 2. & 5. C. d. t.* Itaque ratio differentiæ quæ diſerte ponitur in *l. ſervi 14. de O. & A.* inter contractus & delicta quærenda eſt: eoq; in hoc poſita eſſe videtur, quod ſervus contrahens omnia adquirit domino, & qui cum eo contrahit, ſcit ſibi cum ſervo nullam actionem eſſe poſſe, itaq; domini perſonam ſpectare intelligitur, dum cum ſervo contrahit: & actio de peculio fundamentum habet ipſam conceſsionem domini & permiſsionem. Itaque quod dicitur ſimpliciter in *l. ſervi 14. de obl. & actio.* eum qui mutuam pecuniam accepit à ſervo & eam ſolvit manumiſſo, liberari: vel accipiendum eſt de ſimplici ratione liberationis ab obligatione naturali, de qua ibi agitur: vel explicandum eſt ex *l. ſi qui 18. l. quod ſervus 35. de ſolut.* ſi qui ſolvit, juſtā cauſam habuit credendi, quod id fiat non invito olim domino, cui actio ex mutuo quæſita fuit, vel, ſi putavit peculium ei non ademptum, quo modo in dubio relictum manumiſſo intelligitur §. *peculium 20. verſ. ſi peculium, de legatis.*

Hoc etiam addendum, ſi ſervus ex contractu ſuo poſt manumiſsionē ſolvat, eum repetere non poſſe, *arg. d. l. 14. de O. & A.* Porro, ut eo redeamus, delictorum alia ratio eſt, quæ committuntur domino ignorante, & in invitos aut ignorantes, & planiſſime in ipſius ſervi perſona inhærent, & ex iis pariter ſervus & liber obligantur: & pœna ipſi quoq; ſervo adhuc irrogatur, ubi de coercitione in corpus quæritur: ſed quo minus civiliter & pecuniarie actionibus ex delicto conveniatur, conditio ipſius obſtat, quæ ipſo manumiſſo mutata eſt. Ex quo etiam fit, quod eſt in *f. h.* §. ut liber homo, antequam actio ex delicto contra ipſum inſtituta ſit, in ſervi-

Digitized by Google

servitutem redactus fuerit, actio directa fiat, noxalis & detur in dominum.

TEXTUS.

4. Si servus domino noxiam commiserit, actio nulla nascitur. Namq; inter dominum & eum qui in potestate ejus est, nulla obligatio nasci potest. Ideoque, &, si in alienam potestatem servus pervenerit, aut manumissus fuerit, neque cum ipso, neque cum eo cujus nunc in potestate sit, agi potest. Unde si alienus servus noxiam tibi commiserit, & is postea in potestate tua esse cœperit, interdicitur actio; quia in casum deducta res sit, in quo consistere non potuit. Ideoque licet potestate tua exierit, agere non potes: quemadmodum si dominus commiserit in servum suum, nec si manumissus aut alienatus fuerit servus, ullam actionem contra dominum habere potest.

COMMENTARIUS.

HAbet istud speciem limitationis ad *§. precedentem*, in quo dixit, si servus damnum dederit alicui, noxalem actionem competere, & noxam caput sequi, & teneri eum etiam manumissum. Hoc ita si extraneo damnum dederit, aut noxam commiserit, secus si domino suo. Nulla enim hic initio propter jus potestatis actio nasci potest, & quæ nata non est, non potest sequi caput, nec postea ob alienationem vel manumissionem secutam demum nasci *l.1. C.h.t.l.ult.C.an servus pro suo fact. l.quod 18. de furt.* Ex quo rursus confutatur ratio Hott. qua *§. praced.* utitur, ideo actionem ex delicto contra manumissum dari, quod obligatio, quę ante erat naturalis tum incipiat esse civilis. Nam & dum damnum servus domino suo dat, procul dubio naturaliter ipsi ad resarciendum obligatur, & tamen contra manumissum nullam habet actionem dominus. Et primum hoc est, quod *isto §.* traditur. Actionem quæ ab initio nata non est, mutata licet postea conditione servi, & re in eum casum deducta, quo actio nata fuisset, non emergere. Alterum est actionem, quæ ab initio utiliter nata est extingui, si res in eum statum fuerit deducta à quo incipere non potuisset, & in quo actio nata non fuisset, neque licet res ad priorem statum redierit, reviviscere: v.c. si servus alienus qui damnum mihi dedit, in potestatem meam pervenerit, & postea rursus ab ea liberatus fuerit *h.§. vers. unde si alienus l.ult.C. An serv. pro suo fact.* Itaque in *divers.* pro *interdicitur actio.* recti° legitur, *intercidit actio*, quod Hottom. & Russard probant, & ita Theoph. habet ἀποβέβηκεν ἡ τοιαύτη τιμωρία ἀγωγὴ extinguitur nata actio: nisi interdici actionem accipimus, quam ipso jure competentem, prætor ex justis causis negat. Porro de regula illa, quod actus ad nihilum redigatur, perveni in casum à quo incipere non potest, diximus ad *§. Ex contrario 14. sub de legat.*

Si dominum in servum.] Eadem hic ratio est, quia nulla actio ex ipso delicto initio nata fuit.

TEXTUS

3. Sed veteres quidem hoc & in filiisfam. masculis & fœminis admisere: nova autem hominum conversatio, hujusmodi asperitatem recte respuendam esse existimavit, & ab usu communi hoc penitus recessit. Quis enim patiatur filium suum, & maxime filiam, in noxam alii dare ut pene per filii corpus pater magis quam filius periclitetur: cum in filiabus etiam favor pudicitiæ hoc bene excludat. Et ideo placuit, in servos tantummodo noxales actiones esse proponēdas, cum apud veteres Legum coīentatores sæpius invenerimus dictum, ipsos filios familiarum pro suis delictis posse conveniri.

COMMENTARIUS.

RAtio juris veteris, cujus fit mentio in *prin. §.* pendet à veteri & summo potestatis jure, parentum in liberos, de quo sup. *lib.1. tit. 9.* ex Dionys. Halic. & aliis luculenter egimus: & quod illud jam diu ante Justin. displicuerit, probavimus ab imaginariis venditionibus, quæ emancipationibus observabātur.

Quis enim patiatur.] Hæc una est ratio mutationis, sumta à miseratione liberorum, qui ita alteri in servitutem debebantur.

Et maxime filiam.] Hæc ratio proprie est sexus fœminini, à pudicitiæ favore, quæ tamen etiam in pueris militat.

Digitized by Google

Vt pene per filii corpus.] Ratio tertia à miseratione patris *arg. l. 8. inf. Quod met. caus.*

Ipsos filiosfam.] Quarta ratio, quod ipsi liberi actione ex delicto conveniantur, sicut & ex contractibus suis obligantur *l. 39. de obl. & act.*

Quod si pœnam pecuniariam aut æstimationem solvere non possint, juxta vulgatum axioma, punientur in corpus: nisi pater solvendo pecuniam illos liberare malit, quod sane facere non cogitur.

Sed & hoc remedii cujusdam loco introductum est, ut quamvis pater ex pœnalibus causis & delictis filii, nec peculiotenus quidem conveniri possit *l. 58. de R. I.* tamen filio condemnato in certam summam actione judiciali de peculio pater teneatur *l. 3. §. Idem* 11. *de pecul.* de quo etiam supra aliquid nos dixisse meminimus.

AD TITVLVM IX.

LIBRI QVARTI INSTITVtionum.

SI QVADRVPES PAVPERIEM fecisse dicatur.

TEXTUS.

Annalium nomine, quæ ratione carent, si qua lascivia aut pavore, aut feritate pauperiē fecerint, noxalis Lege XII. tabularum actio prodita est. Quæ animalia si noxæ dedantur proficiunt reo ad liberationem; quia ita L. duodecim tabularum scripta est: utputa si equo calcitroso calce percusserit, aut bos cornu petere solitus cornu petierit. Hæc autem actio in iis quæ contra naturam moventur, locum habet. Cæterum si genitalis sit feritas, cessat actio. Deniq; si ursus à domino fugerit, & sic nocuerit, non potest quondam dominus conveniri, quia desiit esse dominus ubi fera evasit. Pauperies autem est damnum, sine injuria facientis datum. Nec enim potest animal injuriam fecisse dici quod sensu caret. Hæc quidem ad noxalem pertinent actionem.

COMMENTARIUS.

COnvenimur & tenemur ex eorum qui in potestate nostra sunt & conventionibus, juxta tradita tit. 7. & delictis, sed noxaliter tantum. In potestate nostra sunt animalia & rationalia, ut liberi nostri & servi, de quorum delictis actum tit. præced. & ratione carentia, de quibus *h. t.* Delictū hic latius sumimus, ut etiam competat bestiis hæc vox, licet illæ verbo in specie sumto, non dicantur delinquere nec injuriam facere, *h. tex. vers. pauperes.* quia, ut ibidem dicitur, sensu carent, id est non sentiunt neque intelligunt se delinquere, eum careant proæresi. Qua de causa istius generis delictum in specie pauperies vocatur *d. vers. & in pr. h. t.* quoniam alter ex eo fit pauperior; alias const. animalia bruta quoque sensum habere & animam sentientem, & philosophis animal definitur corpus sentiens. Sed &, si jus eo sensu accipiatur, quo in *l. 1. de Iust. & jur. in pr. sup. de jur. nat.* &, si animalia bruta jure utuntur, necessario sequitur, ea sensu eodem injuriam quoque facere dici: quo respectu, si arietes commiserunt inter se, & alter periit, inter provocantem (scilicet qui quasi injuriam prior intulit,) & provocatum distinguitur *l. 1. §. cum arietes* 11. *si quadrup. paup.*

Animalium nomine.] Quadrupedum in rubrica hic & in Digest. mentio fit, hæc enim fere damnum dare solent: ad bipedes tamen & aves hoc quoq; porrectum fuit, ut actio utilis daretur *h. 4. h. t.* sed & amplius ad pecudes tantum hoc pertinere videtur: arg. ejus quod de cane in specie Edicto ædilium cautum est, *§. ult. h. t.* an forte quia frustra canis noxa daretur, ex quo fere nullam utilitatem domini percipiant.

Si qua lascivia aut pavore.] Theoph. videtur legisse *ferus*, reddidit enim θηριότητα. additur, *aut feritate.* quia hęc animalia alias mansueta, induunt quasi naturam ferarum bestiarum, dum contra naturam ordinariam istorum animalium ita moventur, ut est in *pr. §. 1.* ex quodam contracto quasi vitio, ideoq; in *f. pr.* ait Justin. *bos cornu petere solitus,* quia si id facere solitus non sit, creditur culpa aut instigatione hominis id fecisse, quo casu non hac, sed actione Legis Aquiliæ experimur, *l. 1. §. 4. 5. & 6. h. t.* Ex quo amplius efficitur, ut si feræ bestiæ damnum dederint, cesset hæc actio, quia hæ ex natura sua lædere solent: idque docet Justin. *h. text. vers. certum.* Et id apparet tractari de hujusmodi feris bestiis, quę occupatæ, sunt redactæ in potestatem alienam & in privati dominio sunt, de quibus

in tenui

in textu ſeq. ex quo hoc quoque diſcimus, quod hic affirmatur, ceſſare hanc actionem, ſi genitalis ſit feritas, accipiendum eſſe de actione directa; utilis enim locum habet *d. §. ult. in fin.*

Noxalis actio L. XII. tabb.] In Lege Aquilia ſervi & quadrupedes æquiparantur *l. 2. de L. Aquil.* non diſſimiliter & hic, ut pro utrorumque delictis ſit noxalis actio: itaque dominus aut æſtimationem damni præſtare neceſſe habet, aut animal pro damno dedere ei qui damnum accepit: & hoc facto liberatur *h. tex.* ubi additur ratio, quia ita L. XII. tabb. ſcripta ſit: ſed ratio porro eſt, (in iſta n. non adquieſcit animus) quæ *tit. præced.* relata eſt de ſervis, quia non placuit, ferociam iſtorum animalium ultra corpora ipſorum dominis damnoſam eſſe: & poſſit tamen dominus ex cauſa aliter & gravius coerceri, ſi ſciens vitium animalium, ea forte vagari ſine cuſtode permiſerit.

Ut puta ſi equus calcitroſus.] Hottom. qui ubiq; captat occaſionem infectandi Tribonianum, hoc quoque loco reprehendit eum, quod exempla regulæ propoſuerit, quæ demũ ſequitur in *§. ſeq. verſ. hæc autem.* Sed inepta & iniqua reprehenſio eſt: vel quia parum ad rem ipſam intereſt, an à regula an ab exemplis fiat initium: vel quia recte etiam referuntur ſub *pr. tit.* ubi Juſtin. ait de animalibus, quæ laſcivia, pavore &c. damnum dederunt, quod in *fr. d. pr.* exemplis equi calcitroſi & bovis cornupetæ voluit illuſtrare.

Denique ſi urſus.] Hic locus non ita explicandus eſt, quaſi hæc ſit ratio cur non detur hęc actio, quia fugerit urſus: nam & adhuc in poteſtate exiſtens beſtia damnum dare poteſt: ſed Juſtiniani hæc eſt ſententia, quod utroque caſu ſive urſus adhuc in poteſtate, ſive cum fugiſſet, damnum dederit, ceſſare hanc actionem: quin amplius & tertio caſu, ſi cũ in poteſtate eſſe nouerit & poſtea fugit. Primo caſu ceſſat hæc actio, quia in caſum quo genitali feritate damnum datur, hæc actio concepta non eſt: & tamen utilis datur, ut modo diximus. Altero caſu ceſſat, quoniam non amplius fuit dominus, cum damnum daret beſtia. Tertio, quia beſtia quæ evaſit eſt inſtar ſervi manumiſſi, nec amplius noxæ dari poteſt animal quod evaſit.

Hæc ad noxalem actionem.] Hæc adjecit, propter aliam actionem, quæ ex edicto ædilium competit, de qua *text. ſeq.* & eſt quaſi remotio objectionis tacitæ: quod iniquum ſit, nullo modo teneri eum, qui feram beſtiam, quæ nocuit, in poteſtate habet: reſpondetur autem, licet ob proprias rationes non competat directa actio noxalis, tamen alio remedio damnum paſſo ſuccurratur.

TEXTUS

1. Ceterum ſciendum eſt, ædilitio edicto prohiberi nos, canem, verrem, aprum, urſum, leonem ibi habere, qua vulgo fit iter: &, ſi adverſus ea factum erit, & nocitum libero homini eſſe dicatur, quod bonum & æquum judici videtur, tanti dominus condemnatur: ceterarum vero rerum, quanti damnum datum ſit dupli. Præter has autem ædilitias actiones, locum habebit & de pauperie: nunquam enim actiones præſertim pœnales de eadem re concurrentes, alia aliam conſumit.

COMMENTARIUS.

EDictum ædilium proponitur in *l. hi enim* 40. *cum ſeqq. de ædil edict.* Si homo liber perierit, pœna eſt 200. ſolidorum, ſi ei nocitum ſit, quid in æſtimationem damni veniat, docet *l. 3. h. t.* in qua haud tamen ſcio ſatis, quid per *Legem* intelligat ICtus, vix enim eſt ut ita appellaverit Edictum ædilitium: & utique tamen actio noxalis ex L. XII. de pauperie, pro iis quæ ibi referuntur, competere nõ poteſt. Pro reliquis damnis eſt actio in duplum. Ut tamen poſitis terminis habilibus non excludatur actio de pauperie, ut ait Juſtin in *h. §. verſ. præter.* quod jam olim Accurſ. recte explicavit de utili actione; ceteroquin obſtaret *§. 1. ſup. h. t.* quæ negat comparatam eſſe hanc actionem, in caſum quo genitali & ingenita feritate beſtia damnum dedit. Placuit autem in hunc caſum quoque actionem utilem noxalem porrigi ſi quis mallet potius ipſam beſtiam conſequi, & ad eam quæ adhuc penes dominum eſt, dedendum, aut æſtimationem damni alternative experiri. Quod fere ſecus ſi habet in feris beſtiis, v. c. urſis, apris, leonibus: nam manſuetæ beſtiæ utiles ſunt dominis ſuis, aut emptores facile inveniunt. Eaque gratia diximus pro cane quoque non videri introductam actionem de pauperie: & proinde *l. 2. h. t.* accipiẽda etit de actione utili: vel etiam vel ad Edictum ædilitium referenda, de quo aut de alio id genus jure, non autẽ de actione noxali agitur in *l. 3. eod. tit.* Aut an potius

dicimus

dicimus L. XII. tabb. & actionem de pauperie etiam in cane locum habere, de quo etiam Plato locutus est *XI. de L L.* & Plutarcho teste, Solon: sed ædiles insuper addidisse pœnam Edicto suo, (cum forte noxalis actio lenior videretur) & quidem non in omnem casum, sed si canis ibi habitus, qua vulgo iter fit damnum dedisset. Et quid si extra eum casum aper, ursus aut leo damnum dederint, an tum cessabit omnis actio? Et quidni & hic actio noxalis directo locum habere potuerit: & habent istæ quoq; bestiæ precium & utilitatem suam. An offendit hic Tribonianus an speciatim accipitur genitalis feritas, quæ facta est à bestia fera, quæ non amplius in potestate est? Atquin hoc casu ineptum sit dubitare, an actio noxalis locum habeat nec ne, cum bestia amplius dedi non possit. Quod ego in medium relinquo.

Plus dubitationis & difficultatis habet, quod Justin. ait præter actionem ædilitiam, etiam competere actionem de pauperie: & subjicit pro ratione, quod nunquam actiones præsertim pœnales, de eadem re concurrentes, alia aliam consumat. Intelligit concurrere actionem de pauperie cum ædilitia. Et igitur efficitur actionem noxalem esse pœnalem, quoniam tantum est adjectio actionis ex delicto: & consequenter istud non erit generale, quippe cum sup. probatum ad *§. ult. de furtis.* multæ sint actiones ex delictis, non pœnales sed rei persecutoriæ. Concurrere dicuntur actiones dupliciter, elective (ita docendi causa loquuntur Doctores) & cumulative. Illud ita, ut ex pluribus actionibus una tantum experiri liceat, qua in judicium deducta cæteræ consumantur: quomodo ad *§. cæterum 5. tit. 7.* diximus in ea materia plures concurrere actiones, sed ut una eligenda sit, qua electa ad aliam non sit regressus. Hoc ita, ut omnibus experiri liceat aut simul, aut successive, de quo concursu hic agit Just. dum agit, quod una actio aliam non consumat: Idque etiam traditum est in *l. numquam 60. dn O. & A. l nunquam 130. de R. I.* Ait Justin. non cõsumere se actiones invicem, præsertim pœnales. Et igitur etiam persecutoriæ quædam ita concurrent cumulative: Quod ipsum de actionibus ex delicto accipio, & quidem habilibus terminis positis, de quibus mox dicemus. Facilius autem est, ut eõcurrant cumulative plures actiones pœnales, siquidem cum vix idem bis peti possit, longe est difficilius, ut persecutoriæ actiones duæ pluresve ita concurrant, ubi jam adeptus sum per unam quod mihi cepit abesse. Atquin nihil impedire videtur, quin ex pluribus causis pœnam persequamur, sed quid est, quod ait Justin. *de eadem re concurrentes.* Ratio cur actio una per aliam consumatur, præcipue pendet à causa ex qua petitur, & à re quæ petitur. Certissimum principium juris est, quod de eadem re bis judicium non reddatur, sed haud dubie obstat exceptio judicati: quoniam per deductionem priorẽ in judicium ejusdem rei, jus agendi super eadem re consumptum est, utcunq; postea alia causa in judicium deducatur. Velut si qui emit hominem, eundem sibi stipulatus sit dari, procul dubio una actio consumit alteram: & quod est in textib. nostris, ex pluribus causis rem deberi posse, eo pertinet, ut plures actiones concurrant elective, sed una per alteram consumatur: hactenus scil. ut si ex una, actor rem consecutus sit, alia experiri non possit: secus si fuerit si reus sit absolutus, quo casu nihil videtur impedire, quo minus altera actio quoq; in judicium deducatur: quæ sententia est J Cti in *l. & an. 14 §. de except. rei jud.* quod singulas obligationes singulæ causæ sequantur, nec ulla earum alterius petitione vitietur. Et igitur si res & causa eadem sit, omnino consumptum est rursus agendi jus, & utiq; obstat exceptio rei judicatæ. Sin sit eadem res in specie & alia causa (vetus scilicet, quæ cum altera simul fuit,) reus condemnatus, ante jure repellet actorem; sed absolutus nõ repellet. Sin sit eadem causa & alia res, recte aget creditor, Et tamen subtiliter loquendo, non videtur alia res ex eadem causa peti posse: quia intelligimus idem specie, & (proprie loquẽdo) in individuo: atquin v. c. pluralitas rerum efficit, ut plures intelligantur stipulationes, licet una forma & serie sermonis verba prolata fuerint, ut docent *l. scire 29 l. ubi 75. §. pen. l. plurib. 140. in pr. V. O.* Quid igitur ut eo redeamus, in hoc textu significat *de eadem re.* Si intelligamus eandem rem in specie, & eandem rem petendi causam, falsa omnino erit sententia hujus loci, nec fieri potest, ut rursus admittatur judicium, ubi utrumque & res petita, & causa petendi eadem est. Quid si diversa sit petendi causa? v. c. servum læsi, eundem postea rapui; competit actio L. Aquiliæ, & vi bon. rapt. certum est alteram per alteram consumi *l. 2. in pr. de prin. delict.* Et videtur hic diversa esse ratio actionum ex conventionibus, & ex delictis. Illæ enim, ut diximus, ita se habent, ut ubi ad eandem rem plures dantur, si ex una consecutus rem sit actor, alia amplius uti non possit: nisi tamen, quod addendum est, appareat id actum esse, ut res bis peti possit, ut creditor & rem, & æstimationem vel bis æstimationem consequi possit: v. c. si hominem emptum, postea mihi donavetis, si ex causa empti eum precium solvissem,

ſem, hominem conſecutus fuero, recte poſt ex cauſa donationis agam. Atquin rurſus ſubtilius rem conſideranti, in actionibus ex delicto & maxime pœnalib. ita res ſe habere videtur, ut ubi plura ſunt delicta & plures actiones, nunquam diverſis actionibus eadem res peti videatur: veluti in propoſito exemplo, ob ſervum læſum, ejus æſtimationem & quanti mea intereſt, peto; ſed ob eũ raptũ actione vi bo. rapt. in quadruplum ago. Videtur itaq; quod hic dicitur *de eadem re* paulo pinguius accipiendum, non ut Accurſ. de eodem facto & delicto, nã ex uno ſimpliciter delicto tantum una actione agi poteſt, ſed quod intelligat in eandem rem & citra eandem delictum commiſſum eſſe per plura facta & delicta. Sed & amplius hic factum à delicto ſeparandum eſt, quoniam aliquando in unum factum plura poſſunt incidere delicta, verbi cauſa ſi ſervum meum in mei injuriam quis flagellis exciderit, & ejus corpus hoc modo deterius reddiderit, eſt unum factum, ſed duo delicta. injuriarũ & damni dati, niſi quis ſubtilius hic duo facta conſiderari poſſe putet, injuriæ illationem in dominum, & ſimul ſervilis corporis læſionem: & alia ratione duplicitas factorum hic ſtatui poteſt, quod ex graviori injuria in ſervile quoq; corpus, nomine ſervi injuriatũ actionem domino competere ſup. ad §. *poſitur. de injuriis.* oſtendimus. Secundum hæc commode etiam accipiendum eſt, quod ait Ulp. in *l. pen. de O. & A.* non conſumere ſe invicem actiones pœnales, de eadem pecunia concurrente: ut nõ omnino eadem ſpecie pecunia ſignificetur; & videtur Ulp. ſpecici pecuniam opponere voluiſſe: nam in identitate ſpecie vix concurſui cumulativo eſt locus.

Et ut maxime eadem ſit pecuniæ ſumma, tamen non eſt vera identitas, cum pecunia in genere conſiſtat. Summa diſputationis huc redit, ut ſiquidem actiones concurrere debeant cumulative, nec altera alteram conſumere, & diverſitatem rerum petitarum, & itidem cauſæ & nimirum delicti, & plura commiſſa delicta eſſe oporteat: ceteroquin unum delictum pluribus pœnis ſimul effectualiter, ut omnes exigantur, non coercetur, & pluralitas actionum pœnalium plura delicta præſupponit. Atque huc pertinet quod Ulp. ſcribit in *l. 2. de prin. delict.* plura delicta concurrentia non facere, ut ullius impunitas detur. Idque in pluribus factis apertius eſt, in caſibus, quos ibi proponit JCtus, ſed ſæpe, ut prædiximus unum tantum videtur factum, ut tamen plura ſint delicta: quamvis propter identitatẽ facti unum delictum videatur, & ita quoq; diſputent JCti, ut unum delictum appellent, veluti ſi quis arbores furtim cæciderit, tenetur & L. Aquil. ob damnum datum, & ex L. XII. tabb. tamquam fur non manifeſtus in duplum *l. 1. in prin. & l. furtim 7. arb. furt. caſ.* & idunum delictum appellat JCtus in *l. eũ ex uno 32. de O. & A.* & ſunt tamẽ delicta duo, furtum & damnum datum, ſed minus apparet hæc duplicitas: indeque controverſia inter JCtos nata videtur: & tamen eam duplicitatem ſatis inſinuat JCtus in *l. plura 53. de O. & A.* ubi plura delicta una in re neceſſario intelliguntur, ubi ex uno facto naſcũtur: tũ quia alias omnino abſurda ſit ſententia, quod non liceat uti omnibus actionibus ſed tantum una, & contra *d. leg. 2. de privat. del.* & contra apertam rationẽ: tum quia ſtatim pro ratione ſubjicit, eſſe unam tantum obligationem; quod manifeſto falſum eſt in pluribus factis: quamvis etiam ſi unũ factum ſit & plura delicta, inſubtiliter dicatur eſſe unam obligationem: quin imo contradictorium eſt, eſſe plura delicta, & unam tantum obligationẽ: non magis enim plura delicta, quam plures conventiones unam obligationem habere poſſunt: & ſingula delicta neceſſario ſingulas & totidem obligationes præſupponunt: ut vel hinc appareat non ſemper ſatis accurate locutos JCtos, quemadmodum in *d. l. 53.* Modeſtinus unam obligationem ſtatuit, ubi ſunt plura delicta: pingui Minerva, nimirum, dum unum tantum factum conſiderat, veluti in arboribus furtim cæſis accidit.

Igitur hic primum omnium diſtingui oportet, an plura ſint facta an unum factum. Illo caſu puto inter omnes conveniſſe quod pluribus actionibus experiri liceat. Quod ad hoc attinet, non videntur textus pugnantes admittere liquidam conciliationem.

Ait enim hic §. quod alia per aliam non conſumatur: quod in genere ita dictum & in *l. pen. de O. & A. & in l. 130. de R. I.* non videtur reſtringi poſſe ad caſum quo plura ſunt facta, aut plures omnino diſtinctæ delinquendi cauſæ: quamvis alias iſtam explicationem materia hujus tit. facile patiatur, ubi diverſitas & rerum & cauſarum agendi, ſatis apparet.

Verum latius id patere probatur evidenter *ex d. l. eum ex uno 32. de O. & A.* ubi vocatur unum delictum, (eo ſcilicet ſenſu quo explicatum eſt) & nominatim delictum arborum furtim cæſarum proponitur, (in quo vel maxime iſta unitas appareret) & tamen reſpondetur, omnibus actionibus experiri permitti, idque obtinuiſſe poſt magnas varietates: & perſpicum eſt, hoc de effectu rei di-

ci, ut frustra sint, qui respondent, natsci quidem plures, & natas esse, sed post unam intentatā, reliquas per exceptionem excludi. Etenim ille proprie non dicitur posse experiri, qui jure per exceptionem excluditur: neque de hoc ac plures ipso jure competerent actiones dubitari potuit, sed an plures etiam recte quoque & cum effectu in judicium deduci possent. Sed contradicit *d. l. 53. de O. & A.* ubi dicitur, quod licet plures natæ sint actiones ex pluribus delictis, (ubi tamen unum factum est) tamen probatum hoc esse, una tantum utendum esse, omnes autem exerceri non posse. Qui textus adversis frontibus pugnat cum *d. l. 32. sub eod. tit.* Illa & *d. l. 32.* ait obtinuisse post magnas varietates, ut omnibus uti liceat: hæc ait probatum id esse, quod liceat tantum una uti. An distinguimus, utrum ex priori actione reus condemnatus sit an absolutus? Non puto: nam ratio ICti in *d. l. 32. de O. & A.* procul dubio hæc est, quod ut sup. probavi, revera sunt plura delicta, quibus singulis suæ pœnæ debentur ex ratione *l. 2. de privat. delict.* An dicimus interesse, utra prius actum fuerit actione, an ea qua minus, an ea qua plus continetur: ut si illa prius mota sit, supersit altera, sed non in solidum & totum, verum deducto eo quod priori actione fuit condemnatione, quomodo in casu non dissimili de actione L. Aquil. & commodati responsum est in l. 7. §. 1. *commodat.* & in terminis *l. 1 arb. furt. cæs.* de delicto, quo arbores furtim cæsæ fuerunt: quod judex in actione secunda seu posteriori deducat, quod agendo priori actione consecutus est actor. Quam limitationem haud scio an ferat *d. l. 32. de O. & A.* Ita enim vere loquendo non liceret effectu uti omnibus actionibus, sed tantum una, quæ plenior & pinguior esset: à qua si agendi initium factum esset, alia in judicium deduci nō posset: quod longe dissidere mihi videtur à mente ICti in *d. l. 32.* quamvis responsum ICti in *d. l. 1. arb. furt. cæs.* confirmetur per *l. queries* 41. §. 1. *de O. & A.* & in concursu actiones ex contractu, & delicto, actionis scilicet pœnalis mixtæ & persecutoriæ, facilius istud admittendum videtur, ut una actio per alteram minuatur, per *d. l. 7. §. 1. commodat.* sed non ita facile in concursu actionum ex delicto. Et nimirum hoc modo revera una actio per alteram consumitur: quod omnino repugnat text. in *d. l. cum ex uno 32. de oblig. & act.* An distinguimus tertio inter qualitatē conditionemque actionum ex uno facto, ut si quidem tendant ad diversa omnes concedantur cumulative: sin autem ad idem una per aliam tollatur, ut *d. l. 32.* procedat in priori membro: in posteriori locum habeat *d. l. 53. eod. tit. cum similib.* Causam ita distinguendi præbet & ratio & textus in *d. l pen. arb. furt. cæs.* ubi ICtus ait, si actum sit ex L. Aquil. contra eum qui arbores clanculum furtim cæcidit, liberandum esse reum actione ex Interdicto, *quod vi aut clam*: salva tamen manente actione ex L. XII. tabb. in duplum: Scilicet actio ex Interdicto *Quod vi aut clam*, pariter ut actio Legis Aquiliæ competit ad Interesse: itaq; merito per unam alia consumitur, non tam ipso jure quam per exceptionem, ut colligitur ex *d. l. pen.* quæ ait liberandum esse aut absolvendum reum ab interdicto. *Quod vi aut clam.* Et probabilis mihi videtur hæc distinctio, qua possint etiam non incommode componi textus varie loquentes, & inprimis in *d. l. cum ex 32.* & *in d. l. plura 53. de Ob. & Act.* Nam legis Aquiliæ actio persequitur diversum ab eo quod est in actione L. XII. tabb. quæ est ad duplū, sed enim *d. l. 1. arb. furt. cæs.* in terminis de hac actione duplici loquitur, & saltem id quod super est alterum salvam manere respondet: neq; enim mihi sapere potest: quod Accurs. ita explicat *d. l. pen. arb. furt. cæs.* salvam saltem in residuum manere actionem, quæ in duplum est ex L. XII. tabb. Minus sapit quod *Ioh. Fab. hic d. l. cum ab uno 32. de O. & A.* explicat de casu, quo plures deliquerunt, & verb. caus. furtum fecerant. Etenim hic jus non videtur fuisse dubium, quin pœnalibus revera actionibus, singuli in solidum conveniri & exigi potuerint, ita ut unius solutio non prodesset ceteris, cum quisque sui delicti pœnam sustinere intelligatur: sicut & pariter certum est, quod quibus casibus persequitur quisque quod sua interest, plures licet deliquerint, tamen unius solutione ceteri liberentur. Tum etiam penitus divinatorium est, ut textus eodem modo fere loquentes, *in d. l. 32. & d. l 53. de O. & A.* de diversis omnino casibus explicemus. Et vel maxime ineptam hanc explicationem facit, quod ICtus in *d. l. 32.* nominatim pro exemplo proponit, delictum, quo arbores sunt furtim cæsæ: quod si de diversis & pluribus delinquentibus sensisset, nulla ratio dari posset, cur hujus potius delicti, imo cur non potius aliorum meminisset. Et nimirum in hoc facto maxime videtur esse unitas, & nihilominus plures nascuntur actiones, & quidem tres, scilicet ex L. Aquilia, ex L. XII. tabb. In duplum, & ex Interdicto *Quod vi aut clam.* Et sunt in hoc unico facto tria delicta, quod & clam opus aliquod facit, & instar furis clam rem meā contrectat, & simul damnum mihi dat corrumpendo arbores. Quæ ratio facit, ut omnibus tribus actionibus mi-

hi us

hi uti licere debeat : quam rationem secutus est ICtus in *d. l. 32. de O & A.* sed illa quam diximus unitas facti alios movit, ut effectu tantum uni actioni fecerint locum. Quomodo ista extricanda sint accuratius, viderint Doctores: hæc quæ ita in mentem venerunt, adpergere volui: totum enim hunc tractatum de concursu actionum plene absolvere nec instituti, nec jam animi, fortassis nec vitium est. Duo tantum adhuc capita strictim adjicere libet: Alterum de concursu actioni pœnalis & persecutoriæ, alterum de cõcursu actionis sive persecutionis criminalis & civilis. Quod ad prius attinet, actio pœnalis aut mere talis est, aut mixta. Mere pœnalis & rei persecutoria numquam se in vicem consumunt, ex certissimo principio juris, quod qua actione non deducitur in judicium, quod alia actione continetur, per eam alia actio consumi non potest: aliud autem est pœna & aliud rei persecutio: & ut plurimum ex diversis causis istæ actiones descendunt. Et hinc per actionem furti quæ mere pœnalis est, rei vindicatio contra ipsum etiam furem, aut actio ad exhibendum, vel condictio furtiva consumi non potest, per notata ad *§. ult. sup. de oblig. & del. textus in l. rei 45. cũ l. seq pro soc & in d. §. ult.* ubi *extrinsecus habet.* Itaque in *l. si is cui 71. de furt.* ubi actio furti dicitur tolli per commodati actionem, necessario actio furti de cõdictione furtiva accipiẽda est, quæ una est Accursii solutio, nam reliquæ, quas affert in *d. l. 45.* nullius sunt momenti. Et illud vero *ex d. l. 45.* observandum est, quod consumptio vel sublatio alterius actionis aliquando fit ipso jure, aliquando per exceptionem, cujus rei una ratio depẽdet à qualitate actionum, an sint bonæ fidei vel stricti juris; illis enim quoniam exceptiones ipso jure insunt, fit, ut ipso jure cõpetere amplius non videantur facta solutione, de qua re suo loco agitur, & diximus. *Tract. de action. disp. 6.* & aliquid in *§. actionum 28. sup. de actionib.* Ex quo fit, ut si prius sit actum condictione furtiva, actio commodati cui inest ipso jure exceptio, extingui dicatur; sin prius commodati actum fuerit, necessaria sit exceptio: quod & traditum est in *l. qui servum 34. §. si is 3. de Obl. & Act.* ex cujus collatione confirmatur, *d. l. 71. de furt.* de condictione furtiva explicandam esse.

Mixta autem & persecutoria actio ubi concurrunt, interest an prius actum sit, actione mixta pœnali, an rei persecutoria. Per illam utique hanc tolli necesse est, cum in mixta, reo persecutio insit: At non potest tolli mixta per persecutoriam: nisi quo ad simplum & residuum per mixtam actionẽ exigetur: quæ hactenus subducto jam simplo, mere pœnalis naturam imitatur. Hinc si contra raptorem actum sit condictione, actio vi bonorum raptorum non nisi in triplũ supererit. Hinc si commodati actum est, actio Legis Aquiliæ, in eo quod supereſt adhuc competit *l. 7 §. 1. commod.* secundum quod explicandum est quod dicitur in *l. in rebus 18. § 1. commod.* unam actionem per aliam consumi, & potest fieri ut in actione L. Aquil. non contineatur prius quam actione commodati. Ita quoque in pluribus pœnalibus obtinet, ut altera alteram consumat, quo ad concurrentem tantum summam, altera actione manente salva quo ad residuum *l. 1. arb. furt. cæsar. l. si quis 88. de furt.* quin & in actionibus pluribus persecutoriis, in quarum altera plus est *l. sed si 47. pro socio.* Nec obstat, quod si actum rei vendicatione, & res restituta sit, cesset penitus actio quod metus causa (quæ tamen in quadruplum est) *l. metum 9. §. licet 6. Quod met. caus.* quoniam actio *Quod met. caus.* non est omnimodo in quadruplum, sed demum talis sit ob contumaciam Rei, si non restituat rem *l. item 14. §. 1. quod met. caus. § Item actio 27. sup de actionib.* Atq; hoc primum est, de quo nos acturos diximus, ut hoc saltem addamus, tum demum supereſse actionem alteram quo ad residuum, sive actiones persecutoriæ, sive pœnales sint, ubi sunt diversæ agendi causæ: secus ubi una tantum agendi causa est, ex quo pendet decisio *l. 9. §. 1. de trib. act.* Alterum erat de concursu actionis sive persecutionis aut accusationis criminalis cum actione civili. De quo traditur pro regula in *l. unic. Quand. civil. act. crim.* Quoties de re familiari & civilis & criminalis competit actio, utraq; licere experiri, nec per unam alteram consumi. Alt, *de re familiari*, non quod ulla criminalis persecutio, ad rem familiarẽ pertineat, sed ut intelligamus tale delictum, quo simul infertur damnum rei familiari, veluti crimen falsi, expilatæ hereditatis &c. quod non accidit in criminibus adulterii, læsæ majest. &c. Et igitur quo ad illud genus criminũ, procedit indubitate regula *d. l. unic.* in actione civili persecutoria rei, quæ non consumit actionem criminalem, nec hæc illam. Sed si actio civilis pœnalis sit, mihi quidem videtur interesse, an de crimine privato, an publico quæratur: hujus persecutio enim cum publica sit, & omnibus pateat, non potest per actionem civilem licet pœnalem consumi: nisi quis putet forte distinguendum, an actio illa pœnalis sit privata an popularis. Sed quod attinet crimen privatũ, quod

& pœnali actione civili, & itidem privata persecutione extra ordinem vindicari potest, velut est crimen furti, injuriarum &c. *l. ult. de privat. del. l. uls. de furt. l. ultim. de injur.* magis est, ut per extraordinariam criminalem persecutoriam, actio pœnalis consumatur, quam sententiam probavi ad *Treutl. de privat. delict. th. 3.* sed satis evgati sumus.

AD TITULUM X.

LIBRI QVARTI INSTITUTIONUM,

DE IIS PER QVOS AGERE possumus.

TEXTUS.

Nunc admonendi sumus quemlibet hominem agere posse aut suo nomine, aut alieno. Alieno: veluti procuratorio, tutorio, curatorio: cum olim in usu fuisset alterius nomine agere non posse, nisi pro populo, pro libertate, pro tutela. Præterea lege Hostilia permissum erat furti agere eorum nomine qui apud hostes essent, aut reipublicæ causa abessent, quive in eorum cujus tutela essent. Sed quia hoc non minimam incommoditatem habebat, quod alieno nomine neque agere, neq; excipere actionem licebat, cæperunt homines per procuratores litigare. Nam & morb. & ætas, & necessario peregrinatio, itemq; aliæ multæ justæ causæ sæpe hominibus impedimento sunt, quo minus ipsi exequi rem suam possint.

COMMENTARIUS.

DIxit de actionibus, quæ tum ex delictis tum ex conventionibus, & qua propriis qua alienis moveatur. Non incommode subjicitur, de personis, per quas instituuntur actiones: & prius est ut sciatur, quid & quæ sint actiones, quam ut de modo eas instituendi tractetur. Sed recte monet Joh. Faber, non esse (ut loquitur) super his insistendum. De usu procuratorum proponit jus vetus & novum, olim, ait, in usu fuisse ut nemo alterius nomine agere posset. Et scilicet actiones omnes erant Legis actiones *l. 2. §. deinde 6. de orig. jur.* quæ solemnibus formulis constabant, & ob id quisq; nomine proprio eas proponeret receptum erat: unde Lege XII. tabb. de jumento dando ei qui in jus vocatus erat, vel arena sternenda cautū erat, quoniam ipsum præsentem esse oportebat, ut apparet ex *Gellio l. 1. c. 20.*

Exceptiones hic propositæ perspicuam habent rationem: nam nec pupillus ipse ob ætatem, nec populus universus agere poterant, neque servo jus erat lege agendi, eoque ubi se in libertatem vindicare volebat, assertore opus habebat, ut docet *t. t. Codic. de assert toll.* Et hinc factum supra diximus, ut actus Jurisdictionis voluntariæ, qui per alium expediri non possunt, propriam sibi fecerint hanc appellationem *Legis actionum*: quoniam reliqui actus, Jurisdictionis, ut vocant, contentiosæ, illam qualitatem ex qua olim æstimabantur LL. actiones, amiserunt, & per procuratores, tutores, aut curatores exerceri ceperunt: Cujus rei rationem reddidit Justinian. hoc textu *vers. sed. quia* quod variæ causæ impedimento sint, quo minus homines per seipsos litigare possent. Idque jam temporibus Jurisconsultorum nostrorum obtinuisse, & tum frequentissimum fuisse, procuratoribus: uti ex *tit. D. & Cod. de procurator.* apertissimum est ut omnino errent, qui quod scriptum est ab Ulpiano in *l. nemo 123. de Reg. juris.* neminem alieno nomine Lege agere posse, ad jus vetus, cujus hoc loco mentionem facit Justinianus, referunt: & omnino verum est *Lege agere*, ibi in specie usurpari juxta usum temporum illorum, de actibus voluntariæ jurisdictionis, veluti adoptionibus, emancipationibus, quæ licet recepto usu procuratorum in iis, quæ ad contentiosam jurisdictionem pertinebant, per alios expediri, & alieno nomine perfici non poterant, ut sup. *lib. 1. de adoptionibus & emancipationibus* explicatum est.

Pro populo.] Qui nimirum constituebat aliquem, ut universorum nomine causam ageret, qui hodie in specie syndicus appellatur.

Pro libertate.] Qui in servitute injusta detentum vindicaret in libertatem, qui dicebatur adserto *t. t. C. de adf. toll.* & diximus in *§. prajudiciales. 13. sup. de act.*

Pro tutela.] Videlicet nomine pupilli, qui in judicio consistere nō poterat: sed nec minor poterat

t. t. C. de

l.1.C.de his qui legis perf.ſtandi, ideoq; id ſupplendũ eſt ex eo quod in *præcedd.* verbis de curatorio nomine dixit. Nimis ſupine hic lapſus eſt Theoph. qui pro tutela agere, explicat, cum duo litigant de tutela, uter eorum adminiſtrare debeat.

Lege Hoſtilia.] Non memini alibi iſtius Legis Hoſtiliæ mentionem fieri. Satis confidenter Pacius in notis. Tulit, inquit, A. Hoſtilius, cum A. Atilio, anno Urbis 580. At enim in Faſtis, tres ejus nominis conſules legimus. C. Hoſtilium Mancinum & Attilium Serranum anno ab U.C. 580. aut, ut alii 583. Rurſus L. Hoſtilium Mancinum cum Q. Fabio Max. Æmiliano, anno Urbis 609. & rurſus anno Urbis 616. ſive 617. C. Hoſtilium Mancinum cum M. Æmilio Lepido: ſcimus & Regem Romanorum eo nomine fuiſſe: potuit & Tribunus plebis ex iſta familia aut potius gente fuiſſe. In tanta obſcuritate & ſilentio omnium autorum, certi aliquid affirmare, neſcio cujus arrogantiæ eſt. At cur L. Hoſtilia tantum permiſit nomine captorum ab hoſtibus aut abſentiũ Reip. cauſa agere ob furtum illis factum? An forte, quia furta clam fiunt, & intervertunt poſſeſſionem, quæ non redintegretur fictione poſtliminii.

Quive in eorum cujus.] Abſentium ſcil. Reip. cauſa aut captorum ab hoſtibus. At enim hi ut maxime tutelam ipſo jure durare dicamus; nec finiri per captivitatem aut abſentiam reip. cauſa, utiq; interim curatores habent, de quo actum *ſup. §. pen. de curatorib.* Quorſum igitur hic neceſſum erat abire à regula & admittere procuratorem? An hoc referimus ad caſum, quo necdum pupillis de alio tutore aut curatore proviſum eſt?

Ceperunt homines.] Apparet hinc non Lege aliqua, ſed ſenſim & uſu hoc receptum fuiſſe.

Sæpe impedimento ſunt.] Hæc fuit ratio, ob quam procuratoribus uti ceperunt homines: ceteroquin poſtquam ſemel uſus procuratorum receptus fuit, etiam extra caſum neceſſitatis & impedimenti procuratores dati fuerunt, *l.1.§.uſus 2. de procurat.* ibi, *vel nolunt vel non poſſunt.*

TEXTUS.

Procurator neq; certis verbis, neq; præſente ſemper adverſario, imo & plerunque eo ignorante conſtituitur. Cuicunque enim permiſeris rem tuam agere, aut defendere, tuus procurator intelligitur. Tutores & curatores quo modo conſtituantur, primo libro expoſitum eſt.

COMMENTARIUS.

PRocurator alius eſt extrajudicialis ad negotia, de quo actum *ſup. titulo. Mandati*, alius qui dicitur judicialis, cui mandata eſt cauſæ alienæ actio aut defenſio. Intervenit enim & à parte actoris ad agendum, & à parte rei ad defendendum: ut docet *hic §.* ibi *agere aut defendere*, quod utrumque poſt admiſſum fuit: cum olim ut in *text. præced.* habetur, per alium neque agere, neq; excipere actionem liceret. In ſpecie tamen defenſor dicitur, qui alterius cauſam defendendam ſuſcipit ſine mandato, de quo in *§ ſi vero 5. tit ſeq.* Quod ad modum conſtituendi procuratorum & præcipue à parte actoris attinet, probabile eſt, olim certis quibuſdam & ſolemnibus verbis, & ut judicio eſt hic *textus in pr.* præſente altero, conſtitutionem & ceſſionem actionis factam eſſe: ſed poſtea placuit, ut per ſimplex mandatum procurator quoque ad agendum recte conſtitueretur, *h. text. in pr.* & conſequenter nudo conſenſu, per epiſtolam quoq; & nuncium, juxta naturam mandati, de quo *ſup. lib. 3.* proprio titulo actum eſt. Itaq; paſſim jure noſtro, cedere & mandare, aut præſtare actionem pro iiſdem uſurpantur. ut videre eſt ex *l.1.§. & ſi 13. cum §. ſeq. & §. non tantum* 18. *& l. cum pupillus* 21. *de tut. & rat. diſtr. l. Modeſtinus* 76. *de ſolut. l.1 in f. C. de magiſt. conv.* de qua re & omnino ceſſione actionum, & procuratore ſimplici, & eo qui in rem ſuam dicitur, accurate egimus, *tract. de act. diſp. 4. th. 3.*

Tutores & curatores.] Hoc ideo monet, quoniam hi longe aliter, quam procuratores, & nimirum teſtamento Lege & à magiſtratu conſtituuntur, juxta *tractata lib. 1.*

AD TITVLVM XI.

LIBRI QVARTI INSTITVtionum.

DE SATISDATIONIBVS.

TEXTUS.

Satiſdationum modus alius antiquitati placuit, alium novitas per uſum amplexa eſt. Olim enim ſi in rem agebatur, ſatiſdare poſſeſſor compellebatur, ut ſi victus eſſet, nec rem ipſam reſtitueret, nec litis æſtimationem, poteſtas eſſet petitori, aut

cum eo agendi, aut cum fidejussoribus ejus, quæ satisdatio appellatur, judicatum solvi. Unde autem sic appelletur, facile est intelligere: namq; stipulabatur quis, ut sibi solveretur, quod judicatum fuisset. Multo magis is, qui in rem actione conveniebatur, satisdare cogebatur, si alieno nomine judicium accipiebat. Ipse autem qui in rem agebat, si nomine suo petebat, satisdare non cogebatur. Procurator verò si in rem agebat, satisdare jubebatur, rem ratam habiturum dominum: periculum n. erat, ne iterum de eadem re experiretur dominus. Tutores vero & curatores eodem modo quo procuratores, satisdare debere, verba edicti faciebant: sed aliquādo his agentibus satisdatio remittebatur. Hæc ita erant si in rem agebatur.

COMMENTARIUS.

1 *Satisdatio rei in actione in rem.*
2 *Clausula cautionis de jud. solvendo.*
3 *Ad* l. 13 vers. proinde. jud. solv. *quando ob rem non defensam committatur stipulatio.*
4 *Procurator actoris an caveat de rato.*
5 *An tutor satisdet de rato.*

CONfusim satis hæc res tractatur: sed & rectius se haberet inscriptio, *De cautionibus*, latius enim patent tractata *h. t.* quam uti ad satisdationem omnia referti possint, ut vel apparet ex §. *sed hodie* 2. *h. t.* Et cautio in genere potest dici, quod respective alia sit nuda, alia non nuda. Nuda dicitur, quæ fit simplici promissione & stipulatione, & latius quæ tantum fit verbis, sive simplicibus sive etiam juratis: nam & juratoria cautio nuda est, hactenus, quod sola personali obligatione cavent em adstringat, licet ea fortior censeatur ob vinculum religionis. Non nuda est, quæ habet pignora aut fideiussores, quæ posterior non uno loco in specie satisdatio dici solet *l.* 1. *de satisdat. l.* 7. *de prator. stipul.* & cum satisdationem desiderat Lex aut prætor, in dubio exiguuntur fidejussores: ut tamen sæpe pro fidejussoribus pignora admittantur *argum. l.* 1. §. *jubet* 9. *de collation. l.* 2. §. 3. *quod leg.* de qua re alibi tractatur. Finis cautionum & satisdationum de quibus *h. s.* agitur est, ut iudicium & quæ in eo aguntur usque ad sententiam, sint tanto magis rata, & effectum suum consequantur, nec per alterutram partem eludantur.

Alius antiquitati placuit.] Quod antiquitati tribuit, id temporibus JCtorum ex quorum libris Digesta compositā sunt, obtinuisse perspicuis indiciis, imo certis textibus deprehenditur: nec adeo accurati potuerunt esse compositores, ut non inspergerent libris à se collectis, quæ suo seculo antiquata fuisse hic testatur Tribonianus.

1 *Olim si in rem agebatur.*] Jus † vetus hic proponitur sub triplici distinctione, actionis in rem & in personam: actoris & rei, personarum principalium, & pro his intervenientium. Prima propositio hæc est. In actione in rem qui actionem sine suo nomine, sive alieno suscipiebat, de judicato solvendo satisdationem præstare cogebatur: id expressum in *l. si petitor* 8. *jud. solu. l. si cum* 33. *de fidejuss.* & satis apparet ex *l.* 1. *Cod. uti possidetis*, quæ simul ostendit si reus possessor non cavisset, possessionem in adversarium translatam fuisse. Et periculum enim erat, ne possessor rem faceret deteriorem, eoque satisdatione opus erat: & ea de causa res mobilis aliquando sequestrari & apud officium deponi solebat *l. si fid.* 7. *in f. qui satisd. cog.* Et ita Asconius in 3. Verrin. qui rem, inquit, tenet, satisdat, nihil se deterius in possessione facturum, de qua jurgium esset.

Nec rem ipsam &c.] Apparet hinc, eum esse exitum judicii in rem ut Reus restituat rem, vel æstimationem. Et diximus sup. ad §. 1. *& ad praterea* 31. *de actionib.* actionem in rem fuisse arbitrariam, qua primo Reus jubebatur rem restituere, id si non faceret, damnabatur, quanti actor rem esse juraſſet. Itaque si alterutrum horum non fieret, ex cautione de iudicato solvendo agebatur (ut ait Justinianus) cum ipso reo aut cum fidejussoribus. Ita enim jus est, ut ubi satis datur, primum promittat ipse principalis se aliquid daturum facturum, tum idem adstipulentur pro eo qui dicuntur fidejussores. Et errat Hottomannus qui negat cum ipso reo ex stipulatione ista agi potuisse. Licet enim cum Reo propria quoque actione, & scilicet judicati, agi potuerit, tamen non video, quid impedimento esse possit, quo minus ex stipulatu quoq; Reus potuerit conveniri: quam certum est, in ipsius etiam personam conceptam fuisse: & satis perspicue hoc probatur ex hoc loco, & quod nimirum & cum Reo & cum fidejussoribus ex satisdatione interposita agi potuerit.

Unde sic appellatur.] Notatio nominis. Ita nimirum ibi cavebat actor, ut securus esset in eventum sententiæ.

ſententiæ ſecundum ſe datæ, & ita conſequeretur à fidejuſſoribus, quod forte ob inopiam Rei, per actionem judicati, ab ipſo conſequi non poſſet. Hoc enim principaliter hac ſatiſdatione agitur: & hæc præcipua iſti' eſt ſatisdationis †clau- 2 ſula, à qua etiam tantum appellatur: quo reſpectu una ejus clauſula eſſe dicitur in *l. cum quærebatur 13. jud. ſolvi.* ſed inſunt ei duæ clauſulæ aliæ, *de defendendo & de dolo leg. 6. eod. tit.* quod alias ſi præciſe tantum res judicata ſpectaretur, reus non comparendo, & defugiendo judicium, & ſive ipſe ſive fidejuſſor doloſe hac in re aliquid agendo vim & effectum ſatiſdationis ejudere poſſent: Et ita Juriſconſultus in *l. 3. §. ſi reus 9. jud. ſolv.* comitti ait hanc ſtipulationem, ſi reum poſt præſtitam ſatiſdationem abſentem factum, nemo defendat, ſcilicet committi ob rem non defenſam: quam clauſulam ineſſe diximus huic ſatiſdationi. Sed hic ſcrupulum movet *d. l. cum quæreb. 13. verſ. †proinde jud.* 3 *ſolu.* ubi Juriſconſultus ait, non videri commiſſam ſtipulationem ob rem non defenſam, niſi lis fuerit conteſtata. Et an igitur *d. l. 3. §. 8. eod. titul.* accipimus de caſu litis jam conteſtatæ? Vix opinor ita explicari poſſe: vel quia textus indefinite loquitur: vel quia poſt litem conteſtatam, ubi eremodicium ob Rei abſentiam contrahitur, judex in principali recte fert ſententiam ut hic nihil neceſſe ſit committi ſatiſdationem ob rem non defenſam, cum ex ea judicato non ſoluto ex principali clauſula agi poſſit. Et omnino ſtatuendum eſt, ſatiſdationem & ejus clauſulam de re non defenſa pertinere etiam ad caſum, quo ante litem conteſtatam reus diſceſſit nec ſui copiam fecit. Sed reſpondendum eſt ad *d. l. 13. jud. ſolu.* Accurſius & Bartolus reſpondent, quod ibi non de litis conteſtatione ſuper cauſa principali, ob quam ſatiſdatio interpoſita eſt, facta agatur, ſed quæ facta eſt ſuper ipſa ſtipulatione de judicato ſolvendo: ad quod faciunt verba textus, *niſi ex ſtipulatione lis fuerit conteſtata.*

Et recte ſe habet reſponſio Bartoli: verum removenda erat objectio hæc: quod abſurdum videatur, ſtipulationem committi, ubi ex ipſa demum litis conteſtatio facta eſt: cum, committi ſtipulationem notiſſimo uſu juris ſignificet, aliquid peccatum eſſe contra ſtipulationem, ut ex ea agi & porro litis conteſtatio fieri poſſit: ſecundum, quod ubi reus abſens non defenditur, videbitur protinus ſtipulatio de defendendo, ex clauſula ob rem non defenſam, commiſſa eſſe, nec demum committi, ubi ex ipſa ſtipulatione litis conteſtatio ſecuta eſt. Hoc nimirum Bartolus & Accurſius non explicant. Ego ita hoc explicandum cenſeo; (neque enim jam habeo autorem quem ſequar) Tum demum protinus committitur ſtipulatio, ubi contra eam factum eſt, vel factum eſt & accidit in eo cujus eventum concepta fuit ſtipulatio, ubi unum tantum eſt in ſtipulatione, vel duo alternative, & æque principaliter, & ita ſunt ut aliquo eveniente non ſit locus purgationi, moræ ſive culpæ. Id tractat Juriſconſultus in *d. l. quærebatur 13. jud. ſolv* exemplo ſtipulationis, quæ ſub alternativa conditione concepta eſt, ubi ſatis eſt, unam extitiſſe, ut ſtipulatio commiſſa ſit & agi ex ea poſſit. Aliam rationem eſſe docet hujus ſtipulationis quæ continet clauſulam de defendendo & de judicato ſolvendo, ex quibus hoc principaliter eſt in obligatione, illud quaſi acceſſorie & per interpretationem: & ita ut qui non defenſus eſt, & diſceſſit corrigere hoc peccatum, & comparens ſe defendere, vel etiam abſentem eum fidejuſſor acceptus defendere poſſit, ut perſpicue docet *l. ſiltim. judic. ſol.* Et igitur ubi primum quis non defenſus eſt, non protinus ita committitur ſtipulatio, ut fidejuſſor exigi & condemnari debeat, ſed ante litis conteſtationem ex ipſa ſtipulatione, licet corrigere & purgare culpam, & evitare actionem, ſuſcipiendo defenſionem: quod non amplius licet, ubi jam litis conteſtatio facta eſt contra fidejuſſorem, ob reum non defenſum: quoniam poſt litis conteſtationem purgationi amplius locus non eſt. Ita res ſe habet in obligationibus faciendi: Qui in mora fuit, purgare eam poteſt, ita ut ſi ante litem conteſtatam faciat quod promiſit, evitet actionem & condemnationem ad intereſſe. Et proinde & hoc quoque caſu dicemus non male, demum committi ſtipulationem, (hoc ſcilicet effectu ut ad intereſſe condemnetur Reus) per litis conteſtationem. Et forte non inepte quis dixerit dupliciter ſtipulationem committi dici in hujuſmodi caſibus, plene ſive omnimodo & non omnimodo. Nam ſane protinus ubi elapſum eſt tempus quo factum præſtare potuit, commiſſa recte dicetur ſtipulatio, quippe ex qua haud dubie actio à prætore peti poteſt. Sed non videbitur commiſſa plene, cum purgationi moræ uſque dum lis conteſtata ſit, relictus ſit locus. Ita in noſtris terminis dicemus committi ſtipulationem, ubi Reus cepit non defendi: ſed non cum effectu, cum ſi ante litis conteſtat. incipiat turſus defendi purgata ita mora, fidejuſſor eviter actionem: ceteroquin ſi poſt, reus qui defenſus non fuit, tranſigat cũ actore, aut alias liberetur, ſequeretur

retur fidejussorem ex clausula ob rem non defensam condemnari debere: quod absurdum esse apparet: eoq; argumento utitur JCtus in *d.l.* 13. & ait his casib. evanescere clausulam ob rem non defensam. Et forte his casibus, etiã post litem ex ea clausula contingentibus, absolvendus erit fidejussor: idque adito prætore impetrabit, judex enim pedaneus ex veteris juris ratione, vix poterit, ob stricti juris judiciorum naturam. Hæc fortasse non indigna observatione videbuntur.

Multo magis is] Ratio, cur potius hac cautione onerari debeat qui pro reo intervenit, quam ipse Reus, patebit ex *§. si vero 5. infr. h. t.*

Ipse autem qui in rem agebat.] Hactenus de Reo & ejus defensore sequitur quid juris in actore & qui ejus nomine intervenit, in actionibus in rem. Et principalis actor scilicet non satisdabat, nec enim eadem ratio erat, quæ in Reo; & nec satisdatio de judicato † solvendo in ejus persona locũ habebat: neq; ratiõnis videbatur ut ab eo exigeretur cautio de persequendo litem, cum actor præsumatur id facturus, qui ultro actionem postulavit, & rei potius tergiversari creduntur; unde à Græcis nomine significanti φεύγοντες & actores διώκοντες appellantur.

Procurator vero.] Istud non proprium actionis in rem esse mox ipse Justin. in *§. seq.* scribit: sicut nec prius, de ipso principali, quod satisdare non teneatur. Itaque parum accurate ista res tractatur, dum quæ communia utriq; actioni sunt, in rem & in personam, ut specialia proponuntur. Ait autẽ: procuratorem actoris satisdare, dominum rem ratam habiturum. Atquin, quicunque agit ex mandato domini, ille non necesse habet satisdare de rato. Procurator autem agit ex mandato domini. Ergo non satisdat de Rato. Assumptio est in *§. pen. tit. prec.* Ubi Justinian. ait, eum esse procuratorem, cui dominus permisit rem suam agere: & procurator nihil aliud est quam mandatarius, qui relationem habet ad mandantem: Ideoque in *l. 1. de procurat.* definitur esse qui aliena negotia MANDATU domini administrat. Propositionis ratio manifestissima est: quod cum ut hic autor est Justin. finis hujus cautionis sit, ut ne dominus iterum experiri possit, utique ubi de cujus voluntate constat, quod alii rem agendam permiserit, iterum agere non potest, & contradictoria fuerint, mandare ut fiat, & illud ratum non habere: ita quicunq; verum mandatum de agendo profert, eum onerare hac cautione de rato, ridiculum foret: & quod ubi de mandato constat, non sit opus hac cautione, expressum est in *l. 1. C. de procur. l. 3. §. 2. ut in poss. leg fac. l. si procur. 65. de procuratorib.* & probatur ex *§. sin autem 5. inf. h. t. l. 1. in pr. C. de satisdando.* Itaque fatendum est Justinianum abusive posuisse verbum *procuratoris*, pro eo qui se gerit pro tali, sed liquido mandatum ostendere non potest, & tamen aliquas conjecturas producit, ex quibus probabile sit eum à domino mandatum habere: quo casu ubi aliqua dubitatio oritur, admittitur quis ad agendũ cum cautione rati per *d. l. 1. C. de procuratorib. d. l. 3. §. 2. ut in poss legit.* nam cui constat, mandatum non esse, is ne quidem cum cautione ista auditur, nisi sit conjuncta persona *l. sed & 35. in princ. l. Pomponius 40. §. ultim. de procuratorib.* sed & procurator generalis ad negotia, admittitur ad agendum, cum cautione rati, ut omnino explicandus est text. in *l. de pupillo §. §. Qui proc. 18. de nov. op. nunt.* ubi dicitur teneri satisdare de rato, licet verus sit procurator: scil. ad negotia gerenda: alioquin ex re esse id falsum esset, per *d. l. 1. C. de procur.* Itaque tres sunt casus, primus quo constat esse mandatum speciale ad agendum, & nulla opus est cautione rati: aut constat non esse mandatum, nec cum cautione admittitur regulariter quis ad agendum: qua in re cur aliud sit in eo qui pro reo intervenit, dicemus ad *§. si vero 5. infr. h. t.* aut dubium est de mandato, vel procurator universalis est ad negotia, & admittitur cum cautione Rati, ut sit prospectum Reo: nam ubi verum & speciale mandatum non est ad agendum, res à parte actoris non deducitur in judicium: itaque licet reus absolutus fuerit, domino iterum agente, & qui negat se hoc mandasse, non objici potest exceptio rei judicatæ, *l. nec filius 7. C. de reb. cred. l. l. C. quib. res jud. non noc.* Eoque si reus iterum conventus, quid inde damni sensisset, id omne vigore cautionis de rato à falso procuratore & ejus fidejussoribus exigebat.

Tutores vero.] Ait Edicti verba feciſſe, ut tutoribus † & curatoribus eodem modo satisdandũ esset, quo procuratoribus: Videtur intelligere id edictum, cujus mentio in *l. servum 33. §. ait 3. de procur.* ex quo qui alieno nomine agere vult, debet cavere tum se vicissim eum defensurum, tum eum cujus nomine agit, ratum habiturum. Diximus autem, ubi de mandato constat cautione opus non esse: & ob id edictum illud necessario accipiendum erit de eo, qui alieno nomine actionem sibi dari petit, sine speciali mandato: id est, qui vel procurator generalis ad negotia, vel coniuncta persona est. Jam videamus an tutoris aut curatoris eadem ratio sit, quæ huiusmodi procuratoris generalis aut coniunctæ

junctæ personæ scilicet quo ad cautionem rati, Et omnino diversissima ratio est, quia tutores officium quasi publicum sustinent, & non tantum ad extrajudicialia, sed ad omnia omnino pupilli negotia constituuntur, nec dubium est eos hoc nomine teneri judicio tutelæ, si debitores pupillares non convenerint judicio, aut alias actiones competentes non moverint. Et adeo cum ex necessitate officii tutorio nomine agere teneantur absurdum sit, ab iis flagitare satisdationem de rato. Et ita diserte Jurisconsultus in *leg. vulgo 23. de admin. tut.* observari ait, ne tutor caveat, ratam rem pupillum habiturum, quia (tutor) rem in judicium deducat. Quæ solida ratio est, ob quam non necessaria est hæc cautio; quoniam eadem res bis in judicium deduci non potest; & igitur si tutor recte rem in judicium deducit, sequitur pupillum si postea iterum agere velit, excludi exceptione rei judicatæ; & igitur non opus esse cautione rati; quæ exigitur, ut hoc ipso loco Justinian. ait, ubi periculum est, ne dominus iterum de eadem re experiatur. Et igitur falsum videtur, quod hic Tribonianus scripsit, tutores debere cavere de rato; & falsum, quod aliquando tantum ipsis satisdatio remittebatur, & qui hic Justiniani honori consulere volunt, inepti esse coguntur; dum dicunt cautionem iis remitti, uti constat eos esse tutores.

Etenim hoc utique præsupponendum est: alias stulta fit quæstio an tutores caveant, nec ne, si in dubio ponas, an sint tutores, & non de tutoribus qua talibus quæras. Et ideo ponenda est hæc Regula, Tutores non cavere de Rato: cui subjungenda declaratio, ut si dubitetur, an sit tutor, aut adhuc duret tutela, tum cautio jure exigatur; ut recte factum ab Ulp. in *d. l. 23.* quem ordinem vitiose convertit Tribonianus.

Quod ad alteram satisdationem attinet, de qua in *d. l. 33. §. 3. de procurat.* de defendendo; si forte Reus conventus; vicissim mutuam petitionem habeat, eam etiam procurator cum mandato speciali præstare tenetur. Sed de illa hic non agitur, & verum est, nec hac gravandum tutorem, quippe qui omnino ex necessitate officii defensionem pupilli suscipere cogitur, quod certius sanxit Justinian. in *l. ultim. Codic. de administr. tut.*

TEXTUS.

1. Si vero in personam, ab actoris quidē parte eadem obtinebant, quæ diximus in actione qua in rem agitur: ab ejus vero parte cum quo agitur, siquidem alieno nomine aliquis intervenire, omnimodo satisdaret, quia nemo defensor in aliena re sine satisdatione, idoneus esse creditur. Quod si nomine proprio aliquis judicium accipiebat, in personam judicatum solvi satisdare non compellebatur.

COMMENTARIUS.

1 *Cur qui alieno nomine convenitur, satisdet de jud. solvendo, licet agat ex mandato.*

JAM monuimus ad *princ. in vers. procurator.* actioni in personam etiam esse communia, quæ de actione ibi tradita sunt; nimirum, quod & qui in personam agit nomine proprio, non tenebatur satisdare: & quod qui alieno nomine agere volebat, itidem ut in actione in rem, satisdare tenebatur, (juxta ea, quæ ante diximus) dominum rem ratam habiturum: quod & satis apertam habet rationem, & est textus generalis in *l. servum 33. in fin. de procurat.*

Ab ejus vero parte.] Et hoc habet commune actio in personam cum actione in rem, quod utrobique, qui judicium suscipit alieno nomine, de judicato solvendo tenetur satisdare. Et hoc solum in actione in personam ex veteri jure est speciale, quod in *f. §.* habetur, si quis proprio nomine susceperit judicium, qui non tenetur satisdare de judicato solvendo; quod in actione in rem olim contra fuisse in *princ. tit. vers. olim* Justinian. significat. Rationem diversitatis notant, quod cum rei interitu liberetur reus, in quam actio directa est, potuerit facile Reus rem petitam præsertim mobilem, corrumpere, aut utiq; deteriorem reddere, sed enim & qui ex contractu rem debet ejus interitu liberatur, sed ante moram nec facile hic citra moram ad judicium venitur, utiq; à litis contestatæ & judicii accepti tempore non poterit, se ratione hac defendere reus. Et hic aliqua inter istas actiones est diversitas. Nam qui actione in rem convenitur, aut potest putare jure, se dominum esse, aut ut maxime hoc non putet, potest tamen ignorare, an petitor sit dominus, cui nisi liquido dominiū probaverit, rem non tenetur restituere; itaq; licet res post motam litem & contestatam, modo sine culpa & dolo possessoris petierit, omnino absolvendus

Digitized by Google

eſt *l. ſin autem* 27. §. 1. *de rei vindicat.* Illud hic ſupereſt videndum, quamobrem † ille, qui alieno nomine judicium ſuſcipit, ſatisdare teneatur de judicato ſolvendo, licet conſtet liquido, eum ad agendum mandatum habere, hoc enim h. §. videtur voluiſſe ſignificare Juſtinianus, dum ait, eum omnino ſive omnimodo ſatisdare, id eſt, ſive mandatum habeat, ſive non, quod non advertit Hott. qui *omnimodo* nullo ſenſu dici ait; ſed qua fronte adducit Theophilum, quem ſecutum ſe profiteatur, cum tamen apud hunc diſerte extet *πάντως τρόπον*. Sed & amplius, quod mandatum non liberet ab hac cautione de ſolvendo judicato, expreſſum eſt in *l. 1. inf. Cod. de ſatisdando* & probatur per regulam generalem paſſim & in § *ſi vero* 5. *inf. h. t.* quod nemo intelligatur idoneus defenſor ſine ſatisdatione. Reddit Hottom. hanc rationem, quod alias victo procuratore, poſſit prætendere litis dominus, non niſi præjudicare rem inter alios actam, & ita eluderetur judicium: Sed non video, qui dominus hoc prætendere poſſit, qui de ſuſcipiendo judicio alteri mandatum dedit non magis, quam prætendat hoc qui mandatum de agendo dedit; & procul dubio talem prætenſionem non admiſſurus fuiſſet prætor, verum ea non obſtante in eum dediſſet actionem judicati. Itaque hæc ratio Hottomanni nulla eſt. Non tamen longe ab ea abit tradita à *Cyn. in l. 1. Cod. de procur. n.* 2. quod reo, qui vicit ſatis ſit conſultum per mandatum actoris ut eum quandocunq; iterum agere volentem, exceptione repellat; ſed non ſit ſatis conſultum actori, pel ſimplex mandatum, niſi & ſatisdatio accedat. Mihi ratio vera & ſubtilis iſtius rei hinc pendere videtur quod ut tractavi ad *§. pen. ſup. tit. ult. lib.* 3. ſuſceptio judicii alieno nomine, eſt inſtar delegationis, & facit, ut ſubtilitate juris reus liberatus videatur, ut merito, qui in locum rei quaſi ſuccedit ſatisdatione hac ſit onerandus, quod alias invito actori, vel creditori alius debitor obtruderetur. Et hinc ex ſtricta juris ratione actio judicati omnino danda eſſet in ipſum defenſorem, imo & in procuratorem: Sed prætor exæquitate, cum alienum negotium geſtum revera ſit, mandatu Rei, actionem negat in procuratorem, & eum dat in reum principalem, (ſi modo ſit ſolvendo) *l. ſiſe* 4. *de rejudic.*

TEXTUS.

2. Sed hodie hæc aliter obſervantur, ſive enim quis in rem actione convenitur ſive perſonali ſuo nomine, nullam ſatisdationem dare compellitur pro litis æſtimatione, ſed pro ſua tantum perſona, quod judicio permaneat, uſque ad terminum litis, vel ſuæ promiſſioni committitur, cum jurejurando, quam juratoriam cautionem vocant, vel nudam promiſſionem, vel ſatisdationem pro qualitate perſonæ ſuæ dare compellitur.

COMMENTARIUS.

1 *Qui juratoriam præſtent cautionem.*
2 *Quam præſtent, qui poſſident immobilia. ad* l. 15. in pr. qui ſatisd. cog.
3 De *cautione auth. generaliter* Cod. de Epiſcop. & Cler.

REus ipſe olim conventus actione in rem ſatisdabat de judicato ſolvendo, *prin. h. t.* hodie non ſatisdat; hoc §. eam enim intelligit ſatisdationem de præſtanda litis æſtimatione. Notant tamen Doctor. caſus ſpeciales, quibus hodieque alia ſatisdatio præter eam quæ hic exigitur, requiratur, veluti in *leg. Senatuſconſulto* 16. *de offic. præſid. l. ſi fidejuſſor.* 7. §. *ultim. qui ſatisdar. cog.* Sed & affines huic cautioni quædam aliæ ſunt; itidem aliquando præſtandæ, veluti de judicio ſiſtendo *l.* 2. §. *ſed ſi dubitetur* 6. *de judic.* Hæc enim diverſa eſt ab iſta in h. §. quæ porrigitur uſq; ad terminum litis. Sed illi exhibitione ſemel legitime in judicio facta ſatisfit. Similis eſt etiam cautio de ſuſcipienda lite, ut in *leg. ſi quis* 8. §. *penultim. Cod. de præſcript.* 30. *ann.* Recte autem hoc §. regulariter illa cautio exigitur (quamvis eam fere abiiſſe in deſuetudinem notent Interpp.) ad eludendas tergiverſationes reorum, quorum eſt moras nectere, & qua poſſunt, trahere aut eludere litem, qua de cauſa, ut ad pr. diximus verbo appoſito φεύγοντες à Græcis appellantur, & inde frequenter à Triboniano Graculo, fugientes.

Quod in fin. §. eſt, de modo cavendi, non tantum ad iſtam de qua hic agitur, ſed ad alias quoq; cautiones pertinet. Et dixi jam ad *pr. tit.* cautionem eſſe, vel nudam, vel non nudam, quæ fere admittitur in ſubſidium; nec enim quod quis idonee fidejuſſoribus, aut pignoribus cavere non poteſt, propterea jure ſuo cadere debet. Et huic fini præcipue introducta & admiſſa eſt cautio † juratoria, cui pauperiores committuntur, & jurent ſe facturos, quod alias fidejuſſoribus datis promittere debuiſ-

debuiſſent, ſimul & hoc, ſe idoneos fidejuſſores reperire non potuiſſe, *auth. generaliter Cod. de Epiſc. & Cler.* Atque hæc eſt una cauſa huius cautionis, paupertas, alia eſt à dignitate, nam illuſtres non coguntur ſatisdare, ſed juratoriam tantum cautionem præſtant; *l. quoties Cod. de dignit.* quod privilegium etiam his datum eſt, qui in ſacris ſcriniis militant *l. in ſacris* 12. *Cod. de proxim. ſacr. ſcrin.* Reliqui ſatisdationem præſtare & dare fideiuſſores tenentur, niſi tamen poſſideant immobilia, *l. ſciendū* 15. *in princip. qui† ſatisdar. cog.* ubi tamen Accurſ. annotat, eos nihilominus jurare teneri, per *l. ultim. Codic. de princ. ag. in reb.* ubi qui immobilia poſſident, dicuntur credendi juratoriæ cautioni & ſubſtantiæ ſuæ; quod tamen, & ut juretur, non obſervari conſuetudine ibidem Bart. atteſtatur: & non putarim id ad mentem eſſe Juriſconſulti in *d. l.* 15. nec video, quis hoc admiſſo ſit futurus locus, repromiſſioni nudæ, quæ *& h. §. & in rubr. qui ſatisd. cogant.* opponitur cautioni juratoriæ, & cui nudæ promiſſioni, relinqui poſſeſſores immobilium, æquum videtur. Plane arbitrio iudicis credidérim permittendum, ut æſtimet, an iurare reus debeat, an nude tantum promittere, quæ eſt Baldi ſententia in *dict. l. ſciendum* 15. *in princ.* Verum cautio iſta, nec cum poſſeſſione bonorum immobilium ſufficere videtur, cum bona alienando inutilem poſſit reddere cautionem. Hac de cauſa itum eo eſſe videtur frequentius, quod teneatur reus ea bona hypothecæ obligari. Ita enim *Bartol. in l.* 1. *in fin. & in d l.* 15. *in princip. numer.* 7. *qui ſatisdat. cog. Jaſon. & Caſtr. ibid. uterque numer.* 6. *itidemque Jaſon ad rubr. & Caſtr. ad l.* 1. *ibi numer.* 4. Quam tamen ſententiam firmant non bene ex *d. l. ult. Cod. de princip. agent. in reb.* quoniam *ſua ſubſtantia credi*, non ſignificat, quod bona teneantur obligare pignori, ſive hypothecæ, ſed quod propter bona immobilia non teneantur ſatisdare. Ceteroquin ſi hæc fuiſſet ſententia Juriſconſulti in *l.* 15. *qui ſatisd. cog.* illud non omiſiſſet quod præſertim ea ſit idonea cautio, quæ fit per hypothecam, & non multo indignior, quin utilior aliquando cautione fidejuſſoria. Et facit optime *l.* 15. *§. ultim. qui ſatisd. cog.* Plane n. fuerit contra mentem JCti, ſi ibi intelligamus, eum onere hypothecæ rem alienatam; ubi nec ratio quidem eſſet dubitandi. Neque movet ratio ſupra dicta, quoniam quod in *d. l.* 15. traditur non eſt generale, & ad ſpecies omnes ad cautionem pertinens, ſed tantum obtinet in cautione de judicio ſiſtendo; minime omnium autem in cautione de judicato ſolvendo, quam præſtare quis cogitur, licet poſſideat immobilia, ut poſt gl. notat *Jaſon. in d. l.* 15. *in prine. numer.* 3. *in fin.* & probatur ex *§. ſi vero* 5. *infr. h. t. l. minor.* 51. *§. fi. ll. cum ſeq. de proc.* ubi dicitur eum teneri ſatisdare, qui locupletiſſimus ſit; quod non niſi abſurde poſſit ad poſſeſſorem mobilium tantum reſtringi. Itaque nec à præſtandorum fidejuſſorum neceſſitate liberabitur, qui cavere debet de rato; quin & in cautione † nova actori impoſita *auth. generaliter C. de Epiſc. & cler.* cenſet Bartol. requiri fidejuſſores, licet actor immobilia bona poſſideat; cujus tamen ſententiam recte mihi videtur improbare *Jaſon. in ſæpe d. l.* 15. *qui ſatisd. cog. nu.* 1. & 2. tum quod ea quoque eſt quaſi cautio quædam de ſiſtendo; tum quod ratio *d. l.* magis quoque militat in actore quam in reo; ita enim communiter D.d. quod ideo poſſeſſor immobilium liberetur ab onere ſatisdandi de ſe ſiſtendo judicio, quia fugæ ſuſpicio ceſſet, quæ longe magis ceſſat in actore. Neque mala eſt ratio iſta; non tamen video cur à Jaſone & aliis improbetur altera à quibuſdam tradita, quod ſatis ſit conſultum actori ſi reus immobilia poſſideat; quin iſta fere magis accommodata videtur: Nam lite nec dum conteſtata, ſi reum contingeret eſſe abſentem & latitantem, hoc remedio ſuccurrebatur actori, ut in poſſeſſionem bonorum debitoris mitteretur; quomodo cum ei conſultum eſſet, non erat cur onere ſatisdandi gravaretur Reus. Illud autem videndum, an eadem ſit ratio cautionis quæ *hoc §.* proponitur: nam vetus illa de judicio ſiſtendo, cautio præſtabatur huic fini, ut quis evitaret neceſſitatem ſequendi adverſarium in jus; itaque in certum diem, quo ſe ſiſteret promittebat; eoque adeo ſe ſiſtente ſatisdatio iſta habebat exitum & finem ſuum. Atquin hujus §. cautio porrigitur ad finem uſque litis, ſicut & illa de qua in *d. auth. generaliter C. de Epiſc. & cler.* Itaque verendum erit ne ſufficiat poſſeſſio ſola immobilium; & ſiquidem ſufficere exiſtimatur, (Interpp. enim communiter accipiunt *hunc §.* de cautione de ſiſtendo) admittendū magis erit, quod volunt Interpp. ita ſufficere immobilium bonorum poſſeſſionem, ut hypothecæ ea ſimul obligentur.

Pro qualitate perſonæ.] Hoc explicatur ex iis; quæ ſupra ad *hunc §.* diximus, de perſonis illuſtribus, & iis, qui in ſacris ſcriniis militant; itemque quod aliquando cautio juratoria, aliquando nuda repromiſſio, à poſſeſſoribus immobilium exigatur. Minus autem recte huc refertur, quod à parentibus & patronis, quivis licet minus idonei fidejuſſores ſunt accipiendi *leg.* 2. *§.* 2 *qui ſatisdar. cogantur*: licet enim

fidejussores non sint omnino idonei, tamen utique fidejussores sunt, & adeo ista satisdatio, non nuda est repromissio.

TEXTUS.

3. Sin autem per procuratorem lis vel infertur, vel suscipitur; in actoris quidem persona, si non mandatum actis insinuatum est, vel præsens dominus litis in judicio procuratoris sui personam confirmaverit: ratam rem dominum habiturum, satisdationem procurator dare compellitur; eodem observando, etsi tutor, vel curator, vel alię talis personę, quæ alienarum rerum gubernationem receperunt, litem quibusdam per alium inferunt.

COMMENTARIUS.

HActenus de principalibus personis, sequitur de iis quæ pro aliis, aut aliorum nomine in judicio interveniunt. Et 1. de procuratore actoris; oportet enim procuratorem hic esse, id est ut mandatum sit à domino litis, vel mandati adsint aliquæ conjecturæ; Ceteroquin constat eum, quem certum est, non habere mandatum, nec admitti; (excepta conjuncta persona) cum cautione rati, ut sup. *ad pr. hujus tit.* diximus: & evidentissime probat hic locus, quod ibidem tractavimus, ubi constat de mandato, non opus esse cautione de rato habendo; veluti ut est *in pr.* si mandatum actis insinuatum, aut ab ipso domino litis præsente, aliquis ad agendum fuerit constitutus, qui duo casus exempli loco adducti videntur: potest enim & aliis modis & per testes, mandatum probari, quamvis probabilis sit sententia *Fabri hic n.* 19. & 20. quod ad hunc effectum, ut liberetur procurator à cavendo, non sufficiant testes ad probandum mandatum: quia cum horum testimonium absenti domino præjudicare non possit, non est hac ratione reo satis consultum, quo minus dominus iterum agat: & v. etiam late Fabrum *ibid. per totum*, quomodo & quando res dicitur esse aut fieri dubia, ut procurator admittatur ad cautionem rati. Et secundum hæc textus generales *in l. servum* 33. *§. ait* 3. *l. non solum* 39. *§.* 1. *de procur.* necessario, de conjunctis personis aut de procuratoribus generalibus ad negotia, & de casibus, quibus dubitatur de mandato, sunt explicandi.

Eodem observando.] Quid juris sit, ubi tutores ipsi nomine pupillorum agunt, diximus *ad fin. pr. h. t.* Hic agitur de casu quo porro alius nomine tutoris agit, & quo, ut loquitur textus tutor vel curator &c. litem inferunt per alium. Quod recte limitat Accurs. si post litem contestatam id fiat, ante n. procuratorem constituere tutor non potest *l. neque* 11. *in pr. C. de procuratoribus.* Cujus ratio est, quod jus dandi procuratoris soli domino competi: quæ cum etiam militet in cæteris, qui bona aliena administrant, quorum hic mentio fit etiam, non satis rationis video, cur ab Hottomanno hi à tutoribus & curatoribus hac in re separentur. Scribit tamen hic Faber, prælatos etiam posse dare procuratorem ante litem contestatam. Ait Justin. *Quando per alium litem inferunt*, quæ verba non satis apte videntur dici de casu quo lis jam cœpta & contestata est. Et possit igitur hic locus intelligi de casu, quo pupillus tutore autore dedit procuratorem *d. l.* 11. *C. de proc.* ut etiam quo dedit tutor actorem *d. l.* 11. de cujus natura dictum est *in §. ult. de curatoribus.*

TEXTUS.

4. Si vero aliquis convenitur, siquidem præsens procuratorem dare paratus est, potest vel ipse in judicium venire, & sui procuratoris personam, per judicatum solvi satisdationem, solenni stipulatione firmare, vel extra judicium satisdationem exponere, per quam ipse sui procuratoris fidejussor existat, pro omnib. judicatum solvi satisdationis clausulis: ubi & de hypotheca suarum rerum convenire compellitur: sive in judicio promiserit, sive extra judicium caverit: ut tam ipse, quam hæredes ejus obligentur. Alia insuper cautela vel satisdatione, propter personam ipsius exponenda, quod tempore sententiæ recitandæ veniet in judicium, vel si nō venerit, omnia dabit fidejussor, quæ in condemnatione continentur, nisi fuerit provocatum.

COMMEN-

COMMENTARIUS.

1 *Quomodo reus possit esse fidejussor sui procuratoris.*

2 *De altera cautione quod reus venturus sit ad excipiendam sententiam.*

DIxit de eo qui nomine actoris intervenit. Ex parte Rei duplex tractatio est: & nimirum tum de procutore, qui mandatum scilicet habet: de quo hoc §. tum de eo qui in specie defensor dicitur, & intervenit sine mandato, de quo *in §. seq.* Diximus supra, quod qui pro reo intervenit, omnino tenetur satisdare de judicato solvendo. Et frustra hic objicitur à quibusdam, quod fidejussores hic contra regulam juris videantur promittere factum alienum: siquidem in hac satisdatione continetur etiam clausula, rem defensam iri, & dolum malum abfuturum, ut ad *pr.tit.* diximus. Et in stipulationibus & satisdationibus prætoriis, facile tale quid permittitur, *arg. l. c. de prator. stipul.* & ipsa natura hujus satisdationis satis ostendit, venire id quod interest actoris, quinimo alias plane usus fidejussionum tolleretur. Refert autem hic modum Justinianus, quo liberare possit dominus procuratorem à cautionis hujus onere: ut nimirum in judicio aut extra illud, ipse pro procuratore suo satisdet judicatum solvi, & ita procuratoris sui † exstat ipse fidejussor. Ubi objicit Faber, quod 1 obligatis accessoria requirat principalem: hic autem procurator, cujus fidejussor est ipse principalis, non est obligatus.

Respondet ipse, eum non esse verum fidejussorem, sed quasi & pro fidejussore. Sed & aliæ duæ responsiones, licet eas improbet Faber, mihi recte se habere videntur. 1. Quod obligatio ni futuræ & qua scilicet post condemnationem obstringitur procurator, accedat principalis. Neque obstat *l. si se 4. in princ. de rejud.* Etenim denegatur quidem in procuratorem actio iudicati, sed nihilominus summa & stricta iuris ratione, tenetur procurator ipse, in quem & ex ratione iuris sententia fertur: cum ut supra ostendimus, Reus, dum intervenit alius pro eo, liberetur: nec dubium est, quin procurator contestetur litem in suam personam, qua de causa etiam post. lit. cont. dominus litis fieri dicitur. 2. Quod ipse procurator, pro quo reus principalis fideiubet, debeat promittere, iudicatum solutum iri. Nam obtinet ita in genere, in dandis satisdationibus, ut fideiussores accedant, & promittant idem, id est, ad promittant, quod iam promisit alius, principalis, ut notavimus ad pr. tit. Aliam inde obiectionem movet Faber, quod hæc fideiussio ipsius Rei sit inutilis: quippe cum re non defensa fiat missio in possessionem bonorum debitoris, & condemnatione secuta actio iudicati in ipsum principalem detur *d. l. 4. de rejud.* Ego simpliciter respondebo, principalem reum, dum est fidejussor procuratoris sui non considerari qua reū, seu qua alium quemvis. Et eum procurator cogatur satisdare de judicato solvendo, quid ni & ipsum reum fidejussorem dare possit. Et tamen quia ipse principalis verus Reus hic fidejussor est, qui alias tenetur amplius requirit hoc §. ut hypotheca bonorum accedat: quo tanto certius cautum sit actori.

Pro omnibus clausulis. Quantum tres esse diximus, & eas explicavimus *ad pr. tit.*

Alia insuper cautela.] Obscutior videtur plerisq; hic locus: mihi videtur esse perspicuus. Nimirum duplicem præstari cautionem à Reo docet *hic text.* alteram pro persona procuratoris sui: alteram pro persona propria. In illa ipse est fidejussor: in hac ipse fidejussor ut sit, impossibile est eum promittat, se eo tempore quo sententia ferenda est, in judicium † venturum ad excipiendam sententiā, id- 2 eoque ut super hoc fidejussores det, alias omnino necessarium est, & hunc fidejussorem, quem ex hac causa dedit Reus, significat *Justin. in fin. §.* ibi, *omnia dabit fidejussor:* & mirari subit, judicium Cujacii & Contii, qui verbū *fidejussor.* expungendum censent, maxime loquatur Justinianus, de reo, qui promissis non steterit, nec ad judicium venit, adeo de reo absente ut proinde nec necesse sit, suppleri textum cum Hottomanno, *vel ipse, vel fidejussor.* cum nec beneficium ordinis implorare hic fidejussor, absente quippe reo, possit: quamvis & ideo frustra hic Hottomannus de beneficio novo ordinis quærit, quod demum post per *N.* 4. est introductum.

Apparet ex his manifesto errare, qui post Acc. interpretantur in *hoc verf.* hanc cautionem præstari non à domino litis, ipso reo principali, sed à procuratore: Etenim rationis est, & ipse arguit textus, de uno eodemque agi, qui utramque præstat cautionem.

Deinde ipsum factum quod est in cautione, nimirum, quod tempore sententiæ venturus sit ad judicium, efficit, ut ab ipso reo principali cautionem esse præstandam, dicere oporteat: quippe qui ipse in judicio non versatur; sed reliquit

procuratorem: cum quo licet cætera judicii peragantur, voluit tamen Justinianus in reum sententiam ferri, in quem etiam datur judicati actio *l. 4. in princ. de re jud.* Et 3. absurdum valde sit, promittere procuratorem hoc factum rei principalis, quod & notissimis regulis juris repugnat, cum omnino ipse reus, qui tum præsens est, hoc potius præstare debeat. Quæ adeo manifesta sunt, ut nec deberet quemquam movere à Pacio hic citata Theophili autoritas, ut maxime hic dissentiret, quem non de numero compositorum juris, sed recentiorem fuisse notant *Curtius & Baro. hic ad tit. I. Quib. mod. jus pat. pot. solu.* ille 2. *conject. ult.* Sed enim mirum est, adeo socordem Pacium fuisse, & ita secure hæc scripsisse, turpiter deceptum ab Interprete Latino Curtio (cujus etiam errorem secutus est, qui nupere Theophilum edidit, Gothofr. ita ut Græcum textum cum Latina priori versione non collatum fuisse appareat,) qui addidit verba *à procuratore* quæ in Græco textu nusquam sunt: & qui Græcus textus apertissime interpretationem nostram, quod cautio hæc à Reo principali præstetur, comprobat, ut vel hinc intelligant studiosi, quam utilis, & imo pene necessaria sit Jurisconsulto cognitio aliqua linguæ Græcæ. Et quia autor ille passim in manibus omnium versatur, locum torum hic adscribere non libet, quem & alias produxi ad Treutl. de satisdat.

TEXTUS.

5. Si vero reus præsto ex quacunque causa non fuerit, & alius velit ejus defensionem subire, nulla differentia inter actiones in rem vel personales introducenda, potest hoc facere: ita tamen, ut satisdationem, *judicatum solvi*, proæstimatione litis præstet. Nemo enim secundum veterem regulam, ut jam dictum est, alienæ rei defensor, idoneus sine satisdatione intelligitur.

COMMENTARIUS.

1 *Cur etiam sine mandato alius reum defendere possit.*

EX parte actoris non admittitur alius, quem cõstat non habere mandatum: sed ex parte Rei & pro eo defendendo quilibet admittitur, modo satisde: de judicato solvendo: Et proinde non intelligo, quid sibi velit Goth. dum ad Theoph. *ad §. sed hæc sup. h. t.* adnotavit, procuratorem sive actoris sive rei, cogi satisdare, dominum habiturum rem ratam, posterius enim de Reo, manifesto falsum est: nec qui pro hoc intervenit, alia cautione quam de judicato solvendo gravatur. Ratio autem cur quivis, † etiam cui nihil esse mandatum constat, 1 admittatur pro reo, multiplex est. Et 1. humanitatis ratio suadet, & quasi publice interest, ut defendantur absentes, *l. servum* 33. *§. publice de procurat.* Sed non eadem æquitas suadet, ut quis pro alio agat.

Nam & 2. constat quod quilibet velit omnino defendi, sed non quod velit agere. 3. Nullius causa fit deterior, dum defenditur, sed potest fieri deterior, dum agitur: & hinc permissum est cujus etiam pro absente, ignorante & invito solvere *in princip. sup. quibus mod. toll. obligatio* 4. à parte actoris res in judicium deducitur argumento *l. vulgo* 23. *de adminst. tut.* itaque oportet ipsum creditorem, vel ejus mandato alium, actionem instituere: secus se habet ex parte Rei. Et denique vel præcipuè facit, quod multum Rei, ne conveniatur à falso procuratore, interest, quia iterum potest agere dominus *in fin. pr. h. tituli*, at nihil interest actoris, à quo reus conventus defendatur, modo idonea satisdatio præstetur. Ex quo etiam amplius fit, ut defensor statim ubi cavit, etiam ante litem contest. dominus litis efficitur *c. Titius* 76. *de procurat.* & in ipsum actio judicati datur *l. Plautius* 61. *eod. l.* 4. *de re judic.*

Cætera hujus tit. industriam nostram non desiderant.

AD TITVLVM XII.

LIBRI QVARTI INSTITVtionum,

DE PERPETVIS ET TEMPORAlibus actionibus &c.

TEXTUS.

Hoc loco admonendi sumus, eas quidem actiones, quæ ex Lege, Senatusve consulto, sive ex sacris constitutionibus proficiscuntur, perpetuo solere antiquitus competere: donec sacræ constitutiones, tam in rem, quam in personam actionibus, certos

certos fines dederunt: eas verò, quæ ex propria prætoris jurisdictione pendent, plerumque intra annum vivere: nam & ipsius prætoris intra annum erat imperium. Aliquando tamen extenduntur & in perpetuum, id est, usque ad constitutionibus introductum finem: quales sunt eæ, quas bonorum possessori, cæterisque qui hæredis loco sunt, accommodat. Furti manifesti quoque actio, quamvis ex prætoris ipsius jurisdictione proficiscatur, tamen perpetuo datur, absurdum enim esse existimavit, anno eam terminari.

COMMENTARIUS.

1 *Prætoriæ actiones, an cur & quæ annales.*
2 *Actio furti manifesti cur perpetua.*
3 *De actionibus XL. annorum.*

NOn ignobilis est hæc divisio actionum, quæ proinde forte, *sup. tit. 6.* proponēda, aut, quod Faber hic scribit, statim ei tit. subjicienda fuisset. Distinguuntur actiones in temporales & perpetuas. Hæc qualitas à causa efficiente hic deducitur, quod scilicet actio quæ est ex jure civili, perpetua: quæ vero ex jure prætorio descendit, sit temporalis. Sed enim ait recte Justinianus, actiones, quæ descendunt ex juro civili, SOLERE esse, perpetuas: nec enim dubitare quis possit, quin Lex hoc efficere & ita expresse disponere possit, ut actio tempore finiatur: & tamen magis per exceptionem quam ipso jure. Hic enim illud quoque valere videtur, quod tempus non sit modus finiendæ obligationis: autem hoc pertinet ad obligationes, quæ natura sua perpetuo durant: ubi autem Lex ipsa, cujus hac in re absoluta potestas est, initio ita formavit actionem, non videtur ultra lege definitum tempus actio prorogari modo ullo posse. Sed cur igitur prætoriæ simpliciter † quo- 1
que introductæ, tamen non vivunt ultra annum? Docet hoc loco Justinianus, id fieri ob qualitatem & imbecillitatem causæ efficientis, quæ est, Edictum prætoris: & quod, cum prætoris esset tantum annuum imperium, nec etiam prætoriæ actiones ultra annum durare potuerint: cui porro accedit, quod prætor non proponebat edicta jure Legislatoris, sed simplici magistratus jure, eoque ejam edicta, quæ proposuerat defendebat: ex quo rursus vehemens sit, ut ea cessante post annum potestate, simul penitus edictorum, & actionum propositarum vis & potestas cessaret. Verum hic multa obstant, & inprimis, quod hæc ratio facit, ut nullæ prætoriæ actiones sint perpetuæ, nam in omnibus jam dicta ratio militat: & scitum tamen est, pleraſque prætorias actiones esse non annales, sed & ipsas perpetuas: veluti, ut *h. §.* traditur, quæ dantur bonorum possessori. Qui in genere scriptum est, quod actiones prætoriæ persecutoriæ (exceptis tamen illis, quæ sunt ex delictis *l. 5. §. ult. cum ll. seqq. l. 7. §. ult. cum l. seq. de actione tribut. l. 1. in pr. de vi arm. cum similib.* item qui illę, quę dicuntur rescissoriæ *l. in honorariis 35. in fin. pr. de Ob. & Act.*) dentur etiam post annum, ad instar civilium actionum *d. l. in honorariis 35. de obligat. & act.* Huic objectioni & aliis satisfecimus pro virili *ad §. pretorum quoque sup. de jure nat. &c.* Illud constat, actiones prætorias (ut diximus) rescissorias, & quæ ex delicto sunt, maxime pœnales, esse annales. Et cur hinc igitur excepta est † actio furti mani- 2
festi, *in fin. hujus text.* Refert Faber rationem, eo quod furtū sit cæteris delictis frequentius: sed & ipse eam improbat, & ea perspicue est inepta: cum & dolus sit frequentior, & tamen actio doli ex edicto prætoris annalis est. Rationem intelligere licet ex illis, quæ supra diximus *ad pr. tit. vi bon. rapt.* ubi differentiæ rationem reddidimus cur cum actio *vi bon rapt.* sit annua & mixta, actio tamen furti manifesti pœnalis pura & perpetua sit. Nimis autem ineptus sit, qui hinc velit inferre, furti non manifesti actionem in duplum, non esse perpetuam: de hac enim non dubitabatur, cum esset civilis: ut *supra tit. 1 hoc lib.* probavimus. Est & exemplum actionis prætoriæ perpetuæ, ex delicto, *in l. 4. §. ult. de dam. infra.* de qua attigimus aliquid *in §. ult. sup. de fur. ad finem.* Jam cætera videamus. Et potest de hoc etiam quæri, an eadem actionum realium personalium sit ratio. Et omnino dicendum est, has quoque esse perpetuas, sed quæ ex accidenti fiant temporales ob conditionem possessoris, qui rem fide bona & titulo acceptam tenet, & à lege præfinito tempore possidet. Cum enim hoc modo dominus civili jure per usucapionem effectus sit, non potest ei res evinci: quinimo hoc casu nulla actio realis amplius contra eum dari potest, prioris quippe domini iure extincto. Et ita quidem olim obtinuit ut actiones revera essent perpetuæ. Sed ut esset litium finis, & tandem aliquando possessores & debitores essent securi, posterioribus placuit Impp. ut actiones triginta, & ad summum quadraginta

draginta annis finiretur *l.3. & 4. C. de præscript. 30. ann. l.1. §.1. C. de annal. exception.* Et illud tempus propter subrogationem dicitur abusive perpetuum *h.text. vers. aliquando.* Regulariter autem actiones finiuntur annis †XXX. Exceptio est du- 3
plex 1. quod quædam fiunt quadraginta annorum ex accidenti, cum alias sua natura sint tricennales: veluti si lis semel contestata fuerit *l. 1. §. 1. in fin. C. de annal. except.* 2. quod quædam natura sua vivunt XL. annis, qualis est hypothecaria actio quatenus est contra ipsum debitorem *d. l. §.1. l. cum notissimi 7. §. 1. C. de præscr. 30. ann.* Et haud scio an talis quæ alia sit actio: nam Justinianus in *d. l. 1. §. 1. Cod. annal. except.* videtur quadantenus derogasse constitutioni *l. 4. C. de præscript. 30. ann.* quæ aliquas actiones usque ad 40. annos vivere permittit quod omnino abscinditur *d. l. 1. §. 1.* Et cum LL. non verbis, sed rebus positæ sint, licet hinc intelligere, quam improbabilis sit opinio Dd. vulgo receepta qua ex causa ignorantiæ restitutionem contra præscriptionem etiam ultra quadraginta annos concedunt: & ita manifesto dd. textus eludunt: qui nullo modo post id tempus agi permittunt: cum tamen effectu parum, imo nihil interfit, an quis per actionem veterem, an officio judicis restitutam rem consequatur: atq; ita scopum suum, nimirum, securitatem possessoris & quidem plenissimam, ut est in *d. l. 4.* non assecuti Impp. verum de hac re alibi tractatur. Est autem singularis casus, quo actio usque ad quinquaginta annos porrigitur *l. 3. C. de aleatoribus.* Et igitur hic de civilibus judiciis. Criminalia autem regulariter viginti annis finiri solent *h. querela 12. C. ad L. Corn. de falsf.*

Lege sive SCto, sive ex sacris &c.] Sæpe monuimus, vocem Legis solere specialiter sumi ex ratione juris antiqui sub libera Repub. ut significet sanctionem à populo Romano latam, ut explicavimus *ad §. Lex est sup. de jure nat.* cæteroquin mutata Rep. constitutiones principum adeo revera LL. fuerunt, ut nec alii sanciendi jus competeret, nisi principi, aut cui id princeps concessisset. Eodem modo loquitur Justinianus *in pr. infra de offic. jud.*

TEXTUS.

2. Non autem omnes actiones, quæ in aliquem, aut ipso jure competunt, aut à prætore dantur, æque & in heredem competunt aut dari solent. Est enim certissima juris regula ex maleficiis pœnales actiones in hæredem Rei competere: veluti furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, damni, injuriæ. Sed hæredibus hujusmodi actiones competunt, nec denegantur: excepta injuriarum actione, & si qua alia similis inveniatur. Aliquando tamen etiam ex contractu actio in hæredem non competit: veluti cum testatur dolose versatus sit, & ad hæredem ejus nihil ex dolo pervenit. Pœnales autem actiones quas supra diximus, si ab ipsis principalibus personis fuerint contestatæ, & hæredibus dantur & contra hæredes transeunt.

COMMENTARIUS.

1 *Criminalia judicia an & quomodo morte finiantur.*
2 *Actiones ex delictis, quæ non dantur hæredibus.*
3 *Actio ex contractu ob dolum defuncti datur contra hæredes.*
4 *Lite cont. continuatur actio in hæredes.*

PErtinet hoc ad alteram partem rubricæ, quæ actiones transeant in hæredes active aut passive. Possunt autem ita conjungi, quod omnes actiones aut tempore finiantur & pereant, aut morte *homines 139. de reg. jur.* quidem aut actoris sive creditoris aut Rei, & in hujus quidem persona facilius. Et ut †agamus generalius, actiones vel sunt cri- 1
minales: (de quibus hic non tractatur) aut civiles. Illæ etiam cœpto judicio extinguuntur, mortuo reo *l. 1. & seqq. C. si accusat. vel reus mort. sit*, exceptis criminalibus, læsæ majestatis, & his in quibus principaliter pecuniaria quæstio vertitur *l. judiciorum 20. de accusat. l. ult. ad L. Iul. pecul.* Accusatore autem mortuo ita quidem finiuntur, ut hæres successor accusationis non sit (cum nihil ipsius interfit) *l. ubi C. si reus vel accus.* sed tamen qua quivis alius possit peragere accusationem *l. accusatore 13. de publ. jud.* quin & abolito quoque nomine Rei de novo cum repetere *l. 3. §. ult. de accusat.* Civiles actiones sunt aut ex delicto, aut ex aliqua conventione. Hæ sine controversia & hæredibus & in hæredes dantur: cujus rei rationem exposuimus supra *ad §. ult. de obl. ex del.* quod nimirum hæres tenetur, qua repræsentat defunctum, quæ repræsenta-

tio

tio ceſſat in delictis. Ex quo apparet mancum hic eſſe Imp. itemque ICtum *in l. pupillus* 111. § 1. *de reg. iur.* dum tantum mentionem faciunt actionum pœnalium (forte quod in his ratio eſt apertior & certior) ex maleficiis: nam & in actionibus ex delicto rei perſecutoriis idem juris eſt, ut in hæredes non dentur: quod per inductionem ſolide probavimus ad §. *ult. ſup. de oblig. ex delicto*, niſi quis cum Joh. Fabr. *in verſ. pœnales* dicat actionum pœnalium appellatione, large ſumta, contineri omnes actiones quæ ſunt ex maleficiis: quo tamē durius videtur. Hinc autem turpis eſt lapſus Hottomanni hoc loco, qui pœnalium actionum ideo ſcribit fieri mentionem, ut intelligam⁹ actiones perſecutorias excludi. Nec movet, quod de condictione furtiva affertur, cujus ſpecialem eſſe rationem, &, eam nec ex delicto eſſe ibid. oſtendimus. Intelligimus ſcilicet actiones ex delicto, qua tales: nam quaten⁹ perſequuntur ꝓ ex delicto defuncti adhærede pervenit, nec pœnales ſunt, neque ex delicto dari cenſentur: eoque & in hæredem & perpetuo ut illi turpe aufferatur lucrum, competunt *l. ſicuti* 38. *de reg. iur. l. un. C. ex delict. defunct.*

Atque ita obtinet ex parte Rei & heredum eius: Cæteroquin eius cui factum eſt delictum † hæredibus, contra ipſum reum, actiones quoque pœnales regulariter dantur *l. 1. de privat. del.* Exceptio una generalis eſt, ſi delictum tale ſit ex quo nihil abſit ex patrimonio, qua ratione utitur Theoph. hic, & actio tantum vindictam perſequatur, qualis eſt actio h. §. propoſita *verſ. ſed hæredibus* ſc. iniuriarum *arg. §. ult. ſup. de injur.* ubi diximus, quod nimirum vindictam magis perſequatur *l. 2. §. 4. de collat. add. l. ſi quis* 10. §. 2. *ſi quis eam*. Addit *de verſ.* Juſtin. *ſi qua alia ſimilis inveniatur* cujuſmodi eſt actio ex Edicto de in jus vocando *l. ult. eo tit.* & ejus exemplo haud dubie, quę proponitur *in l. 2. In jus voc. ut eant. & in l. pen. §. ult. Ne quis eum qui in jus voc.* Itē de eo quod dejectum aut effuſum erit in ſpecie *l. ſi vero 5. §. hanc autē 5. de his qui effud.* (ubi tamē ſpecialis ratio redditur, quod actio ſit popularis) actio calumniæ *l. 4. de calumniat.* quæ datur prohibito inferre mortuum *l. liberum 9. de religioſ.* & condictio rerum donatarum ob ingratitudinem *l. his ſolis 7. C. de revoc. donat.* nec diſſimilis eſt inofficioſi querela, qua quis quaſi injuriam illatam ſibi ulciſcitur argum. *N. 115. cap. 5. in princip.* nam & ipſa niſi præparata ad hæredes non tranſit *l. 6. §. ultimo cum ll. ſeqq. de inoff. teſtam. talis olim quoque fuit* actio de morib. *l. ult. C. Theod. de. dotibus*, hodie ſublata *l. un. C. de rei ux. act.* Atque ita obtinet in actionibus pœnalibus, & aliis quæ deſcendunt ex delictis. Nihil autem huc pertinet, ea quæ dicitur longe alio ſenſu, pœnalis, ſcilicet ex ſtipulatione pœnali actio, quæ ſtipulatio ſolet ſubjici obligationibus de faciendo, *§. ult. Inſtit. de verbor. obligat.* quæ pœna fungitur vice ejus quod intereſt, itaq; perſecutoria rei hæc actio, & ex conventione deſcendens in hæredes omnimodo datur: ſicut & reliquæ omnes, ejus generis, ut diximus paulo ante: adeo ut idem obtineat etiamſi defunctus dolum commiſerit, nihilominus enim in † ſolidum hæc actiones in hæredes dantur *l. hoc jure* 152. *l. ad ea* 157. *in fin. de reg. iur. l. ex depoſiti* 12. *l. ex contractibus* 49 *de obligat. & Actionibus l.* 7. §. 1. *depoſiti* Et quid igitur eſt, quod Juſtinian. hic ait *in verſ. aliquando*, actionem ex contractu in hæredem non dari, ſi teſtator doloſe verſatus eſt, & nihil ad hæredem ex eo dolo pervenit: quia falſum hoc eſſe citati textus evidenter oſtendunt. Varias hæc res peperit explicationes. Theophilus pro exemplo adducit actionem depoſiti, quam ſi dolo defuncti res depoſita petierit, negat dari in hæredem. Quod apette falſum eſt *per dict. leg. 7. §. 1. depoſitam l. ex depoſiti* 12. *de obligat. & action.* ubi expreſſe actio depoſiti dicitur in ſolidum in hæredem dari ex dolo defuncti. Hottomannus putat ſolvari Theophilum, ſi accipiatur de depoſito miſerabili, ex quo in depoſitarium quidem ipſum, in duplum, ſed in ſimplum tantum in hæredem actio datur, quæ etiam una eſt ex explicationibus Accurſii. Sed nec ita excuſari aut accipi Theophilus poteſt, qui nominatim loquitur de re quæ dolo depoſitarii periit: & iſta quoque inepta eſt explicatio: vel quia ſimplum utique ſolidum eſt, & alterum ſimplum pœna & extra ſolidum eſt: vel quoniam non ſimpliciter hic actio in duplum eſt, ſed ex accidenti, & contra inficiantem.

Alii intelligunt non ipſam actionem contractus, ſed famoſam actionem doli, quæ ob dolum in contractu admiſſum datur, & quam conſtat in hæredem non dari; ideoque putat expungendum verbum *veluti*. Alii intelligunt actionem ex contractu non meram, ſed ubi ſimul concurrit aliquod delictum: qualis eſt actio tributoria, cum aliis quas hic Accurſius recenſet; quod præſtat dicere, quam ut ſtultitiam accuſemus & inſcitiam Triboniani, quod facit *Anton. Faber decade 76. error. 4.* ad quem plura diximus in noſtris ad eum locum excitationibus. Plane autem ineptum eſt, quod Cuiacius *21. obſerv. 2.* hunc locum reſtringit ad caſum, quo nihil ex admiſſo dolo ad ipſum defunctum pervenit & ad eius hæredem, nec adeo deterius actoris ius redditum eſt. Nam 1. confertur hic actio ex con-

Digitized by Google

tractu cum actione ex delicto, quæ non datur adversus hæredem ad quem nihil pervenit ut maxime ex delicto alteri' patrimoniũ fuerit minutum. 2. Ubi dolus defuncti non minuit ius aut patrimonium actoris, necesse est, ad hæredem aliquid pervenisse imo solidum pervenisse necessum est. Et 3. omnino nulla hic esse potest ratio dubitandi.

Porro quod de pœnalibus actionbus dictum est, partim eas hæredibus non dari, partim, eas non transire in hæredes, † limitatur in fin. hujus tex- 4 tus, nisi lis fuerit contestata. Tunc enim quæcunq; tandem illæ sint, in hæredes transeunt & continuãtur, & quæ alias morte eius cui delictum factũ est, periissent, ab hæredibus eius recte porro exercentur *h §. infin.* ubi paulò insubtilius, lite contestata dicuntur actiones hæredibus dari, quæ vero nunc non demum dantur, sed ante defuncto datæ, porro ab eius hæredibus peragũtur: idq; est, q̃ J Ctus ait. *in l. omnes 139. de reg. jur.* actiones, quæ alias tẽpore aut morte periissent, iudicio inclusas salvas permanere. Idem probat *l. omnia 164. de reg jur l. omnes 26. de ob. & act. l. sciendũ 38 eod. l. un. C Ex delict. defunct.* quod postea inst tutionibus Imp. mutatum videtur, ut sufficeret etiam conventum saltem fuisse viventem, ad hoc, ut hæredem persecutio pœnæ trãsiret *l. constit. 33. de ob. & act.* quãvis Joh. Fab. *in v. pœnales h. §.* ita accipiat, quod ibi dicitur de cõvento, si simul accedat contumacia debitoris conventi & citati: Cæteroquin nec citationem solam sufficere, ut transeat actio in hæredes. Atq; ita obtinet iure civili. Jure Canonico constat hæredem secundũ vires hæreditatis, saltem simplum damni dati solvere, de quo late hic agit *Ioh. Fab.* Ait Justin. *inpr. §.*

Quæ ipso jure competunt, aut à prætore dantur.] Ambigue sane. Nam & actiones civiles à prætore impetrandæ & dandæ, itaq; hactenus oppositio fit vitiosa, sed Justinianus, ut arbitror introductionẽ actionum respexit, & significare voluit, actiones prætorias, non tam iure (cum prætor legislator nõ sit) quam defensione prætoris, & potestate iurisdictionis & magistratus esse subnixas. Ait *in fin. §.*

Ipsis principalibus personis.] Opponit hic principales, personas hæredibus: Ceteroquin si quis etiam per procuratorem fuerit litem contestatus, non dubium est, actionem fieri perpetuam & transitoriam in hæredes.

TEXTUS.

2. Superest ut admoneamus, quod si ante rẽ judicatam, is cum quo actum est, satisfaciat actori: officio judicis convenit eum absolvere: licet in ea causa fuisset judicii accipiendi tempore, ut damnari deberet: & hoc est, quod antea vulgo dicebatur, omnia judicia absolutoria esse.

COMMENTARIUS.

Sicut qui paratus est ante iudicium solvere, auditur, & ei tantum terminus ad solvendum statuitur *l. si debitori 21. de judic. l. ex iud. 16. judic. solu.* Ita etiam debet audiri, qui post litis cõtestationem ad satisfaciendum se offert, si videlicet omne quo deterius ius actoris effectum est, & in quod damnandus alias esset, offerat: cæteroquin hanc conditionem actor non tenetur admittere. Quod autem hic dicitur, eum absolvendum esse, recipit duplicem significationem: vel ut reus dimittatur simpliciter ab instituto iudicio, vel ut absolvatur per sententiam: quod posterius magis convenit rationi iuris, secundum quod non videtur partibus suis & officio iudex defunctus, nisi aut absolvat, aut condemnet, & hoc utilius est reo, ut habeat exceptionem rei iudicatæ. Porro regulæ huic, qua iudicia omnino absolutoria esse dicuntur, alium sensum affingit Anton. Faber, & in hoc lapsum hic esse Tribonianum, contendit *decad. 89. cap. 5. & des. 91. err. 8.* Nos vero in exercitationibus nostris ad ea loca, quam turpiter qua in re lapsus sit Faber, evidenter ostendimus, quo lectorem remittimus.

AD TITULUM XIII.

LIBRI QVARTI INSTITUTIONUM,

DE EXCEPTIONIBUS.

TEXTUS.

Sequitur, ut de exceptionibus dispiciamus, comparatæ autem sunt exceptiones, defendendorum eorum gratia, cum quibus agitur: sæpe enim accidit, ut licet ipsa persecutio, qua actor experitur, justa sit, tamẽ iniqua sit adversus eum, cum quo agitur.

COMMENTARIUS.

1 *Exceptionis genus.*

Liberatio-

LIberationis in universum duo sunt modi: vel enim quis liberatur ipso jure, quod fieri dicitur iis modis, qui obligationem plane tollunt & consumunt, ita ut nulla amplius actio superstit; vel per exceptionem, ubi quidem adhuc superest actio, sed hactenus inefficax, quod per exceptionem excluditur: de quo modo liberandi, qui contingit per exclusionem actionis, post tractatum de Actionibus recte agit Justinianus; quamvis ut monet Johan. Fab. potuisset præmittere titulum de Interdictis. In Digestis additur, *& præscriptionibus* ait in Codice *seu præscriptionibus*.

Utrumque recte, nam aliquando præscriptio pro exceptione usurpatur, ut nihilominus aliqua sit differentia, at intelligere licet ex his quæ supra diximus ad *rubr. de usuc.* Exceptioni autem variæ 1 genera tribuuntur, nam & dicitur defensio *l. defensiones* 11. *Cod. de except.* & exclusio *l.* 2 *inpr. D. h. t.* dici quoque potest jus, non minus ac ipsa actio, suo respectu. Appellatur etiam conditio *l. exceptio* 22. *h. t.* quod verbum loco generis à quibusdam indefinitione poni, unice mitor; cum nihil hoc pertineat ad exprimendam exceptionis essentiam; sed tantum ita appelletur ratione conceptionis verborum, in formula *si apparet Titium centum debere ex mutuo, nisi pactus est, judex condemna*, & est exemplum in *l. si is* 11. *§.* 2. *in fin. de pignorib.* ex quo, ut Hottom. hic notat, fiebat, ut purum judicium diceretur, si exceptio inserta non esset. Fontes & causæ exceptionum traduntur in *seq.* & ostendunt eas esse ejusmodi, ut integro pro se justa, in se considerato, & quæ ex justa causa nata est, ex qua alius condemnatio sequeretur, fiat iniusta, & igitur etiam injusta condemnatio, adversus eum, qui exceptione est munitus, ut in *fin. pr.* ostendit Justinianus.

TEXTUS.

1. Verbi gratia, si metu coactus, aut dolo inductus, aut errore, lapsus, stipulanti Titio promisisti, quod non debueras promittere, palam est, te esse obligatum jure civili; & actio, qua te dare oportere intendetur efficax est: sed iniquum est, te condemnari, ideoque datur tibi exceptio quod metus causa, aut doli mali, aut in factum composita, ad impugnandam actionem. Idem juris est, si quis quasi credendi causa pecuniam à te stipulatus fuerit, neque numeraverit. Nam eam pecuniam à te petere posse eum certum est, dare enim te oportet, cum ex stipulatione tenearis. Sed quia te condemnari eo nomine iniquum est, placet te defendi debere exceptione pecuniæ non numeratæ: cujus tempora nos, (secundum quod scriptum est superioribus libris) constitutione nostra coarctavimus.

COMMENTARIUS.

INcipit referre quædam exempla, ad illustrandum, quod in principio dixerat. Et repetenda huc sunt, quæ supra lib. 3. *ad titulum generalem de obligationibus* diximus; quod videlicet alia obligatio sit mixta, naturalis & civilis simul, ex qua actio omnino etiam ad condemnandum efficax nascitur, alia naturalis tantum, quæ non parit actionem: quædam civilis tantum, vel nuda, ut à Doctoribus docendi causa appellatur, ex qua ob cõventionem jure civili approbatam datur quidem actio, sed quę repellitur exceptione, ob aliquam causam, quæ facit, ut iniquum sit condemnari reum, & per quam scilicet subductum est vinculum naturale æquitatis, quo durante omnino condemnandus reus fuisset *leg. Stichum* 95. *§. naturalis* 4. *de solutionibus*, q vinculum æquitatis, aut ab initio deest, aut postea tollitur, ut exempla subjecta docent. Vinculum nimirum æquitatis solum, ubi quod intervenit, non satis validum est, ut totam obligationem etiam civilem perimat, quo casu sc. opus est objectione & allegatione, qua motus judex absolvat reum conventum. Ubi autem tota obligatio perenna & reus ipso jure liberatus est, jam sublata actione, nec exceptione opus est: Sed simplici allegatione, quam Doctor. appellant exceptionem intentionis aut facti; veluti si reus se solvisse, aut debitum accepto sibi latum dicat: Nam & hæc cum prætor, divinare, aut judex non possit, alleganda sunt: sed prætor tum non dabit actionem, verum ipse de veritate hujus rei cognoscet, de quo & quid interest, an reus ipso jure, an per exceptionem liberetur, dixi ad *Treutl. de modis* quibus tollitur obligatio.

Si metus coactus, &c.] Hæc faciunt, ut initio deficiat vinculum æquitatis. Equidem qui metu adactus aliquid promittit, consentit, dum eligit minus malum, quod hactenus habet rationem boni, & fit objectum voluntatis. Sed non potest tamen revera obligatus dici naturaliter, cum non fuerit consensus & voluntas libera, & extra vim & verbi causa mortis intentationem, nemo hoc vellet.

Stipulanti Titio promiſiſti.] Hoc exemplo utitur, ut tanto minus poſſit dubitari, quin ipſo jure reus obligatus ſit, quippe ex ſolenni formula verborum. Et quod ad metum attinet, alibi probavimus, conventiones metu initas ipſo jure eſſe validas. Circa dolum cauſam qui dat contractibus, communiter eſt recepta diſtinctio, inter eas conventiones, quæ ſunt ſtricti juris, & quæ bonæ fidei; quas ipſo jure nullas eſſe vulgo creditur, de qua prolixe egi *diſput. 6. de actionib.* De errore dubium facere poſſit, quod non uno loco dicitur, nihil magis eſſe contrarium conſenſui quam errorem, negato autem conſenſu, obligationem penitus negare eſt neceſſum eſt. Sed nimirum non omnis error ejuſdem & unius generis; neque omnis ipſam eſſentiã obligationis concernit; quo caſu obligatio & cõtractus nullus eſt: Ceteroquin ipſo jure ſubſiſtens obligatio per exceptionem eliditur.

Iure civili obligatum te eſſe.] Subtilitate juris, ait JCtus, *in l. ſi quis 36. de V. O.* & non obſtante dolo & metu ex ſtipulatione naſci actionem reſcriptũ eſt, in *l. pen. C. de inut. ſtip.* quia ſi verba conſideramus, in quibus eſt eſſentia ſtipulationis, utique verum eſt alterum ſtipulatum eſſe, alterum promiſiſſe; & quidem naſci actionem efficacem ait hic Juſtinianus, vel qua in abſtracto quaſi conſideratur, quo ſenſu in *pr. tit.* ait, juſtam eſſe actionem, vel quatenus prætor ex hujuſmodi ſtipulatione formulam dat & judicem: ſed quæ inſpecto fine & exitu oppoſita exceptione fit inefficax, dum propter hanc reus abſolvitur *h. text. & d. l. pen. C. de inut. ſtip.*

Aut in factum.] Exceptio hæc in factum, opponitur hic exceptioni doli, ſcilicet ſpeciali: Ceteroquin generalis exceptio doli ſicut cum aliis exceptionibus, ita quoque cum hac exceptione concurrit, quia dolo facit, utique qui ex hujuſmodi ſtipulatione per errorem facta aliquid petit *l. 2. §. & generaliter 5. junct. l. Iulianus 7. de doli mali exc.* Quoniam autẽ variis modis intervenit error, hinc factum eſt, ut quæ ex hac cauſa competit exceptio, generali nomine exceptio in factũ diceretur; quomodo & actiones quæ certo nomine carent, ſolent dici in factum; veluti quæ dantur ex contractibus innominatis; itemq; actiones inutiles, & magis etiam ſubſidiariæ; ut explicatum ad *§. ult ſup. ad L. Aquil.* Et rurſus ſicut ob qualitatem perſonæ quæ convenitur, datur actio in factum, quæ contra alios eſſet de dolo *l. non debet 11. §. 1. de dolo*, ita ex hac cauſa agentibus illis perſonis, non de dolo, ſed in factum exceptio accommodatur *l. 4. §. adverſus 16. de doli mali excep.*

Credendi cauſa ſtipulatus.] Solebat enim mutuo ſubjici ſtipulatio de reddenda pecunia *l. ſi ita 6. §. 1. cum l. ſeq. de novationibus.* Itaque qui ita promiſit, dum ſperat ſe accepturum pecuniam, ſi eam non acceperit, conventus defenditur exceptione non numeratæ pecuniæ *h. textu*, cum qua & ipſa concurrit exceptio doli *l. 2. §. circa 3. de doli except.* Ceterum de hac exceptione non numeratę pecuniæ, ſatis diximus *ſupr. lib. 3. de literar. obl.*

TEXTUS.

2. Præterea debitor, ſi pactus fuerit cum creditore, ne à ſe pecunia peteretur, nihilominus obligatus manet: quia pacto convento obligationes non omnino diſſolvuntur; qua de cauſa efficax eſt adverſus eum actio, qua actor intendit, *ſi appareret eum dare oportere.* Sed quia iniquum eſt, contra pactionem eum condemnari defenditur per exceptionem pacti conventi. Æque ſi debitor creditore deferente juraverit, nil ſe dare oportere; adhuc obligatus permanet. Sed quia iniquum eſt, de perjurio quæri, defenditur per exceptionem juriſjurandi. In iis quoque actionibus, quibus in rem agitur, æque neceſſariæ ſunt exceptiones, veluti ſi petitore deferente poſſeſſor juraverit eam rem ſuam eſſe, & petitor nihilominus eãdem rem vindicet: licet enim verum ſit quod intendit, id eſt, rem ejus eſſe, iniquum tamẽ eſt, condemnari poſſeſſorem.

COMMENTARIUS.

1 *An vera ſit & propria exceptio juriſjurandi.*

Duę hoc textu proponuntur exceptiones, pacti & juriſjurandi. Quod ad pactum attinet, diximus ſupra ad *§. ult. quib. mod. obl. toll.* ubi eſſentia obligationis conſiſtit nudo conſenſu, & adhuc res integra, & v. c. nec pretium ſolutum, nec res tradita eſt, pacto nudo obligationem totam ipſo jure diſſolvi. Ubi vero, vel re, vel verbis eſt obligatio contracta, fieri non poteſt, ut obligatio, cum in his terminis res integra eſſe non poſſit; ipſo jure per pactum nudum tollatur; ſiquidem ſaltem prætorio jure pacta ſunt confirmata ad producendam exceptionem: nam nec ubi de obligando agitur ullam civilem, ſed tantum naturalem obligationem producunt. Et hoc eſt, nimirum, quod ait Juſtinianus, ſi debitor pactus fuerit cum creditore, ne à ſe pecunia pe-

aia peteretur, cum nihilomiuus obligatum manere: quoniam pacto convento obligationes non omnino dissolvuntur; Non omnino ait, quoniam licet actio nihilominus in debitorem detur, tamen opposita exceptione absolvitur; & vulgo traditur, nihil interesse effectu, an quis exceptione an ipso jure sit liberatus. Itaque sicut alias, ita & hic prætor dat actionem, verum cum exceptione, de cujus virib. probatione & veritate ex ratione juris veteris Romani apud judicem pedaneum disceptabatur.

Si apparet eum dare oportere.] Formula erat actionis personalis, quæ dabatur à prætore ex causa obligationum, quæ erant de dando, de quo *sup. tit. 6. de actionib.*

Si debitor juraverit.] Recte hæc exceptio, cum exceptione † pacti jungitur; nam & juramenti delatio & susceptio, quandam conventionis speciem habent *l. Stichum 95. §. naturalis 4. de solutionib.* Et ait Justinian, & hic quoque, cum qui juravit, manere obligatum. Sed negat Hottom. se istud concoquere posse, ob textum in *l. ait 7. de jurejur.* ubi prætor negat se daturum actionem in eum qui juravit; & igitur non poterit habere locum efficax actio, ut Justinianus *§. præced.* circa exceptiones alias dixit, nec potest locum habere exceptio, ubi negatur actio. Addit Hottomannus, quod ubi juratū est, amplius non quæratur, an debeatur, vel debitum fuerit, sed tantum an juratum sit. Ex quo ipse quidem infert, actionem & obligationem pristinam omnino interisse & concidisse. Sed n. cum ipse ad § *præced.* noter, ubi ipso jure sublata est, non dici obstare exceptionem. Utique passim sub *tit. de jurejur* tractatur de exceptione juris jurandi, & superesse igitur oportet actionem, quæ repellatur & elidatur per exceptionem. Quod autem obligatio & actio vetus superfit, etiam post juramentum, probatur optime per *l. eum qui 30. in pr. de jurejur.* & confirmavi *disp. 8. de action.* Neque adeo quidquam ad rem facit, quod alibi dicitur, nihil quæri, nisi an juratum sit; hoc enim procedit, ubi creditor juravit, & actione in factum ex juramento experitur; & satis arguit *d. l Stichum 95. §. 4. de solut.* quod per juramentum tantum naturalis obligatio tollitur. Et quod est in *l. 9. in pr. de jurejur.* denegari actionem, ipsum hoc satisarguit, ipso jure superesse obligationem & actionem. Et quod adfertur ex *d. l. 7. de jurejur.* prætorem non daturum actionem, pertinet ad effectum rei. Tum etiam hic observādum est, quod exceptio juramenti sit privilegiata, & litis finitæ, quæ à judicii limine removet actorem, & ad quam probandam, nisi res sit difficilioris & altioris indaginis, ante litem contestatam reus admittitur. Cum enim finiendarum litium gratia sit introductum juramentum *l. 1. eo tit.* non facile danda est in debitorem actio, qui se jurasse contendit; nisi ubi res dubia est & obscura *d. l. 9. in pr. de jurejur.* Et etiam ubi judicatum est, nihil aliud quæritur; nec tamen ob id negatur exceptio judicati. Et recte itaque se habet, quod *hoc §.* tradit Justinian. & in pr. de personali actione, & *sub fin.* de reali, quod licet possessor juraverit rem suam esse tamē ipso iure adhuc in eum competat actio, quidquid videatur Hottomanno. Nec enim iuramentum modus est adquirendi dominii. Et tamen quamvis revera dominus non fiat, tamen nihilominus ei amissa possessione in petitorem contra quem iuravit, propter autoritatem iuramenti in factum actio datur, si modo, ut §. proponitur, juraverit rem suam esse. Ceteroquin si tantum juraverit, rem non esse petitoris, amissa possessione actionem non habet *l. sed si 11. in pr. & §. 1. de jurejur.* Ratio huius exceptionis videtur esse à specie ea conventionis, de qua paulo ante diximus. Et tamen Justinianus aliam hic innuit, quod iniquum sit de periurio quæri. Quod tamen paulo ante insubtilius dictum videri possit; siquidē alia est quæstio de exceptione iurisiurandi sit admittenda replicatio de periurio, quam constat iure nostro non admitti regulariter, de quo actum est ad §. *Item si quis 11. supr. de act.* An vero alias sit quæ periurii pœna, alibi tractatur.

TEXTUS.

3. Item si in judicio tecum actum fuerit, sive in rem, sive in personam, nihilominus obligatio durat, & ideo ipso jure de eadem re postea adversus te potest agi. Sed debes per exceptionem rei judicatæ adjuvari. Hæc exempli causa retulisse sufficiat; alioqui quam ex multis variisque causis necessariæ exceptiones sint; ex latioribus Digestorum, seu pandectarum libris intelligi potest.

COMMENTARIUS.

1 *An & qua obligatio per sententiam tollatur.*

2 *In quo fundetur exceptio judicati.*

DEnique hic proponit hic exceptionem iudicati. Et ait licet iudicatum sit, manere, & durare nihilomin' obligationem; quodad actionē in personam referendum, aut verbum obligationib. laxi' accipiendum est: nam actio in rem ex obligatione non descendit. Rectius sane dixisset, actionem durare, quomodo & Theoph. *αἱ μὲν ἀγωγαὶ μένου-*

ctr. Tractant autem hic & alibi Interpp. an & quæ †obligatio per sententiã absolutoriam tollatur. 1 Naturalem non tolli, expressum est in *l. Iulianus 60. in princ. de condict. indeb.* Sed nec tolli civilem probatur ex h. §. quo dicitur adhucagi posse; nec enim ex naturali sola umquam actio dari potest. Refertur quidem ab Angelo & Porcio ad *tit. sup. de oblig.* responsio Barthol. vel quod propter reliquias civilis obligationis adhuc duret actio; vel quod ex naturali sola possit dari actio, si ea aliquando conjuncta fuerit cum civili, & sublata etiam causa manere effectum, probant exemplo liberorum, qui superstites manent, etiam sublatis parentibus. Et quod civilis obligatio tollatur, inde confirmant, quod sententia, quasi vim Legis habeat, & habeatur pro veritate; sed enim, responsio facilis est, q judex non hoc agat, ut obligationem aliquam tollat, sed ut quid in veritate sibi videatur, pronuntiet; itaque reum absolvit, non ut illum liberet obligatione, sed quia illum non putat esse obligatum; idcoque obligationem, quæ vere subest non perimit; in quam sententiam faciunt, quæ latissime disputavimus ad 4. *part. chiliades. Fabrilis de errorib. pragmat. decad.* 98 *cap.* 7. *& seqq.* Quæ autem afferuntur de reliquiis civilis obligationis, & de actione competente ex sola naturali obligatione, manifesto inepta sunt. Nam 1. ratio modo allata facit, ut tota sit integra obligatio 2. reliquiæ non possunt satis esse efficaces ad actionem producendã 3 pugnantia sunt, tollí obligationem, & tamen ejus manere reliquias 4. Inepta comparatio est, de liberis post parentes mortuos superstitibus; quoniam illi seorsim substantiam & existentiam habent, & parentes tantum operantur & sunt causæ efficientes in generatione, qua absoluta, nec amplius causæ efficientis locum habent; sicut nec architectus postquam domum fabricavit. Et vero cum Doct. vulgo obligationem civilem, patri, naturalem matri conferant, fiet hinc ut sublata utraque obligatione possit competere actio, quod est absurdissimum. Tum porro alia substantiarum, alia accidentium ratio est, quæ sublata causa subsistere non possunt.

Itaque nec fieri potest, ut extincta civili obligatione actioni sit locus; & omnino id toti juris nostri ratione repugnat. Hinc apparet quam sit inepta sententia, quam multis rationibus defensari posse ait Porcius *d. loco.* quod per sententiam utraque obligatio & civilis & naturalis tollatur. Et sunt ea argumenta penitus inepta. Primum est quod in judicio quasi contrabatur *leg* 3. §. *idem scribit* 11. *de peculio*, 2. quod iure gentium teneamur obedire sententiis magistratus; atquin ex jure gentium æstimatur naturalis obligatio 3. quod, qui non appellat videatur consentire, & per cosensum tollitur naturalis obligatio 4. quod juramentum & sententia à pari procedant, per illud autem tollitur naturalis obligatio.

Respondeo ad 1. quod nec verus sit omnino contractus, cum invitum dictetur judicium; & quod contractus iste tendat ad obligandum, ut h ne reus condemnatus teneatur nova actione judicati. In 2. & 3. est plane nulla ratio connexi. In 4 est fallacia 2 dicto secundum quid &c. & hactenus differt, quod ipse creditor defert juramentum, & ita consentit, ut liberetur debitor, si juraverit, se non debere *l. Stichum* 95. §. *naturalis* 4. *de solut.*

Fundamentum porro exceptionis judicati est, † quod de eadem re bis judicium agitari non de- 2 beat: Ceteroquin num quam finis esset litium. Hinc ille apud Terentium Phormio.

At tu qui sapiens es, magistratus adi.
Iudicium de eadem causa iterum ut reddant tibi.
Quandoquidem solus regnas, & soli licet.
Hic de eadem causa hu judicium adipiscier.

De quo & diximus sup. ad *princ. tit. de usucap. & præscript.* Itaq; oportet ut omnia sint eadem, eadem res, eadem causa, eadem conditio personarum: Ceteroquin exceptio non obstat, ut docet *l. cum quæritur cum ll. seqq. de except. rei jud.* Itemq; oportet, ut res vere sit in judicium deducta. Itaq; si falsus procurator egerit, licet reo absoluto, domino agente non obstat hæc exceptio *l.* 1. *Cod. quibus res jud. non nocet.*

TEXTUS.

4. Quarum quædam ex legibus, vel ex iis, quæ Legis vicem obtinent, vel ex ipsius prætoris jurisdictione capiunt substantiam. Appellantur autem aliæ perpetuæ & peremptoriæ: aliæ temporales & dilatoriæ. Perpetuæ & peremptoriæ sunt, quæ agentibus semper obstant, & rem de qua agitur, semper perimunt; qualis est exceptio doli mali, & quod metus causa factum est, & pacti conventi, cum ita convenit, ne omnino pecunia peteretur.

COMMENTARIUS.

PRoponuntur hic demum duæ exceptionum divisiones: Prior est à causa efficiente. Hottomannus id quod LL. dicitur, obscurum esse ait, quod Lex, aut valere omnino, aut pro nihilo esse jubeat. Mihi nulla hic videtur esse consequentia, & valet omnino

omnino, quod etiam exceptione defenditur. Et lex ita unumquodq; inducit, aut confirmat, prout rei natura patitur; quomodo ſententia non eſt habilis, ut perimat obligationem; nec dubitarim, exceptionem rei judicatæ, eſſe à L.12. tabb. quam decemviri à Græcis acceperint.

Ineptius eſt, quod obiicit, exceptiones omnes pendere à beneficio prætoris. Non enim ita pendent tamquam ab authore, ſed tamquam ab adminiſtratore juſtitiæ, qui exceptiones quocunq; jure introductas, cauſa cognita, aut dabat addebatque formulæ, aut denegabat. Leges autem rurſus ita hic acipiũtur, ut in *princ. tit. praced. & alibi paſſim*, ſcilicet pro ſanctionibus ſub libera Republica à populo latis; per ea quæ obtinere legum vicem dicuntur, intelligit Senatusconſulta & principum conſtitutiones; quæ tamen ſub monarchia omnino revera Leges erant.

Altera diviſio eſt ab effectu ſumpta; quod aliæ perimunt rem, & objectæ faciunt ut amplius agi cum effectu non poſſit; aliæ non perimunt, ſed differunt tantum actionem *l 3. D.h.t.*

Videtur autem hic juſtinianus, pro iiſdem habere, peremtoriam & perpetuam, dilatoriam & temporalem, ſicut & JCtus in *d. l 3. de exception.* Et fere plerumque ita ſe habet, ſed non ſemper id ita obtinet, verum quandam temporalem peremptoriam eſſe oſtendemus in §. *ſeq.* Solent autem præter ſingulariter exceptas, fere omnes exceptiones eſſe perpetuæ, licet actio ſit temporalis; quoniam quãdo quis agere velit, incuiuſvis arbitrio eſt, ſed non an velit quis excipere; ex quo ſpecialis etiam exceptio doli eſt perpetua, licet actio ſit temporalis; quæ tamen admonitio non magni momenti eſt, ſi actionem tempore ipſo iure finiri putamus; quo caſu fruſtra quæritur de exceptione. Sed accidit nonnumquam, ut ubi eidem & actio & exceptio datur hæc ſit perpetua, licet illa ſit temporalis; vel uti filio exhæredato datur querela intra quinqueñium; qui tamen ſi poſſideat contra petentem hæreditatem exceptione; perpetua in officioſi defendetur *arg. l. 8. §. ſi filius de inoff. teſt.*

TEXTUS.

5. Temporales atque dilatoriæ ſunt, quæ ad tempus nocent, & temporis dilationem tribuunt; qualis eſt pacti conventi, cum ita convenerit, ne intra certum tempus ageretur: veluti intra quinquennium, nã finito eo tempore non impeditur actor rẽ exſequi. Ergo ii quibus intra certum tempus volentibus agere objicitur exceptio, aut conventi pacti, aut alia ſimilis differre actionem debent, & poſt tempus agere: ideo n. & exceptiones iſtæ dilatoriæ appellãtur. Alioquin ſi egerint intra tempus, obiectaq; ſit exceptio: neque eo judicio quidquam conſequebantur, propter exceptionem, neq; poſt tempus olim agere poterant, cum temere rem in judicium deducebant, & conſumebant; qua ratione rem amittebant. Hodie autem non ita ſtricte hoc procedere volumus. Sed eum qui ante tempus pactionis, vel obligationis, litem inferre ſit auſus, Zenonianæ conſtitutioni ſubjacere cenſemus, quam ſacratiſſimus Legislator de iis, qui tempore plus petierint, protulit: & indicias, quas ipſe actor ſponte indulſerit, vel quas natura actionis continet, ſi contempſerit, in duplum habeant ii, qui talem injuriam paſſi ſunt, & poſt finitas eas non aliter litem ſuſcipiant, niſi omnes expenſas litis antea acceperint: ut actores tali pœna perterriti, tempora litium doceantur obſervare.

COMMENTARIUS.

INprimis de temporalibus exceptionibus obſervandum eſt, quod dicuntur differre actionem *l. 2. in fin. D.h.t.* & rurſus dicuntur evitari poſſe *l.3. eod.* quorum prædicatorum minime eadem eſt ſententia, ut apparet exemplo exceptionis ex pacto de non petendo intra certum tempus. Differre dicuntur actionem, dum actioni opponuntur, quomodo obtinet in exceptionibus verbi cauſa procuratoriis; evitari dicuntur exceptiones dum interim non agitur. Exceptiones verbi cauſa procuratoriæ recte & dicuntur evitari, dum non agitur per perſonam inidoneam: &, ſi agatur, differunt tantum actionem, nec faciunt quominus iterum agi poſſit: adeo hic idem eſt exceptionem eſſe temporalem, & eſſe dilatoriam.

Sed in exceptione pacti temporalis non eodem modo ſe res habet, juxta rationem juris veteris, ſed ea, licet eſſet dilatoria, alio tamen ſenſu peremptoria erat. Et nimirum evitari poterat, dum actor poſt elapſum tempus adjectum moveat

veat actionem, atque ita faciebat pactum, ut interim differetur actio. Quod ſi vero actor intra tempus inſtituiſſet actionem, & reus apud judicem pedaneum objeciſſet, ſe necdum debere ſolvere, perimebatur actio: quoniam judex, qui accederat formulam putam, neceſſario reum abſolvere tenebatur; adeo actor iterum, de re eadem agens, exceptione judicati repellebatur; atque ita fiebat, ut actor rem & cauſam amitteret; ut hic in *verſ. aliquin.* docet Juſtinian. & explicavimus ſupr. ad §. *plus autem de act.*

Hodie autem & ſublato per Zenonem: cujus conſtitutionē probavit Juſtinianus, iſto jure, iſta quoque exceptio objecta actioni intra tempus male inſtitutæ non amplius perimit, ſed tantum differt actionem, datis, in pœnam temere motę actionis, reo duplicatis induciis: & ut inſuper actor impenſas, quas reus ob temere motam actionem facere coactus fuit, refundere omnes cogatur, ut hic explicat Juſtinian. Exceptio quoque non numeratæ pecuniæ evitari quidem poteſt, ſi poſt biennium agatur, de quo actum eſt ſupra *de lit. oblig.* Sed ſi intra hoc tempus actio moveatur, objecta exceptio hæc, actionem plane perimit, & facit, ut reus abſolvatur.

Et errat circa exceptionem pacti conventi temporalis Hottomannus hoc loco, dum diſtinguit, an quis ipſo jure plus petat tempore, an contra pactū petat; & quod ille quidem olim ceciderit cauſa, non etiam hic. Ego hoc falſum eſſe dico. Et hoc quoque caſu ſi judicium purum datum fuiſſet, ceciditſe actorem cauſſa, objecta poſt apud judicem exceptione pacti, verum eſt. Nam etiamſi initio diem contracta obligatio habuiſſet, tamen ipſo jure nata actio erat, ut ſupra ſatis probavimus ad §. *omnis de verbor. obligation.* itaque falſum eſt, quod ipſo jure plus hoc caſu petierit creditor. Et ratio eadem eſt, ſi tempus poſt adjectum ex pacto fuerit obligationi. Et nimirum hic quoque, ſi judicium fuiſſet purū *ſi apparet Titium centum debere, condemna.* ubi reus probaſſet judici, ſe necdum pecuniam debere, quē condemnare judex non poterat, neceſſario exceptio rei judicatæ reo parabatur. Et expreſſo hoc §. Juſtinian. comparat hos caſus, quo ab initio diem adjectum habuit obligatio, & quo poſtea dies adjecta ex conventione fuit, illis verbis, *inducias, quas ipſe actor ſponte indulſit, vel quas natura actionis, contulit,* & ſolemne iſtud eſt Hottomanno, ut nodum quæratin ſcirpo, & ſæpe nugas agat.

In duplum habeant.] Recte Johan. Faber hic ait, quod tota dilatio duplicetur, non illud tantum ꝙ & literæ conveniat. Unde infert Faber: Sæpe fieri, ut tripliciter tempus, ſi actor, vel creditor, ſub finem dilationis egerit, veluti ſi cum pactum eſſet, ut ne quis intra biennium peteret, & petierit creditor ultimo menſe anni ſecundi, ex ſententia Fabri, expectare tenebitur creditor alios totos annos quatuor. Quod tamen alienum videri poſſit à mente Juſtiniani. Et dixerim potius, quandocunque agatur, intra tempus ſcilicet; tantundem adjiciendum eſſe (ſubducto tempore convento) quantum temporis initio adjectum fuit; velut ſi in propoſita ſpecie, creditor egerit poſt annum, dixerim, triennium exſpectandum eſſe; ut ſit ſemper uniforme tempus & certum, & uniformis pœna.

Poſt finitas eas non aliter.] Aperte oſtendit hic locus, quod ubi ante tempus actum eſt, reus ab inſtātia debeat abſolvi; & finitis duplicatis induciis, fit nova actione opus; licet referente hic Joh. Fab. Canoniſtæ exiſtiment, reum condemnandum eſſe nihilominus, ut ſcilicet poſt lapſas duplicatas inducias, citra novum proceſſum ſolvere cogatur.

TEXTUS.

6. Præterea etiam ex perſona ſunt dilatoriæ exceptiones, quales ſunt procuratoriæ: veluti ſi per militem quis velit agere, aut mulierem. Nam militibus, nec pro patre, vel matre, vel uxore, nec ex ſacro reſcripto, procuratorio nomine experiri conceditur: negotiis vero ſuis ſupereſſe ſine militiaris diſciplinæ offenſa poſſunt. Eas vero exceptiones, quæ olim procuratoribus propter infamiam vel dantis, vel ipſius procuratoris, opponebantur, cum in judiciis nullo modo frequentari perſpeximus, conquieſcere ſancimo, ne dum de his altercatur, ipſis negotii diſceptatio proteletur.

COMMENTARIUS.

1 *Diſtinctio excep. dilatoriarum.*
2 *Mulier cur lite conteſtata, ut procurator admittatur.*
3 *Quo tempore exceptiones ſint opponenda.*
4 *Exceptiones privilegiatæ & litis finitæ.*
5 *An exceptiones obſtici poſſint poſt ſententiam.*

AGamus paulo plenius, & accuratius diſtinguamus exceptiones † dilatorias. Sunt hæ 1 duplices, & ſcilicet cōcernunt vel ipſam cauſā principalem, veluti exceptio pacti temporalis, de qua ante actum: vel proceſſum ſive conſtitutionem judicii,

dicii. Et hæ rursum respiciunt vel personam judicis vel litigantium. Illa in genere potest dici, inhabilitatis: & rursus est duplex: vel quod quis non possit esse judex simpliciter, veluti pupillus, servus &c. quæ est absoluta inhabilitas: vel quod in hac causa aut in hanc personam non possit esse judex: & hoc iterum. Vel quod per se non habeat jurisdictionem in causa vel in personam: quæ est exceptio, in specie, incompetentiæ vel ex accidenti, quod jurisdictionem quam habet, ex aliqua ratione exercere non potest: & ea fere duplici 1. suspicio, verbi causa si ipsum simul contingit causa, vel parti adversæ sit conjunctus: quæ dicitur exceptio suspecti judicis. 2. Præventio: quando ex duobus concurrentibus judicibus, alter reum prius in jus vocavit *l. 7. de judiciis.* Hæc de exceptionibus, quæ objiciuntur judici. Qui in judicio litigant, sunt vel ipsi principales, vel pro iis intervenientes. Illis obstat exceptio, verbi causa, quod idoneâ non habeant personam standi in judicio, juxta *text. si. Cod. de his qui pers. legit. &c.* His quæ objiciuntur exceptiones, fere sunt & dicuntur procuratoriæ *h. text. & l. 3. D. eod. in fin.* Et hæc quoque duplicis generis faciunt Dd. cum objicitur alicui, non esse eũ procuratorem, qui videlicet nullum mandatum, aut revocatum habet, & dicitur procurator falsus, cum quo agitatum judicium penitus nullum est *l. licet 24. Cod. de procurat.* 2. Cum objicitur alicui, eum, ut maxime mandatum habeat, non posse esse procuratorem, cujusmodi personæ sunt, 1. mulier, 2 2. miles, nisi hic sit procurator † in rem suam *h. textu*, itemque nisi omissa exceptione adversarius litem cum milite procuratore constituto, contestatus fuerit, *l. Ita 13. C. de procurat.* quod mirum fortasse alicui videatur, posse fieri per dissimulationem aut ignorantiam partis adversæ, quod nec sacro rescripto fieri posse hoc textu affirmatur. Arbitror rationem pendere à subtilitate civilis juris: & quod quis litis dominus effici dicitur per litis contestationem: ut jam non amplius alienum, sed magis proprium negotium tractare & persequi videatur. 3. huc refertur infamis *d. §. ultim.* ubi tamen Justin. hanc exceptionem magis improbare videtur: quem ego ita tamen acceperim, ut intelligat casum quo de infamia non liquet, sed ea requirit operosam probationem: argum. ejus quod rationẽ hanc reddit, ne negotium proteletur: adeo si notoria sit infamia, aut quæ incontinenti probari possit, nihil mutatum crediderim.

Colophonis loco ad hunc tit. addemus aliquid de tempore † quo exceptiones sunt opponendæ. 3 Et quod attinet dilatorias, eas in principio litis opponendas esse dicitur *in l. uls. C. de except.* quod licet non uno modo explicetur, communius tamen receptum est fore, ut principium litis, sit intelligendum de litis contestatione: quod & hic probat Faber, & lite olim contestata ibant partes ad judicem: atque ita quoque *l. pen. C. eod. titulo*, quæ exordii litis meminit, accipienda est. Et ratio non est obscura, cur istæ exceptiones non admittantur, post litis contestationem, quod ad constitutionem judicii pertineant: adeoque hoc semel per litis contestationem constituto, amplius nequeunt admitti; & litem contestando reus his exceptionibus videtur renuntiasse: quod & notat *Cujacius 18. observ. 34.* Ex quo receptum est, ut si reus competere has exceptiones sibi probabiliter ignoravit, aut si eæ demum post litem contestatam emerserunt de novo, tunc post litem quoque contestatam, allegari possint *Wesemb. in parat. hic num. 10.* De exceptionibus peremptoriis olim ita jus erat, ut in bonæ fidei judiciis, quibus dicebantur inesse exceptiones, etiamsi apud prætorem omissæ, nec formulæ insertæ fuissent, tamen nihilominus ad sententiam usque apud judicem pedaneum obiici possent, ut explicatum est supra *ad §. actionum Instit. de actionib.* In stricti autem iuris judiciis, quibus exceptiones nõ ineranr, & in quibus præcise judex erat adstrictus formulæ, nec extra eam quidquam poterat, necessario formulæ exceptionis inferendæ & addendæ erant: Ceteroquin earum judex rationem habere non poterat, utcunque reus postea ad earum probationem se obtulisset. Postea sublato illo more judices dandi, postquam ipsi magistratus cognoscebant & judicabant, quod factum creditur sub Imper. Dioclet. & Maximiniano argum. *l. 2. Cod. de pedan. judic.* ita cepit observari, ut exceptiones peremptoriæ, probatione earũ post litem cont. reservata contestãdæ apud magistratum initio essent, ut argumento sunt constitutiones eorundem *Impp. in l. 2. C. sent. rescind. non poss. l. 9. C. de præscr. long. tem. l. 8. C. de except.*

Idque initio & tum fuit necessitatis, sed postea sensim cepit esse voluntatis: & ita observari, ut istæ exceptiones licet initio non contestatæ, usque ad sententiam possent à Reo proponi: quod & recte Accursius notat & post eum *Dd. in dd. ll. & Zanger. tract. de except. part. 3. cap. 26. num. 31. & seqq. Mynsing. 5. observ. 89.* Atq; ita hodie quoque praxis observat, ut exceptiones hæ post litis cont. objiciantur, aut initio propositæ, post eam probandæ rejiciantur, exceptis tamen quibusdam † exce- 4 ptionibus specialibus, quas Dd. privilegiatas appellant: & quæ ante litem cont. hoc effectu obii-

ciuntur, ut non remittantur poſt litis conteſtationem, ſed ſi modo non ſint nimium dubiæ & altioris aliquando indaginis, ad probationem earum, ſtatim admittatur reus, & ita hæ exceptiones objectæ, litis impediãt ingreſſum, unde litis finitæ quoque appellantur. Earum plerique tres ſtatuunt, jurisjurandi, rei judicatæ & tranſactionis', quoniam hæc principaliter tendunt ad finiendas lites, & ea gratia ſpecialiter ſunt introducta & confirmata *l. 1. de re jud. l. 1. de iurtiur l. 10. Cod. de tranſaction. facit l. poſt rem 56. de re iudic.* ut proinde iniquum ſit eum qui aliqua harum exceptione munitus eſt, denuo cogi ſuſcipere judicium: addunt aliqui quartã, præſcriptionis. *Sichard. in l. 9. Cod. de probationib.* & de hac re agunt etiam *Dd. in l ait prætor. 7. & in l. 9. in pr. de iureiur. Zanger. de except. p. 3. cap. 17. in fin. & c. 18. num. 3.* Imo ſcribit *Caſtrenſ. in. d. l. 7.* omnes exceptiones fieri tales, & ſtatim etiam ante litem cont. audiri reũ ſi eas in continenti probare poſſit. Quid autem, an etiam poſt † ſententiam locus eſt 5 exceptionibus? Quod regulariter negandum eſt per *l. 2. Cod. ſent. reſcin. non poſſ.* & per rationem quod ſententia imponit finem liti *l. 1. de re judic.* nec poſt eam amplius diſputare licet, cum pro veritate habeatur; nec jam amplius quæratur, an verbi cauſa pecunia debeatur vel debita fuerit, ſed hoc tantum, an judicatum ſit *d. l. poſt rem 56. de re judic.* Ex quo ipſo apparet procedere hoc ſi ſententia valida ſit. Et hinc duæ limitationes Dd. firmantur 1. Quod poſt ſententiam admittatur exceptio nullitatis. 2. Exceptio reſtitutionis: quoniam illo caſu ſententia eſt nulla & perinde habetur ac ſi non eſſet judicatum: adeo nec proprie loquendo iſta ſit limitatio: hoc autem caſu ſententia valida non manet, ſed reſcinditur. Et huc faciunt *l. licet 24. Cod. de procurat. l. 4. §. condemnatum de re iudicata l. 33. eod.* Ex eodem fundamento, confirmatur limitatio Doctorum alia, quod audianturpoſt ſententiam exceptiones, quæ eam non impugnant, nec impediunt, quominus executioni mandari poſſit: cujuſmodi eſt exceptio competentiæ, ne quis exigatur ultra quam facere poteſt *l item 18. l. Neſennius 41. in fin. de re judic.* Item exceptio cedendarum actionum *l. ſi fidejuſſ. 41. §. 1. de fidejuſſ.* Item exceptio non facti implementi, veluti non ſoluti pretii de qua re *Salicetus & alii Dd in l. 2. C. de jur. & fact. ign. Zang. de except. part. 3. c. 26. nu. 88. Gail. 2. obſ. 17* propria autẽ limitatio eſt in quibuſdã privilegiatis exceptionibus, veluti Senatuſconſulti Macedoniani & Velleiani: quibus locus datur etiam poſt ſententiam *l. 11. & Macedon.*

Ad Titulum XIV.

LIBRI QVARTI INSTITVtionum,

DE REPLICATIONIBUS.

TEXTUS.

Interdum evenit, ut quæ prima facie juſta videtur exceptio, tamen inique noceat: quod cum accidit, alia allegatione opus eſt, adjuvandi actoris gratia; quæ replicatio vocatur, quia per eam replicatur, atq; reſolvitur jus exceptionis: veluti cum pactus eſt aliquis cum debitore ſuo, ne ab eo pecuniam petat, deinde poſt ea in contrarium pacti ſunt, id eſt, ut creditori petere liceat, ſi creditor agat, & excipiat debitor ut ita demum condemnetur, ſi non convenerit, ne eam pecuniam creditor petat, nocet ei exceptio: cõvenit enim ita: namque nihilominus hoc verum manet, licet poſtea in contrarium pacti ſint: ſed quia iniquum eſt, creditorem excludi, dabitur ei replicatio ex poſteriori pacto convenio. Rurſus interdum evenit, ut replicatio, quæ prima facie juſta eſt, inique noceat: quod cum accidit, alia allegatione opus eſt, adjuvandi rei gratia, quæ duplicatio vocatur. Et ſi rurſus ea prima facie juſta videatur, ſed propter aliquam cauſam actori inique noceat, rurſus alia allegatione opus eſt, qua adjuvetur actor, quæ dicitur Triplicatio. Quarum omnium exceptionem uſum interdum ulterius, quã diximus, varietas negotiorum introducit? quas omnes apertius ex Digeſtorum latiore volumine facile eſt cognoſcere.

Commentarius.

1 *Replicationes quomodo concepta.*

2 *Ad l. 27. §. 2. de pact. & l. 95. §. 4. de ſolution.*

3 *Ad l. 7. 1. de curat. fur. quomodo reus utatur triplicatione.*

Exce-

EXceptio, actionis ; replicatio, exceptionis est exclusio: *l. 2. §. de except.* cujus conditionem & necessitatem, satis prolixe & perspicue explicat Justinianus: q scil. per replicationes succurratur actorib. unde Impp. *in l. non* 10. C. *de except.* quod actores suam intentionem muniant replicationibus non exceptionibus: scilicet verbo hoc accepto in specie: Cæteroquin appellatione generali exceptionum veniunt & replicationes, ut scribit *Vlp. in l. 2. §. 1. de except.* & hoc loco & *in fin. hujus textus* Justinianus docet, illis verbis, *quarum omnium exceptionem.* Porro quod attinet ad formam, sicuti exceptiones negative, ut *tit. prec.* diximus, ita hæc replicationes † affirmative concipi solebant : in formula, ut colligitur *ex l. consilio 7. §. 1. de curat. furios. & l. itaque 48. de procurat.* Itaq; in specie proposita *in pr. h. t.* ubi post pactum de non petendo, rursus de petendo creditor pactus erat, ita formulâ dabat prætor. *Si apparet Titium Mævio centum dare oportere, nisi pactus, aut si contra pactus est Mævius, judex condemna*: nam non obstante pacto contrario, exceptioni tamen locum fuisse, (quæ adeo per replicationem elidenda erat) perspicue ait Justin. dum ait, quantumvis pacti sint in contrarium de petendo, tamen verum esse nihilominus, quod ante de non petendo fuerint pacti: idque est quod tradit Jurisconsl. *Paulus † in l. si unus 27. § pactus 2. 2 de pact.* quod non ut tollitur stipulatio per stipulationem, quæ scilicet novandi gratia interposita est, & nimirum tollitur ipso jure: ita & pactum alio pacto tollatur ipso jure: quod scil. pacta sint facti: ideoque opus esse, ut obiecta exceptio pacti elidatur alterius pacti replicatione. Ubi tamen vulgo solet ipponi, quod scriptum *est in l. Stichum 95. §. naturalis 4 de solut.* obligationem naturalem per pactum ipso iure tolli. Et igitur 1. videtur posterius pactum hoc operari, ut nulla primi amplius habeatur ratio, adeoque nec locus esse exceptoni.

Deinde si per istud pactum de non petendo, ipso jure sublata est obligatio naturalis, non videtur hæc per pactum secundum de petendo posse restitui. Quoniam paulo est alienius ab hac commentatione, de apicibus juris disserere, breviter solum dico: quod obligatio, quæ nascitur ex obligatione juris gentium, & quæ eadem jure civili approbata est, dicatur esse mixta, scilicet naturalis & civilis simul, docendi gratia, & revera etiam talis est: sed quod tamen propter unionem illam revera sit tantum unica obligatio: ita ut verbi causa, per pactum de non petendo, ejusmodi obligatio non possit simpliciter dici non esse amplius naturalis: cum & simpliciter *in tit. prec.* dixerit Justin. his & similibus casibus reum obligatum, & actionem efficacem manere: sed quæ propter pactum elidatur. Tum etiam cum hoc facti sit, aliquem pactum esse, non potest per contrarium pactum effici, quo minus initio aliter pactum sit: & proinde in constituendo judicio apud prætorem, hæc singula uti facta sunt; formulæ sunt inserenda. Sed de his agitur alibi prolixius. Ita se res habet circa replicationem, quæ actori indulgetur: quæ porro si iniqua sit, per duplicationem Rei, & hæc ulterius per triplicationem actoris eliditur, ut *in fin.* hujus textus docet † Justinianus: ubi scrupulum movet, quod cum triplicationem actori tribuat Justinianus, tamen *in l. consilio 7. † §. 1. de curat furi.* reus & possessor dicitur uti triplicatione. Res non est explicatu difficilis. Nimirum aut sumimus personas actoris & rei separatim, aut conjunctim. Illo sensu loquitur hic Justinianus. nam prima est actio quâ intendit & proponit actor, secunda ejusdem allegatio contra exceptionem rei est replicatio, & hinc contra duplicationem rei, ejusdem actoris tertia allegatio triplicatio vocatur. Conjunctim vero ista accepit Jurisconsultus *in d. l. 7. §. 1. de cur. fur.* Nam 1. objectio instituta actione est exceptio Rei: porro sequitur replicatio actoris & tertia allegatio Rei, quę hoc sensu dicitur triplicatio, quæ eadem hoc respectu, si conjungatur actio, quod triplicatio possit & debeat appellari.

TEXTUS.

1. Exceptiones autem quibus debitor defenditur, plerumque etiam fidejussoribus accommodari solent, & recte: quia quod ab iis petitur, ab ipso debitore peti videtur: quia mandat judicio redditurus est eis, quod ii pro eo solverint. Qua ratione etsi de non petenda pecunia pactus cum Reo quis fuerit, placuit perinde succurrendum esse, per exceptionem pacti conventi illis quoq; qui pro eo obligati sunt, ac si etiam cum ipsis pactus esset, ne ab eis ea peteretur. Sane quædam exceptiones non solent his accomodari. Ecce n. debitor si bonis suis cesserit, & cum eo experiatur creditor, defenditur per exceptionem; si bonis cesserit. Sed hęc exceptio fidejussorib. non datur: ideo scilicet, quia qui alios pro debitore obligat, hoc maxime pro-

by Google

ſpicit, ut cum facultatibus lapſus fuerit debitor, poſſit ab iis qui pro eo obligati ſunt, ſuum conſequi.

COMMENTARIUS.

1 *Exceptionum diviſio, in rem & in perſonam.*
2 *Exceptio & pactum in perſonam an proſit fidejuſſori & n 6.*
3 *Ad l. 22. de pactis.*
4 *Exceptiones in perſonam.*
5 *Defenſor utitur exceptionibus rei principalis.*
6 *Exceptiones mixtæ.*

DUas exceptionum diviſiones *tit. præced.* propoſuit Juſt. alteram à cauſa efficiente, quod ſint vel civiles vel prætoriæ §. *quarum 7. eo tit.* alteram ab effectu quod vel differat vel perimant actionem §. *appellantur 8. cum* §§. *ſeqq. ibid.* hic proponitur tertia diviſio, quod aut ſint in rem † aut in perſonam *l. exceptiones 7. §. 1. h. t.* ut videatur hic tit. non ſeparandus, ſed cum *præced.* eſſe conjungendus: cæteroquin *tit. præced. hic 8.* potius fuiſſet collocandus: quod tamen hinc Acc. excuſat, quod etiam replicationes; generali appellatione exceptionum contineantur, ut notavimus, ad *text. præced.*

Eodem modo autem diſtinguuntur exceptiones in rem & in perſonam, ſicut pacta alia in rem alia in perſonam perhibentur. Sunt enim in rem exceptiones quæ perſonam debitoris egrediuntur, & competunt aliis perſonis etiam, veluti hæredibus, itemque fidejuſſoribus (de his enim tantum quæri poteſt) nam ita quoque pacta in rem dicuntur, quæ etiam hæredibus non ſoli paciſcendi proſunt. *l. tale pactum 40. in princip. de pactis.* Et in dubio conſtat pacta in rem eſſe per *l. ſi pactum 9. de probat.* maxime ut hæredib' proſint *dict. leg. 9.* Cæteroquin aa Quiſci quem poſſe, ut hæredibus inde exceptio non naſcatur itidem conſtat. Proſunt porro hæ exceptiones etiam † fidejuſſoribus, 2. *h. §* & *d. l. 7.* veluti doli, metus, rei judicatæ, &c. idque exemplo pacti de non petendo hic illuſtrat Juſtin. & *in pr. §.* oſtēdit hoc receptum favore ipſius debitoris: quoniam ſi non prodeſſent fidejuſſori hæ exceptiones, ſed ille poſſet condemnari, iis non obſtantibus, effectu nec ipſi reo prodeſſent: ſiquidem fidejuſſor exactus, quod ſolvit actione mandati repeteret à debitore *h. §. in princ.* & *§. ſi quid 6. ſup. de fideiuſſorib.* Sed quid ſi debitor, verbi cauſa in perſonam pact' ſit ut ne à ſe tantum petatur, an tum exceptio fidejuſſori negabitur? Affirmativam partem tum confirmat ratio, quod non egrediuntur perſonam paciſcentium ejuſmodi pacta, & nec poſſum: tum etiam textus expreſſus *in l. niſi 22. de pactis.* Sed contra dupliciter & non leviter occurritur, tum ex veteri tum ex novo jure. Et ex illo, quod competit convento fidejuſſori exceptio actionum cedendarum, atquin qui de non petendo pactus eſt, actionem utique quæ ſit efficax & utilis cedere non poteſt. Et igitur nec poterit exigere fideiuſſorem, qui actionem cedere efficacem ei non poteſt. Sed magis occurritur ex jure novo quo conſtitutum eſt, ut ne fidejuſſor conveniri poſſit, niſi principali prius excuſſo. *auth. præſente Cod. de fidejuſſoribus.* idque ex N. 4. *cap.* 1. Accurſii reſponſiones ad utrumq; licet Bart. & alii eas probent, mihi non ſapiunt. Ait 1. q̃ in ſpecie *d. l. 22.* † conſenſerit fidejuſſor pacto, 3 atque ita ſibi præjudicarit. Sed hoc divinatorium, & alienum plane à mente Juriſconſulti eſt, & ita nulla ratio dubitandi. Et procul dubio JCti ratio *d. l. 22.* pendet à perſonalitate pacti, quod conſtat ſua natura non egredi perſonas paciſcentium. Ait 2. quod reus ſolvendo non fuerit *in d. l. 22. de pact.* Verum hoc iiſdem rationibus convellitur, & divinatoriam hanc eſſe reſponſionem ibidem Alexander rectiſſime annotavit. Ait Accurſ. 3. quod non proſit quidem exceptio pacti fidejuſſori, ſed exceptionem doli prodeſſe. Verum ita plane eluderetur ſententia illa & regula, quod pacta perſonalia nullis aliis niſi paciſcentibus proſint, & Leges non rebus, ſed verbis eſſent poſitæ; cum exceptio doli non minus operetur, quam exceptio pacti: quæ etiam exceptione, ſolent ut plurimum concurrere *l. 2. §. Item quæritur 4. de excep. doli:* & nimirum generalis exceptio doli, ſpecialis autem non debet porrigi ultra quam etiam exceptio pacti porrigi poteſt, ut notat *Bartol. ad d. l. niſi 22. de pactis.*

Denique ait Accurſ. quod ponendum ſit, fideiuſſorem beneficiis ſibi competentibus renuntiaſſe. Sed iſta coincidit cum prima, & per ſe etiam ineptius eſt, ut hoc interceſſiſſe fingamus, quod omnem penitus excluderet dubitandi rationem. Quod attinet objectionem ex jure veteri; dixerim hanc eſſe rei facultatem & poteſtatem, ut hoc modo paciſci poſſit: ut exceptio illi ſoli, non etiam fidejuſſori proſit & hoc facit ratio juris, ne fidejuſſor exceptione pacti perſonalis ſe tueri poſſit: & ubi creditor aliter paciſci noluit, quam ut integra ſibi adverſus fidejuſſorē actio eſſet, nihil eſt, quod debitori imputari poſſit, cujus etiam forte interfuit, ut ne à creditore potius conveniretur, quam à fidejuſſore, quem forſan compenſationis; aut qua alia exceptione potuit removere.

Et cum non niſi de actione contra ipſum reum cedenda quæſtio ſit, nulla fidejuſſori iniquæ conditio infertur, qui propriam actionem ex mandato

dato contra debitorem habet. Dixerim etiam, nihilominus cedi posse actionem à creditore, fidejussori, eamque fore actionem efficacem contra reum, quippe qui hac exceptione, quæ ex pacto personali & ipsa personalis est se tueri non possit.

De exceptione excussionis difficilior videtur esse objectio. Nam pro fidejussore hoc facit, quod jus ex Lege quæsitum ipsi non videtur adimi posse pacto aut rei, aut creditoris: cum & istius beneficii contemplatione, quod ipsi concessum est, præsumatur fidejussisse: & alias id beneficium facile, & collusione creditoris & Rei, exceptio iure indulta negotio nullo ipsi adimeretur.

Quod si admittimus repelli creditorem beneficio juris novi, iam ille plane amiserit actionē, cum ob pactum conventum agere efficaciter contra Reum non possit: quod etiam iniquum videtur.

Et igitur, aut dicendum erit pactum aut omnino esse nullum, eoque non obstante posse agi contra reum, ut pacti exceptio replicatione elidatur: aut detrahenda erit personalitas, ut habeatur perinde, ac si pactum fuisset in rem conceptum: ut imputetur creditori, qui ita pactus est, quod relinquo in medio, ut tamen posterius magis probem: pro quo v. quæ statim in seq. noto. Hæc de exceptionibus in rem.

In personam sunt, quæ † soli Reo prosunt, nec 4 hæredibus, nec fideiussoribus: quæ vel ex conventione talia sunt, vel ex iure: cuiusmodi est quam hic proponit Justinianus exceptio cessionis, quod debitor bonis cesserit: & omnino, ut generalius loquamur ex exceptio competentiæ, ne quis ultraquā facere possit, conveniatur aut exigatur: hanc enim exceptionem etiam post sententiam in puncto executionis rectè objici diximus *tit. præced.* & egimus de hac exceptione *sub fin. tit. de action. supra:* Est de ista personalitate textus *in l. si* 24. *cum l. seq. de re judic.*

Hoc tantum monendum, non dari hanc exceptionē fidejussori, si ipse qua talis nomine proprio conveniatur: quod si rei conventi defensionem susceperit, sane † hac exceptione utitur *l. alia* 14. *in 5 princ. solut. matr.* nec enim defensor, qui Rei principalis vicem subit in plus quam ipse Reus tenetur. Igitur si reus fidejussoris conventi susceperit defensionem, exceptionibus utetur, quæ soli Reo competant. Plus dicit hic *Iohann. Faber* quod reus suscipiens defensionem fidejussoris, utatur exceptionibus, quæ ipsi Reo soli, non itidem competebant fidejussori: quod merito ait esse mirabile, ut reus principalis defendendo fidejussorem, possit uti ex persona sua exceptionæ, quę non competit fidejussori, cujus tamen personam repræsentat: Id tamen verum esse probat *ex l. idemque* 10. *§. pen. Mandati.* Ubi dicitur, fidejussorem, si sciens omisit exceptionem, qua reus uti potuit, (scilicet solus, nam alias non esset ratio dubitandi) non habiturū actionem mandati, si modo habuerit facultatem conveniendi Rei (scilicet ei denuntiandi) & desiderandi, ut ipse potius susciperet judicium vel suo vel procuratorio nomine: Ergo & hoc modo poterit exceptionem allegare reus. Sed objicitur, quod ex persona defensoris non debet deterior fieri conditio actoris: tum etiam obstat *l. vēditor* 49. *in princip. de judiciis & hic quoq; locus.*

An enim permittimus fidejussori convento, ut denuntiet reo principali, & ut possit hic suscipiendo judicium, objicere exceptionem cessioni bonorum? Id quidem directo impugnaret hunc textum, & ita eluderetur creditor, qui dum metuit ne debitor labatur bonis accepit fidejussorem. Non sufficit distinctio Fabri, inter exceptiones declinatorias fori & alias. Ego arbitror rectissime ita distingui, quod aut exceptionem personalem sibi debitor soli quæsivit ex conventione & pacto inito cum creditore, & ita ex creditoris facto, aut citra factū creditoris ex jure specialis aliqua exceptio competit debitori. Et circa hāc falsum esse omnino dico, quod reus suscipere judicium pro fidejussore, & ea exceptione uti possit: sed in priori specie exceptionis admitto: nec enim patitur injuriā creditor, qui exceptione quæ ex facto ipsius provenit, repellitur.

Et hinc non inelegantet puto extricari, quod ad *pr. hujus textus* disputavi, circa exceptionē †, 6 ex pacto personali, *ne à soloReo petatur.* Dico enim in his terminis deberę fidejussorem denuntiare Reo, ut pro se suscipiat judicium: atque ita poterit uti exceptione illa pacti debitor ipse: quod tamen fateor non sat commode dici, postquam ex *N.* 4. exceptio ordinis data est fidejussori: cuius vigore solvere aut suscipere iudicium ante reum principalem non tenetur: sed nimis forte de hac re multa.

Duæ hæ species exceptionum sunt in duobus extremis. Aliæ soli plane Reo competunt, & nec hæredibus quidem. Aliæ præter hæredes etiam fidejussoribus competunt, favore ipsius Rei, ut ante explicavimus: quo pertinet regula *l. & haredi* 21. *in fin. de pact.* exceptionem pacti prodesse omnibus, quibus ut prosit, interest paciscentis. Videntur posse dari exceptiones mixtæ, † quæ hæredib' pro- 7 sunt, non fidejussoribus: cujusmodi est exceptio læsionis ex causa ætatis: quæ parit petitionem restitutionis: hæc enim datur hæredibus, non etiam fidejussoribus. *l. 6. de restit. in integr. l. 1. & 2. C. de fidejuss.*

juſſ. min. l. exceptiones 7. in fin. de except. Qua de re pluribus non eſt hic agendi locus.

AD TITULUM XV.
LIBRI QVARTI INSTITUTIONUM, *DE INTERDICTIS.*

TEXTUS.

Sequitur ut diſpiciamus de Interdictis, ſeu actionibus, quæ pro his exercentur. Erat autem interdicta, formulæ atque conceptiones verborum, quibus prætor aut jubebat aliquid fieri, aut fieri prohibebat: quod tum maxime fiebat, cum de poſſeſſione inter aliquos contendebatur.

COMMENTARIUS.

1 *Cur interdicta fere tantum ſuper cauſa poſſeſſionis.*
2 *Modus procedendi & forma.*
3 *Interdicta an extraordinaria actiones.*

IAm ſupra monuimus, rectius poſt *tit. de actionibus*, hunc tit. fuiſſe ſubjectum: maxime poſtquam ſublato veteri interdicendi more, recta actiones in factum proponuntur: ſed & olim frequenter ex cauſa Interdictorum actiones datas fuiſſe conſtat: & omnino imploratio quoque officii prætoris actionis inſtar eſt *l. actionis 37. Obl. & Act.* ubi & interdictorum fit mentio, ſed rem ipſam videamus. Et inprimis quomodo olim quiſque ex Interdicto jus ſuum perſequebatur, aliqua explicandum eſt. Et ait Juſtinianus interdicta fuiſſe formulas & conceptiones verborum, quibus prætor tum maxime uſus fuerit quoties de poſſeſſione inter aliquos contendebatur. Ait, *maxime*, nam quædam interdicta ingreditur cauſa proprietatis *l. 2. §. quadam l. 1. §. ult. de adq. quot. & aſt. l. 3, 12. & 13. de itin. actuque priv.* At cur de cauſa poſſeſſionis fere tantū † interdicta propoſita à prætore fuerunt? ſane 1 pleraque interdicta ſunt propoſita ſuper cauſis publicis, & ejuſmodi rebus quarum non proprietas ſed uſus & poſſeſſio quædam eſſe poteſt. Tum porro quædam ſunt facta injuſta, ut poſſeſſionum invaſiones, clandeſtinæ & violentæ extructiones, & quædam aliæ ejus generis, quæ ſtatim reformari voluit prætor, non prolixe de jure utriuſque litigantis diſputaritque hujuſmodi cauſis interdicta propoſuit prætor, quorum hæc † ratio & 2 hic ordo & proceſſus erat, ut quis protinus officium prætoris nobile imploraret, & ſecundum hoc prætor vocato altero interdiceret, & certa ſcilicet formula verborum aliquid juberet vel fieri prohiberet: hoc enim ante omnia præcedere oportebat: Quod ſi juſſus non pareret interdicto, tum duplex ratio porro erat, ut vel implorante ſurſum altero, prætor pro imperio ſuo manu quoque miniſtrorū contra contumacem juſſum ſuum exſequeretur: aut civilius ex cauſa interdicti actionem ordinariam daret.

Huc refero quod eſt *in l. 1. §. 4. verſ. reſtituenda* (ita enim rectius legitur) *uti poſſid.* reſtituendæ poſſeſſionis ordinem aut interdicto expediri aut per actionem, & apertius *in l. 1. §. 2. ſimul. ventr. nom. & in l. 3. in pr. ne vis fiat ei &c.*

Et huc reſpiciunt *Impp. in l. ult. C. h. t.* dum mutato jure veteri diſponunt, ut ſi quis interdictum efflagitet, ruptis veteribus ambagibus inter ipſa cognitionum auſpicia actionem exprimat: cum olim non protinus actio proponeretur aut peteretur, ſed primum interdictum flagitaretur: ut nimirum prætor ſolenniter certis quibuſdam verbis interdiceret: Et proprie ita dicebatur quis uti interdicto, & tum cum recta interdictum proſequens imperio prætoris in poſſeſſionem, verbi cauſa reſtituiſſe poſtulabat. Sed cum frequenter contra non parentem actio daretur, ex qua niſi paruiſſet interdicto Reus, fere ad intereſſe condemnabatur, evenit, ut etiam, qui hujuſmodi actionem petiiſſet, interdicto uti (quia excuſa interdicti actio dabatur) diceretur, ut apparet ex *d. l. 3. in princ. ne vis fiat, &c.* quin & per tranſlationem, qui interdictum petebant & agebant, interdicere ipſi dicti fuerunt, ut *in leg. 6. ne quid in loco publ. l. 3. §. 5. uti poſſ. dict. leg. 1. §. 22. de aqua quot. l. 3. §. 4. quod vi aut clam.* ut interdicere iis locis nihil aliud ſit, quam interdicto certare & contendere.

Sublato igitur jam olim jure veteri & more ptiſco interdicendi, & recepto conſtitutoque, ut recta introducerentur actiones *dict. leg. ultim. Cod. h. t.* nō immerito in Pand. ita rubricam concepit Tribonianus, *de Interdictis, ſive extraordinariis actionibus, &c.* Atquin † cur appellat extraordinarias cum utique actiones, quę ex cauſa Interdictorum dabantur, ordinariæ eſſent, quia ad judicem pedaneum cum formula ibatur; docetque id *dict. lex 1. & 2. ſi mulier ventr. nom.* ubi ita dicitur remiſſio fieri ad jus ordinarium. An dicitur ordinarium, reſpectu proceſſus executivi, cum imperio ſuo manu miniſtrorum prætor exequebatur negotium; & fortaſſis fuit aliquid ſingulare & diverſum ab aliis judiciis, in

actioni-

actionibus, quas dabat prætor ex cauſſa interdicti. An appellationem communem tum temporis his actionibus tribuere voluit Tribonianus; ſiquidem ſublata veteri ratione dandorum judicium, omnes actiones appellatæ ſunt extraordinariæ, poſtquam ipſi magiſtratus cognoſcere, & judicare ceperunt & neceſſe habuerunt, quod cum olim facerent, extra ordinem cauſa tractari dicebatur: & quæ prætoriæ, eadem extraordinariæ cognitionis erant. *fac. 1.t. de var. & extraord cogn.* & juxta hanc ſententiam *Tribonian. in §. ult. h.t.* hodie omnia judicia ſcribit eſſe extraordinaria; quamvis ambigue, & imo poſtquam ordinarium eſſe cepit, ut magiſtratus judicarent cauſas ceſſante veteri ratione appellationis, non recte amplius judicia, quæ magiſtratus ipſi exercent, extraordinaria vocari aut poſſunt, aut debent. Licet autem ex his, quæ paulo ante diximus intelligere, errare Theophilum, qui interdictum definit, quod ſit enuntiatum prætoris inter duos, non decidens cauſam, ſed judicem, quomodo judicandum ſit, informans. Plane falſum eſt, quod ſtatim judicem dederit prætor, ſed ut recte hic Juſtin. primum citra ullum judicem datum, decernebat & jubebat aliquid fieri; quod, aut exequebatur directo, aut poſt judicem dabat, ubi qui interdictū impetrarat, de contumacia adverſarii conqueſtus erat.

TEXTUS.

1. Summa autem diviſio interdictorum hæc eſt: quod, aut prohibitoria ſunt, aut reſtitutoria, aut exhibitoria. Prohibitoria ſunt, quibus prætor vetat aliquid fieri: veluti vim, ſine vitio poſſidenti, vel mortuum inferenti, quo ei jus erat inferendi: vel in ſacro loco ædificari, vel in flumine publico ripave ejus aliquid fieri, quo pejus navigetur. Reſtitutoria ſunt, quibus jubet reſtitui aliquid: veluti bonorum poſſeſſori poſſeſſionem eorum, quæ quis pro hærede, aut pro poſſeſſore poſſidet ex ea hæreditate: aut cum jubet, ei qui de poſſeſſione fundi vi dejectus ſit, reſtitui poſſeſſionem. Exhibitoria ſunt, per quæ jubet exhiberi: veluti eum cujus de libertate agitur: aut libertum cui patronus operas indicere velit, aut parenti liberos, qui in poteſtate ejus ſunt. Sunt tamen, qui putent, proprie interdicta ea vocari, quæ prohibitoria ſunt: quia interdicere ſit denuntiare & prohibere, reſtitutoria autem & exhibitoria, proprie decreta vocari. Sed tamen obtinuit, omnia interdicta appellari, quia inter duos dicuntur.

COMMENTARIUS.

1 *Interdictum unde dictum.*

PRima hæc proponitur Interdictorum diviſio: cui addendum eſt ex *l.1.§.1. h.t.* quod quædam ſint mixta prohibitoria & exhibitoria ſimul. Parum autem refert, an diſtinctionem facias trimembrē, cum Juſtiniano, ut res ſit apertior, an bimembrem; quod prætor interdictis, aut prohibeat aliquid fieri, aut jubeat fieri, ſub quod membrum, & reſtitutoria & exhibitoria referri poſſunt.

Vim ſine vitio poſſidenti:] Imo vero & qui vitioſe poſſidet, dejectus interdictum habet, ut docet *§. recuperanda 6. inf. h.t. l.3.§. eum 9. de vi arm. l. 2. uti poſſid.* Non male reſpondet Faber, ideo hoc dictum, quod ſine vitio poſſidens, indiſtincte habeat interdictum, ſed in eo qui vitioſe poſſedit, diſtinguatur, veluti an dejectus ſit ex intervallo an incontinenti *d.l.3.§.6.* & in Interd uti poſſidetis, an poſſideat ab adverſario injuſte an ab alio *§. retinenda 4. verſ. nam uti in f.h.t.* Sed & jure veteri intereſſe notant, an quis cū armis an ſine armis fuiſſet dejectꝰ.

Veluti bonorum poſſeſſori.] Hoc interdictum eſt itidem adipiſcendæ poſſeſſionis, de quo in §. 3.

Aut cum jubet ei.] Hoc eſt recuperandæ, de quo in §. 6.

Exhibitoria ſunt.] Differentia inter hæc interdicta, & actionem ad exhibendum principalis eſt, quod illa tantum ad cauſam poſſeſſionis pertinent, ſed hæc iis fere datur, qui de proprietate ſunt litigaturi *l.1. ad exhibend.* Quin interdicta exhibitoria aliquando dantur ad extorquendam tantum ab altero injuſtam poſſeſſionem rerum, quarum aut nō vera aut etiam nulla poſſeſſio eſt, veluti quæ pro liberis noſtris exhibendis, aut homine libero exhibendo competunt. Alia differentia quam addit Hottom, quod actio ad exhib. detur ob privatum intereſſe, quo minus generalis ſit, facit Interdictum *de tabul. exhib.*

Proprie interdicta vocari.] Notiſſima eſt hęc ſignificatio verbi *Interdicere*: nec diſſimile vero eſt, id nomen initio de his †tantum Interdictis uſurpa- 1
tum, quibus prætor aliquid fieri curabat; poſt autē ad certa quoque productum; ut ipſe Juſtinianus, autor eſt.

Et vix placet conjectura Hottomann. quod particula

civ. Tractant autem hic & alibi Interpp. an & quæ †obligatio per ſententiã abſolutoriam tollatur. 1 Naturalem non tolli, expreſſum eſt in *l. Iulianus 60 in princ. de condict. indeb.* Sed nec tolli civilem probatur ex h. §. quo dicitur adhucagi poſſe; nec enim ex naturali ſola umquam actio dari poteſt. Refertur quidem ab Angelo & Porcio ad *tit. ſup. de oblig.* reſponſio Barthol. vel quod propter reliquias civilis obligationis adhuc duret actio; vel quod ex naturali ſola poſſit dari actio, ſi ea aliquando conjuncta fuerit cum civili, & ſublata etiam cauſa manere effectum, probant exemplo liberorum, qui ſuperſtites manent, etiam ſublatis parentibus. Et quod civilis obligatio tollatur, inde confirmant, quod ſententia, quaſi vim Legis habeat, & habeatur pro veritate; ſed enim, reſponſio facilis eſt, q judex non hoc agat, ut obligationem aliquam tollat, ſed ut quid in veritate ſibi videatur, pronuntiet; itaque reum abſolvit, non ut illum liberet obligatione, ſed quia illum non putat eſſe obligatum; ideoque obligationem, quæ vere ſubeſt non perimit; in quam ſententiam faciunt, quæ latiſſime diſputavimus ad 4. *part. chiliades. Fabrilis de errorib. pragmat. decad. 98 cap. 7. & ſeqq.* Quæ autem afferuntur de reliquiis civilis obligationis, & de actione competente ex ſola naturali obligatione, manifeſto inepta ſunt. Nam 1. ratio modo allata facit, ut tota ſit integra obligatio 2. reliquiæ non poſſunt ſatis eſſe efficaces ad actionem producendã; pugnantia ſunt, tolli obligationem, & tamen ejus manere reliquias 4. Inepta comparatio eſt, de liberis poſt parentes mortuos ſuperſtitibus; quoniam illi ſeorſim ſubſtantiam & exiſtentiam habent, & parentes tantum operantur & ſunt cauſæ efficientes in generatione, qua abſoluta, nec amplius cauſæ efficientis locum habent; ſicut nec architectus poſtquam domum fabricavit. Et vero cum Doct. vulgo obligationem civilem, patri, naturalem matri conferant, fiet hinc ut ſublata utraque obligatione poſſit competere actio, quod eſt abſurdiſſimum. Tum porro alia ſubſtantiarum, alia accidentium ratio eſt, quæ ſublata cauſa ſubſiſtere non poſſunt.

Itaque nec fieri poteſt, ut extincta civili obligatione actioni ſit locus; & omnino id toti juris noſtri ratione repugnat. Hinc apparet quam ſit inepta ſententia, quam multis rationibus defenſari poſſe ait Porcius *d. loco.* quod per ſententiam utraque obligatio & civilis & naturalis tollatur. Et ſunt ea argumenta penitus inepta. Primum eſt quod in judicio quaſi contrahatur *leg 3. §. idem ſcribit 11. de peculio*, 2. quod iure gentium teneamur obedire ſententiis magiſtratus; atquin ex jure gentium æſtimatur naturalis obligatio 3. quod, qui non appellat videatur conſentire, & per conſenſum tollitur naturalis obligatio 4. quod juramentum & ſententia à pari procedant, per illud autem tollitur naturalis obligatio.

Reſpondeo ad 1. quod nec verus ſit omnino contractus, cum invitum dictetur judicium; & quod contractus iſte tendat ad obligandum, ut h. ne reus condemnatus teneatur nova actione judicati. In 2. & 3. eſt plane nulla ratio connexi. In 4 eſt fallacia à dicto ſecundum quid &c. & hactenus differt, quod ipſe creditor defert juramentum, & ita conſentit, ut liberetur debitor, ſi juraverit, ſe non debere *l. Stichum 95. §. naturalis 4. de ſolut.*

Fundamentum porro exceptionis judicati eſt, † quod de eadem re bis judicium agitari non de- 2
beat: Ceteroquin numquam finis eſſet litium. Hinc ille apud Terentium Phormio.

At tu qui ſapiens es, magiſtratus adi.
Iudicium de eadem cauſa iterum ut reddant tibi.
Quandoquidem ſolus regnas, & ſoli licet.
Hic de eadem cauſa hu judicium adipiſcier.

De quo & diximus ſup. ad *princ. tit. de uſucap. & præſcript.* Itaq; oportet ut omnia ſint eadem, eadem res, eadem cauſa, eadem conditio perſonarum: Ceteroquin exceptio non obſtat, ut docet *l. cum quæritur cum ll. ſeqq. de except. rei jud.* Itemq; oportet, ut res vere ſit in judicium deducta. Itaq; ſi falſus procurator egerit, licet reo abſoluto, domino agente non obſtat hæc exceptio *l. 1. Cod. quibus res jud. non nocet.*

TEXTUS.

4. Quarum quædam ex legibus, vel ex iis, quæ Legis vicem obtinent, vel ex ipſius prætoris juriſdictione capiunt ſubſtantiam. Appellantur autem aliæ perpetuæ & peremptoriæ: aliæ temporales & dilatoriæ. Perpetuæ & peremptoriæ ſunt, quæ agentibus ſemper obſtant, & rem de qua agitur, ſemper perimunt; qualis eſt exceptio doli mali, & quod metus cauſa factum eſt, & pacti conventi, cum ita convenit, ne omnino pecunia peteretur.

COMMENTARIUS.

PRoponuntur hic demum duæ exceptionum diviſiones: Prior eſt à cauſa efficiente. Hottomannus id quod LL. dicitur, obſcurum eſſe ait, quod Lex, aut valere omnino, aut pro nihilo eſſe jubeat. Mihi nulla hic videtur eſſe conſequentia, & valet omnino

omnino, quod etiam exceptione defenditur. Et lex ita unumquodq; inducit, aut confirmat, prout rei natura patitur; quomodo ſententia non eſt habilis, ut perimat obligationem; nec dubitarim, exceptionem rei judicatæ, eſſe à L. 12. tabb. quam decemviri à Græcis acceperint.

Ineptius eſt, quod obiicit, exceptiones omnes pendere à beneficio prætoris. Non enim ita pendent tamquam ab authore, ſed tamquam ab adminiſtratore juſtitiæ, qui exceptiones quocunq; jure introductas, cauſa cognita, aut dabat addebatque formulæ, aut denegabat. Leges autem rurſus ita hic accipiũtur, ut in *princ. tit. proced. & alibi paſſim*, ſcilicet pro ſanctionibus ſub libera Republica à populo latis; per ea quæ obtinere legum vicem dicuntur, intelligit Senatusconſulta & principum conſtitutiones; quæ tamen ſub monarchia omnino revera Leges erant.

Altera diviſio eſt ab effectu ſumpta; quod aliæ perimunt rem, & objectæ faciunt ut amplius agi cum effectu non poſſit; aliæ non perimunt, ſed differunt tantum actionem *l. 3. D. h. t.*

Videtur autem hic juſtinianus, pro iiſdem habere, peremtoriam & perpetuam, dilatoriam & temporalem, ſicut & JCtus in *d. l. 8. de exception.* Et fere plerumque ita ſe habet, ſed non ſemper id ita obtinet, verum quandam temporalem peremptoriam eſſe oſtendemus in §. *ſeq.* Solent autem præter ſingulariter exceptas, fere omnes exceptiones eſſe perpetuæ, licet actio ſit temporalis; quoniam quãdo quis agere velit, incuiuſvis arbitrio eſt, ſed non an velit quis excipere; ex quo ſpecialis etiam exceptio doli eſt perpetua, licet actio ſit temporalis; quæ tamen admonitio non magni momenti eſt, ſi actionem tempore ipſo iure finiri putamus; quo caſu fruſtra quæritur de exceptione. Sed accidit nonnumquam, ut ubi eidem & actio & exceptio datur hæc ſit perpetua, licet illa ſit temporalis; vel uti filio exhæredato datur querela intra quinquenium; qui tamen ſi poſſideat contra petentem hæreditatem exceptione; perpetua in officioſi defendetur *arg. l. 8. §. ſi filius de inoff. teſt.*

TEXTUS.

5. Temporales atque dilatoriæ ſunt, quæ ad tempus nocent, & temporis dilationem tribuunt; qualis eſt pacti conventi, cum ita convenerit, ne intra certum tempus ageretur: veluti intra quinquennium, nã finito eo tempore non impeditur actor rẽ exſequi. Ergo ii quibus intra certum tempus volentibus agere objicitur exceptio, aut conventi pacti, aut alia ſimilis differre actionem debent, & poſt tempus agere: ideo n. & exceptiones iſtæ dilatoriæ appellãtur. Alioquin ſi egerint intra tempus, obiectaq; ſit exceptio: neque eo judicio quidquam conſequebantur, propter exceptionem, neq; poſt tempus olim agere poterant, cum temere rem in judicium deducebant, & conſumebant; qua ratione rem amittebant. Hodie autem non ita ſtricte hoc procedere volumus. Sed eum qui ante tempus pactionis, vel obligationis, litem inferre ſit auſus, Zenonianæ conſtitutioni ſubjacere cenſemus, quam ſacratiſſimus Legislator de iis, qui tempore plus petierint, protulit: & indicias, quas ipſe actor ſponte indulſerit, vel quas natura actionis continet, ſi contempſerit, in duplum habeant ii, qui talem injuriam paſſi ſunt, & poſt finitas eas non aliter litem ſuſcipiant, niſi omnes expenſas litis antea acceperint: ut actores tali pœna perterriti, tempora litium doceantur obſervare.

COMMENTARIUS.

INprimis de temporalibus exceptionibus obſervandum eſt, quod dicuntur differre actionem *l. 2. in fin. D. h. t.* & rurſus dicuntur evitari poſſe *l. 3. eod.* quorum prædicatorum minime eadem eſt ſententia, ut apparet exemplo exceptionis ex pacto de non petendo intra certum tempus. Differre dicuntur actionem, dum actioni opponuntur, quomodo obtinet in exceptionibus verbi cauſa procuratoriis; evitari dicuntur exceptiones dum interim non agitur. Exceptiones verbi cauſa procuratoriæ recte & dicuntur evitari, dum non agitur per perſonam inidoneam: &, ſi agatur, differunt tantum actionem, nec faciunt quominus iterum agi poſſit: adeo hic idem eſt exceptionem eſſe temporalem, & eſſe dilatoriam.

Sed in exceptione pacti temporalis non eodem modo ſe res habet, juxta rationem juris veteris, ſed ea, licet eſſet dilatoria, alio tamen ſenſu peremptoria erat. Et nimirum evitari poterat, dum actor poſt elapſum tempus adjectum mo-

vcat

Digitized by Google

veat actionem, atque ita faciebat pactum, ut interim differetur actio. Quod si vero actor intra tempus instituisset actionem, & reus apud judicem pedaneum objecisset, se necdum debere solvere, perimebatur actio: quoniam judex, qui accederat formulam putam, necessario reum absolvere tenebatur; adeo actor iterum, de re eadem agens, exceptione judicati repellebatur; atque ita fiebat, ut actor rem & causam amitteret; ut hic in *vers. alioquin.* docet Justinian. & explicavimus supr. ad §. *plus autem de act.*

Hodie autem & sublato per Zenonem: cujus constitutione probavit Justinianus, isto jure, ista quoque exceptio objecta actioni intra tempus male institutæ non amplius perimit, sed tantum differt actionem, datis, in pœnam temere motæ actionis, reo duplicatis induciis: & ut insuper actor impensas, quas reus ob temere motam actionem facere coactus fuit, refundere omnes cogatur, ut hic explicat Justinian. Exceptio quoque non numeratæ pecuniæ evitari quidem potest, si post biennium agatur, de quo actum est supra *de lit. oblig.* Sed si intra hoc tempus actio moveatur, objecta exceptio hæc, actionem plane perimit, & facit, ut reus absolvatur.

Et errat circa exceptionem pacti conventi temporalis Hottomannus hoc loco, dum distinguit, an quis ipso jure plus petat tempore, an contra pactū petat; & quod ille quidem olim ceciderit causa, non etiam hic. Ego hoc falsum esse dico. Et hoc quoque casu si judicium purum datum fuisset, cecidisse actorem causa, objecta post apud judicem exceptione pacti, verum est. Nam etiamsi initio diem contracta obligatio habuisset, tamen ipso jure nata actio erat, ut supra satis probavimus ad §. *omnis de verbor. obligation.* itaque falsum est, quod ipso jure plus hoc casu petierit creditor. Et ratio eadem est, si tempus post adjectum ex pacto fuerit obligationi. Et nimirum hic quoque, si judicium fuisset purū *si apparet Titium centum debere, condemna.* ubi reus probasset judici, se necdum pecuniam debere, quē condemnare judex non poterat, necessario exceptio rei judicatæ reo parabatur. Et expresso hoc §. Justinian. comparat hos casus, quo ab initio diem adjectum habuit obligatio, & quo postea dies adjecta ex conventione fuit, illis verbis, *inducias, quas ipse actor sponte indulsit, vel quas natura actionis, continet,* & solemne istud est Hottomanno, ut nodum quæratin scirpo, & sæpe nugas agat.

In duplum habeant.] Recte Johan. Faber hic ait, quod tota dilatio duplicetur, non illud tantum ꝙ & literæ convenit. Unde infert Faber: Sæpe fieri, ut tripliciter tempus, si actor, vel creditor, sub finem dilationis egerit, veluti si cum pactum esset, ut ne quis intra biennium peteret, & petierit creditor ultimo mense anni secundi, ex sententia Fabri, expectare tenebitur creditor alios totos annos quatuor. Quod tamen alienum videri possit à mente Justiniani. Et dixerim potius, quandocunque agatur, intra tempus scilicet; tantundem adjiciendum esse (subducto tempore convento) quantum temporis initio adjectum fuit; velut si in proposita specie, creditor egerit post annum, dixerim, triennium exspectandum esse; ut sit semper uniforme tempus & certum, & uniformis pœna.

Post finitas eas non aliter.] Aperte ostendit hic locus, quod ubi ante tempus actum est, reus ab instātia debeat absolvi; & finitis duplicatis induciis, fit nova actione opus; licet referente hic Joh. Fab. Canonistæ existiment, reum condemnandum esse nihilominus, ut scilicet post lapsas duplicatas inducias, citra novum processum solvere cogatur.

TEXTUS.

6. Præterea etiam ex persona sunt dilatoriæ exceptiones, quales sunt procuratoriæ: veluti si per militem quis velit agere, aut mulierem. Nam militibus, nec pro patre, vel matre, vel uxore, nec ex sacro rescripto, procuratorio nomine experiri conceditur: negotiis vero suis superesse sine militiaris disciplinæ offensa possunt. Eas vero exceptiones, quæ olim procuratoribus propter infamiam vel dantis, vel ipsius procuratoris, opponebantur, cum in judiciis nullo modo frequentari perspeximus, conquiescere sancimus, ne dum de his altercatur, ipsis negotii disceptatio proteletur.

COMMENTARIUS.

1 *Distinctio except. dilatoriarum.*
2 *Mulier cum lite contestata, ut procurator admittatur.*
3 *Quo tempore exceptiones sint opponenda.*
4 *Exceptiones privilegiatæ & litis finitæ.*
5 *An exceptiones obiici possint post sententiam.*

AGamus paulo plenius, & accuratius distinguamus exceptiones † dilatorias. Sunt hæ † duplices, & scilicet cōcernunt vel ipsam causā principalem, veluti exceptio pacti temporalis, de qua ante actum: vel processum sive constitutionem judicii,

dicii. Et hæ rursum respiciunt vel personam judicis vel litigantium. Illa in genere potest dici, inhabilitatis: & rursus est duplex: vel quod quis non possit esse judex simpliciter, veluti pupillus, servus &c. quæ est absoluta inhabilitas: vel quod in hac causa aut in hanc personam non possit esse judex: & hoc iterum. Vel quod per se non habeat jurisdictionem in causa vel in personam: quæ est exceptio, in specie, incompetentiæ vel ex accidenti, quod jurisdictionem quam habet, ex aliqua ratione exercere non potest: & ea fere duplici 1. suspicio, verbi causa si ipsum simul contingit causa, vel parti adversæ sit conjunctus: quæ dicitur exceptio suspecti judicis. 2. Præventio: quando ex duobus concurrentibus judicibus, alter reum prius in jus vocavit *l. 7. de judiciis.* Hæc de exceptionibus, quæ objiciuntur judici. Qui in judicio litigant, sunt vel ipsi principales, vel pro iis intervenientes. Illis obstat exceptio, verbi causa, quod idoneâ non habeant personam standi in judicio, juxta *tot. ti. Cod. de his qui pers. legit. &c.* His quæ objiciuntur exceptiones, fere sunt & dicuntur procuratoriæ *h. text. & l. 3. D. eod. in fin.* Et hæc quoque duplicis generis faciunt Dd. cum objicitur alicui, non esse eũ procuratorem, qui videlicet nullum mandatum, aut revocatum habet, & dicitur procurator falsus, cum quo agitatum judicium penitus nullum est *l. licet 24. Cod. de procurat.* 2. Cum objicitur alicui, eum, ut maxime mandatum habeat, non posse esse procuratorem, cujusmodi personæ sunt, 1. mulier, 2 2. miles, nisi hic sit procurator † in rem suam *h. textu*, itemque nisi omissa exceptione adversarius litem cum milite procuratore constituto, contestatus fuerit, *l. Ita 13. C. de procurat.* quod mirum fortasse alicui videatur, posse fieri per dissimulationem aut ignorantiam partis adversæ, quod nec sacro rescripto fieri posse hoc textu affirmatur. Arbitror rationem pendere à subtilitate civilis juris: & quod quis litis dominus effici dicitur per litis contestationem: ut jam non amplius alienum, sed magis proprium negotium tractare & persequi videatur. 3. huc refertur infamis *d. §. ultim.* ubi tamen Justin. hanc exceptionem magis improbare videtur: quem ego ita tamen acceperim, ut intelligat casum quo de infamia non liquet, sed ea requirit operosam probationem: argum. ejus quod ratione hanc reddit, ne negotium proteletur: adeo si notoria sit infamia, aut quæ incontinenti probari possit, nihil mutatum crediderim.

Colophonis loco ad hunc tit. addemus aliquid de tempore † quo exceptiones sunt opponendæ. 3 Et quod attinet dilatorias, eas in principio litis opponendas esse dicitur *in l. ult. C. de except.* quod licet non uno modo explicetur, communius tamen receptum est fore, ut principium litis, sic intelligendum de litis contestatione: quod & hic probat Faber, & lite olim contestata ibant partes ad judicem: atque ita quoque *l. pen. C. eod. titulo*, quæ exordii litis meminit, accipienda est. Et ratio non est obscura, cur istæ exceptiones non admittantur, post litis contestationem, quod ad constitutionem judicii pertineant: adeoque hoc semel per litis contestationem constituto, amplius nequeunt admitti; & litem contestando reus his exceptionibus videtur renuntiasse: quod & notat *Cujacius 18. observ. 34.* Ex quo receptum est, ut si reus competere has exceptiones sibi probabiliter ignoravit, aut si eæ demum post litem contestatam emeiserunt de novo, tunc post litem quoque contestatam, allegari possint *Wesemb. in paratit. hic num. 10.* De exceptionibus peremptoriis olim ita jus erat, ut in bonæ fidei iudiciis, quibus dicebantur ineſſe exceptiones, etiamsi apud prætorem omissæ, nec formulæ insertæ fuissent, tamen nihilominus ad sententiam usque apud iudicem pedaneum obiici possent, ut explicatum est supra *ad §. actionum Instit. de actionib.* In stricti autem iuris iudiciis, quibus exceptiones nõ inerant, & in quibus præcise iudex erat adstrictus formulæ, nec extra eam quidquam poterat, necessario formulæ exceptionis inferendæ & addendæ erant: Ceteroquin earum iudex rationem habere non poterat, utcunque reus postea ad earum probationem sese obtulisset. Postea sublato illo more iudices dandi, postquam ipsi magistratus cognoscebant & judicabant, quod factum creditur sub Imper. Dioclet. & Maximiniano argum. *l. 2. Cod. de pedan. iudic.* ita cepit observari, ut exceptiones peremptoriæ, probatione carũ post litem cont. reservata contestãdæ apud magistratum initio essent, ut argumento sunt constitutiones eorundem *Impp. in l. 2. C. sent. rescind. non poss. l. 9. C. de præscr. long. tem. l. 8. C. de except.*

Idque initio & tum fuit necessitatis, sed postea sensim cepit esse voluntatis: & ita observari, ut istæ exceptiones licet initio non contestatæ, usque ad sententiam possent à Reo proponi: quod & recte Accursius notat & post eum *Dd. in dd. ll. & Zanger. tract. de except. part. 3. cap. 26. num. 31. & seqq. Mynsing. 5. observ. 89.* Atq; ita hodie quoque praxis observat, ut exceptiones hæ post litis cont. objiciantur, aut initio propositæ, post eam probandæ rejiciantur, exceptis tamen quibusdam † exceptionibus specialibus, quas Dd. privilegiatas appellant: & quæ ante litem cont. hoc effectu obiiciuntur

Digitized by Google

ciuntur, ut non remittantur poſt litis conteſtationem, ſed ſi modo non ſint nimium dubiæ & altioris aliquando indaginis, ad probationem earum, ſtatim admittatur reus, & ita hæ exceptiones objectæ, litis impediãt ingreſſum, unde litis finitæ quoque appellantur. Earum plerique tres ſtatuunt, juris jurandi, rei judicatæ & tranſactionis', quoniam hæc principaliter tendunt ad finiendas lites, & ea gratia ſpecialiter ſunt introducta & confirmata *l.* 1. *de re jud. l.* 1. *deiureiur l.* 10. *Cod. de tranſaction. facit l. poſt rem* 56. *de re iudic.* ut proinde iniquum ſit eum qui aliqua harum exceptione munitus eſt, denuo cogi ſuſcipere judicium: addunt aliqui quartã, præſcriptionis. *Sichard. in l.* 9. *Cod. de probationib.* & de hac re agunt etiam *Dd. in l ait prætor.* 7. *& in l.* 9. *in pr. de iureiur. Zanger. de except. p.* 3. *cap.* 17. *in fin. &, c.* 18. *num.* 3. Imo ſcribit *Caſtrenſ. in. d. l.* 7. omnes exceptiones fieri tales, & ſtatim etiam ante litem cont. audiri reũ ſi eas in continenti probare poſſit. Quid autem, an etiam poſt †ſententiam locus eſt exceptionibus? Quod regulariter negandum eſt per *l.* 2. *Cod. ſent. reſcin. non poſſ.* & per rationem quod ſententia imponit finem liti *l.* 1. *de re judic.* nec poſt eam amplius diſputare licet, cum pro veritate habeatur; nec jam amplius quæratur, an verbi cauſa pecunia debeatur vel debita fuerit, ſed hoc tantum, an judicatum ſit *d. l. poſt rem* 56. *de re judic.* Ex quo ipſo apparet procedere hoc ſi ſententia valida ſit. Et hinc duæ limitationes Dd. firmantur 1. Quod poſt ſententiam admittatur exceptio nullitatis. 2. Exceptio reſtitutionis: quoniam illo caſu ſententia eſt nulla & perinde habetur ac ſi non eſſet judicatum: adeo nec proprie loquendo iſta ſit limitatio: hoc autem caſu ſententia valida non manet, ſed reſcinditur. Et huc faciunt *l. licet* 24. *Cod. de procurat. l.* 4. *§. condemnatum de re judicata l.* 33. *eod.* Ex eodem fundamento, confirmatur limitatio Doctorum alia, quod audianturpoſt ſententiam exceptiones, quæ eam non impugnant, nec impediunt, quominus executioni mandari poſſit: cujuſmodi eſt exceptio competentiæ, ne quis exigatur ultra quam facere poteſt *l item* 18. *l. Neſennius* 41. *in fin. de re judic.* Item exceptio cedendarum actionum *l. ſi fidejuſſ.* 41. §. 1. *de fidejuſſ.* Item exceptio non facti implementi, veluti non ſoluti pretii de qua re *Salicetus & alii Dd in l.* 2. *C. de jur. & fact. ign. Zang. de except. part.* 3. *c.* 26. *nn.* 88. *Gail.* 2. *obſ.* 17 propria autẽ limitatio eſt in quibuſdã privilegiatis exceptionibus, veluti Senatuſconſulti Macedoniani & Velleiani: quibus locus datur etiam poſt ſententiam *l.* 11. *& Macedon.*

Ad Titulum XIV.

LIBRI QVARTI INSTITVtionum,

DE REPLICATIONIBVS.

TEXTUS.

Interdum evenit, ut quæ prima facie juſta videtur exceptio, tamen inique noceat: quod cum accidit, alia allegatione opus eſt, adjuvandi actoris gratia; quæ replicatio vocatur, quia per eam replicatur, atq; reſolvitur jus exceptionis: veluti cum pactus eſt aliquis cum debitore ſuo, ne ab eo pecuniam petat, deinde poſt ea in contrarium pacti ſunt, id eſt, ut creditori petere liceat, ſi creditor agat, & excipiat debitor ut ita demum condemnetur, ſi non convenerit, ne eam pecuniam creditor petat, nocet ei exceptio: cõvenit enim ita: namque nihilominus hoc verum manet, licet poſtea in contrarium pacti ſint: ſed quia iniquum eſt, creditorem excludi, dabitur ei replicatio ex poſteriori pacto convenio. Rurſus interdum evenit, ut replicatio, quæ prima facie juſta eſt, inique noceat: quod cum accidit, alia allegatione opus eſt, adjuvandi rei gratia, quæ duplicatio vocatur. Et ſi rurſus ea prima facie juſta videatur, ſed propter aliquam cauſam actori inique noceat, rurſus alia allegatione opus eſt, qua adjuvetur actor, quæ dicitur Triplicatio. Quarum omnium exceptionem uſum interdum ulterius, quã diximus, varietas negotiorum introducit? quas omnes apertius ex Digeſtorum latiore volumine facile eſt cognoſcere.

Commentarius.

1 *Replicationes quomodo concepta.*

2 *Ad l.* 27. §. 2. *de pact. & l.* 95. §. 4. *de ſolution.*

3 *Ad l.* 7. 1. *de curat. fur. quomodo reus utatur triplicatione.*

Exce-

EXceptio, actionis; replicatio, exceptionis eſt excluſio: *l. 2. §. de except.* cujus conditionem & neceſſitatem, ſatis prolixe & perſpicue explicat Juſtinianus: q ſcil. per replicationes ſuccurratur actoribus, unde Impp. *in l. non* 10. C. *de except.* quod actores ſuam intentionem muniant replicationibus non exceptionibus: ſcilicet verbo hoc accepto in ſpecie: Cæteroquin appellatione generali exceptionum veniunt & replicationes, ut ſcribit *Vlp. in l. 2. §. 1. de except.* & hoc loco & *in fin. hujus textus* Juſtinianus docet, illis verbis, *quarum omnium exceptionem.* Porro quod attinet ad formam, ſicuti exceptiones negative, ut *tit. præc.* diximus, ita hæc replicationes † affirmative concipi ſolebant 1 in formula, ut colligitur *ex l. conſilio* 7. §. 1. *de curat. furios. & l. item aque* 48. *de procurat.* Itaq; in ſpecie propoſita *in pr. h. t.* ubi poſt pactum de non petendo, rurſus de petendo creditor pactus erat, ita formulâ dabat prætor. *Si apparet Titium Mævio centum dare oportere, niſi pactus, aut ſi contra pactus eſt Mævius, iudex condemna*: nam non obſtante pacto contrario, exceptioni tamen locum fuiſſe, (quæ adeo per replicationem elidenda erat) perſpicue ait Juſtinianus, quantumvis pacti ſint in contrarium de petendo, tamen verum eſſe nihilominus, quod ante de non petendo fuerint pacti: idque eſt quod tradit Juriſconſ. *Paulus † in l. ſi unus* 27. § *pactus* 1. 2 *de pact.* quod non ut tollitur ſtipulatio per ſtipulationem, quæ ſcilicet novandi gratia interpoſita eſt, & nimirum tollitur ipſo jure: ita & pactum alio pacto tollatur ipſo jure: quod ſcil. pacta ſint facti: ideoque opus eſſe, ut obiecta exceptio pacti elidatur alterius pacti replicatione. Ubi tamen vulgo ſolet ipponi, quod ſcriptum *eſt in l. Stichum* 95. §. *naturalis* 4 *de ſolut.* obligationem naturalem per pactum ipſo iure tolli. Et igitur 1. videtur poſterius pactum hoc operari, ut nulla primi amplius habeatur ratio, adeoque nec locus eſſe exceptioni.

Deinde ſi per iſtud pactum de non petendo, ipſo jure ſublata eſt obligatio naturalis, non videtur hæc per pactum ſecundum de petendo poſſe reſtitui. Quoniam paulo eſt alienius ab hac commentatione, de apicibus juris diſſerere, breviter ſolum dico: quod obligatio, quæ naſcitur ex obligatione juris gentium, & quæ eadem jure civili approbata eſt, dicatur eſſe mixta, ſcilicet naturalis & civilis ſimul, docendi gratia, & revera etiam talis eſt: ſed quod tamen propter unionem illam revera ſit tantum unica obligatio: ita ut verbi cauſa, per pactum de non petendo, ejuſmodi obligatio non poſſit ſimpliciter dici non eſſe amplius naturalis: cum & ſimpliciter *in tit. præc.* dixerit Juſtin. his & ſimilibus caſibus reum obligatum, & actionem efficacem manere: ſed quæ propter pactum elidatur. Tum etiam cum hoc facti ſit, aliquem pactum eſſe, non poteſt per contrarium pactum effici, quo minus initio aliter pactum ſit: & proinde in conſtituendo judicio apud prætorem, hæc ſingula uti facta ſunt; formulæ ſunt inſerenda. Sed de his agitur alibi prolixius. Ita ſe res habet circa replicationem, quæ actori indulgetur: quæ porro ſi iniqua ſit, per duplicationem Rei, & hæc ulterius per triplicationem actoris eliditur, ut *in fin.* hujus textus docet † Juſtinianus: ubi ſcrupulum mo- 3 vet, quod cum triplicationem actori tribuat Juſtinianus, tamen *in l. conſilio* 7. † §. 1. *de curat. furi.* reus & poſſeſſor dicitur uti triplicatione. Res non eſt explicatu difficilis. Nimirum aut ſumimus perſonas actoris & rei ſeparatim, aut conjunctim. Illo ſenſu loquitur hic Juſtinianus. nam prima eſt actio quâ intendit & proponit actor, ſecunda ejuſdem allegatio contra exceptionem rei eſt replicatio, & hinc contra duplicationem rei, ejuſdem actoris tertia allegatio triplicatio vocatur. Conjunctim vero iſta accepit Juriſconſultus *in d. l. 7. §. 1. de cur. fur.* Nam 1. objectio inſtituta actione eſt exceptio Rei: porro ſequitur replicatio actoris & tertia allegatio Rei, quę hoc ſenſu dicitur triplicatio, quæ eadem hoc reſpectu, ſi conjungatur actio, quod triplicatio poſſit & debeat appellari.

TEXTUS.

1. Exceptiones autem quibus debitor defenditur, plerumque etiam fidejuſſoribus accommodari ſolent, & recte: quia quod ab iis petitur, ab ipſo debitore peti videtur: quia mandat judicio redditurus eſt eis, quod ii pro eo ſolverint. Qua ratione etſi de non petenda pecunia pactus cum Reo quis fuerit, placuit perinde ſuccurrendum eſſe, per exceptionem pacti conventi illis quoq; qui pro eo obligati ſunt, ac ſi etiam cum ipſis pactus eſſet, ne ab eis ea peteretur. Sane quædam exceptiones non ſolent his accommodari. Ecce n. debitor ſi bonis ſuis ceſſerit, & cum eo experiatur creditor, defenditur per exceptionem; ſi bonis ceſſerit. Sed hęc exceptio fidejuſſorib. non datur: ideo ſcilicet, quia qui alios pro debitore obligat, hoc maxime pro-

ſpicit, ut cum facultatibus lapſus fuerit debitor, poſſit ab iis qui pro eo obligati ſunt, ſuum conſequi.

COMMENTARIUS.

1 *Exceptionum diviſio, in rem & in perſonam.*
2 *Exceptio & pactum in perſonam an proſit fidei juſſori & n 6.*
3 *Ad l. 22. de pactis.*
4 *Exceptiones in perſonam.*
5 *Defenſor utitur exceptionibus rei principalis.*
6 *Exceptiones mixtæ.*

DUas exceptionum diviſiones *tit. præced.* propoſuit Juſt. alteram à cauſa efficiente, quod ſint vel civiles vel prætoriæ §. *quarum 7. eo tit.* alteram ab effectu quod vel differât vel perimant actionem §. *appellantur 8. cum §§. ſeqq. ibid.* hic proponitur tertia diviſio, quod aut ſint in rem † aut in perſonam *l. exceptiones 7. §. 1. h. t.* ut videatur hic tit. non ſeparandus, ſed cum *præced.*: eſſe conjungendus: cæteroquin *tit. præced. hic 8.* potius fuiſſet collocandus: quod tamen hinc Acc. excuſat, quod etiam replicationes; generali appellatione exceptionum contineantur, ut notavimus; ad *text. præced.*

Eodem modo autem diſtinguuntur exceptiones in rem & in perſonam, ſicut pacta alia in rem alia in perſonam perhibentur. Sunt enim in rem exceptiones quæ perſonam debitoris egrediuntur, & competunt aliis perſonis etiam, veluti hæredibus, itemque fidejuſſoribus (de his enim tantum quæri poteſt) nam ita quoque pacta in rem dicuntur, quæ etiam hæredibus non ſoli paciſcendi proſunt. *l. tale pactum 40. in princip. de pactis.* Et in dubio conſtat pacta in rem eſſe per *l. ſi pactum 9. de probat.* maxime ut hæredib' proſint *dict. leg. 9.* Cæteroquin aa Quiſci quem poſſe, ut hæredibus inde exceptio non naſcatur itidem conſtat. Proſunt porro hæ exceptiones etiam † fidejuſſoribus, 2. *h. § & d. l. 7.* veluti doli, metus, rei judicatæ, &c. idque exemplo pacti de non petendo hic illuſtrat Juſtin. & *in pr. §.* oſtendit hoc receptum favore ipſius debitoris: quoniam ſi non proderſſent fidejuſſori hæ exceptiones, ſed ille poſſet condemnari, iis non obſtantibus, effectu nec ipſi reo proderſſent: ſiquidem fidejuſſor exactus, quod ſolvit actione mandati repeteret à debitore *h. §. in princ. & §. ſi quid 6. ſup. de fidejuſſorib.* Sed quid ſi debitor, verbi cauſa in perſonam pact' ſit ut ne à ſe tantum petatur, an tum exceptio fidejuſſori negabitur? Affirmativam partem tum confirmat ratio, quod non egrediuntur perſonam paciſcentium ejuſmodi pacta, & nec poſſunt: tum etiam textus expreſſus *in l. niſi 22. de pactis.* Sed contra dupliciter & non leviter occurritur, tum ex veteri tum ex novo jure. Et ex illo, quod competit convento fidejuſſori exceptio actionum cedendarum, atquin qui de non petendo pactus eſt, actionem utique quæ ſit efficax & utilis cedere non poteſt. Et igitur nec poterit exigere fideiuſſorem, qui actionem cedere efficacem ei non poteſt. Sed magis occurritur ex jure novo quo conſtitutum eſt, ut ne fidejuſſor conveniri poſſit, niſi principali prius excuſſo. *auth. præſente Cod. de fidejuſſoribus.* idque ex N. 4. *cap.* 1. Accurſii reſponſiones ad utrumq; licet Bart. & alii eas probent, mihi non ſapiunt. Ait 1. q; in ſpecie *d. l. 22.* † conſenſerit fidejuſſor pacto, 3 atque ita ſibi præjudicarit. Sed hoc divinatorium, & alienum plane à mente Juriſconſulti eſt, & ita nulla ratio dubitandi. Et procul dubio JCti ratio *d. l. 22.* pendet à perſonalitate pacti, quod conſtat ſua natura non egredi perſonas paciſcentium. Ait 2. quod reus ſolvendo non fuerit *in d. l. 22. de pact.* Verum hoc iiſdem rationibus convellitur, & divinatoriam hanc eſſe reſponſionem ibidem Alexander rectiſſime annotavit. Ait Accurſ. 3. quod non proſit quidem exceptio pacti fidejuſſori, ſed exceptionem doli prodeſſe. Verum ita plane eluderetur ſententia illa & regula, quod pacta perſonalia nullis aliis niſi paciſcentibus proſint, & Leges non rebus, ſed verbis eſſent poſitæ; cum exceptio doli non minus operetur, quam exceptio pacti: quæ etiam exceptione, ſolent ut plurimum concurrere *l. 2. §. Item queritur 4. de except. doli:* & nimirum generalis exceptio doli, ſpecialis autem non debet porrigi ultra quam etiam exceptio pacti porrigi poteſt, ut notat *Bartol ad d. l. niſi 22. de pactis.*

Denique ait Accurſ. quod ponendum ſit, fidecuſſorem beneficiis ſibi competentibus renuntiaſſe. Sed iſta coincidit cum prima, & per ſe etiam ineptius eſt, ut hoc intereſſiſſe fingamus, quod omnem penitus excluderet dubitandi rationem. 2rdo ad rem attinet objectionem ex jure veteri; dixerim hanc eſſe rei facultatem & poteſtatem, ut hoc modo paciſci poſſit: ut exceptio illi ſoli, non etiam fidejuſſori proſit & hoc facit ratio juris, ne fidejuſſor exceptione pacti perſonalis ſe tueri poſſit: & ubi creditor aliter paciſci noluit, quam ut integra ſibi adverſus fidejuſſorem actio eſſet, nihil eſt, quod debitori imputari poſſit, cujus etiam forte interfuit, ut ne à creditore potius conveniretur, quam à fidejuſſore, quem forſan compenſationis, aut qua alia exceptione potuit removere.

Et cum non niſi de actione contra ipſum reum cedenda quæſtio ſit, nulla fidejuſſori iniqua conditio infertur, qui propriam actionem ex mandato

dato contra debitorem habet. Dixerim etiam, nihilominus cedi posse actionem à creditore, fidejussori, eamque fore actionem efficacem contra reum, quippe qui hac exceptione, quæ ex pacto personali & ipsa personalis est se tueri non possit.

De exceptione excussionis difficilior videtur esse obiectio. Nam pro fidejussore hoc facit, quod jus ex Lege quæsitum ipsi non videtur adimi posse pacto aut rei, aut creditoris: cum & istius beneficii contemplatione, quod ipsi concessum est, præsumatur fidejussisse: & alias id beneficium facile, & collusione creditoris & Rei, exceptio iure indulta negotio nullo ipsi adimeretur.

Quod si admittimus repelli creditorem beneficio juris novi, iam ille plane amiserit actionē, cum ob pactum conventum agere efficaciter contra Reum non possit: quod etiam iniquum videtur.

Et igitur, aut dicendum erit pactum aut omnino esse nullum, eoque non obstante posse agi contra reum, ut pacti exceptio replicatione elidatur: aut detrahenda erit personalitas, ut habeatur perinde, ac si pactum fuisset in rem conceptum: ut imputetur creditori, qui ita pactus est, quod relinquo in medio, ut tamen posterius magis probem: pro quo v. quæ statim in seq. noto. Hæc de exceptionibus in rem.

In personam sunt, quæ † soli Reo prosunt, nec 4 hæredibus, nec fideiussoribus: quæ vel ex conventione talia sunt, vel ex iure: cuiusmodi est quam hic proponit Justinianus exceptio cessionis, quod debitor bonis cesserit: & omnino, ut generalius loquamur exceptio competentiæ, ne quis ultra quā facere possit, conveniatur aut exigatur: hanc enim exceptionem etiam post sententiam in puncto executionis recte objici diximus *tit. praced.* & egimus de hac exceptione *sub fin. tit. de action. supra*: Est de ista personalitate textus *in l. et si* 24. *cum l. seq. de re judic.*

Hoc tantum monendum, non dari hanc exceptionē fidejussori, si ipse qua talis nomine proprio conveniatur: quod si rei conventi defensionem susceperit, sane † hac exceptione utitur *l. alia* 14 *in 5 princ. solut. matr.* nec enim defensor, qui Rei principalis vicem subit in plus quam ipse Reus tenetur. Igitur si reus fidejussoris conventi susceperit defensionem, exceptionibus uretur, quæ soli Reo competant. Plus dicit hic *Iohann. Faber* quod reus suscipiens defensionem fidejussoris, utatur exceptionibus, quæ ipsi Reo soli, non itidem competebant fidejussori: quod merito ait esse mirabile, ut reus principalis defendendo fidejussorem, possit uti exceptionæ, quę non competit fidejussori, cujus tamen personam repræsentat: Id tamen verum esse probat *ex l. idemque* 10. *§. pen. Mandati.* Ubi dicitur, fidejussorem, si sciens omisit exceptionem, qua reus uti potuit, (scilicet solus, nam alias non esset ratio dubitandi) non habiturū actionem mandati, si modo habuerit facultatem conveniendi Rei (scilicet ei denuntiandi) & desiderandi, ut ipse potius susciperet judicium vel suo vel procuratorio nomine: Ergo & hoc modo poterit exceptionem allegare reus. Sed objicitur, quod ex persona defensoris non debet deterior fieri conditio actoris: tum etiam obstat *l. vēditor* 49. *in princip. de judiciis & hic quoq; locus.*

An enim permittimus fidejussori convento, ut denuntiet reo principali, & ut possit hic suscipiendo judicium, objicere exceptionem cessioni bonorum? Id quidem directo impugnaret hunc textum, & ita eluderetur creditor, qui dum metuit ne debitor labatur bonis accepit fidejussorem. Non sufficit distinctio Fabri, inter exceptiones declinatorias fori & alias. Ego arbitror rectissime ita distingui, quod aut exceptionem personalem sibi debitor soli quæsivit ex conventione & pacto inito cum creditore, & ita ex creditoris facto, aut citra factū creditoris ex jure specialis aliqua exceptio competit debitori. Et circa hāc falsum esse omnino dico, quod reus susciperet judicium pro fidejussore, & ea exceptione uti posset: sed in priori specie exceptionis admitto: nec enim patitur injuriā creditor, qui exceptione quæ ex facto ipsius provenit, repellitur.

Et hinc non ineleganter puto extricari, quod ad *pr. hujus textus* disputavi, circa exceptionē †, 6 ex pacto personali, *ne à solo Reo petatur.* Dico enim in his terminis debere fidejussorem denuntiare Reo, ut pro se suscipiat judicium: atque ita poterit uti exceptione illa pacti debitor ipse: quod tamen fateor non sat commode dici, postquam ex *N.* 4. exceptio ordinis data est fidejussori: cuius vigore solvere aut suscipere iudicium ante reum principalem non tenetur: sed nimis forte de hac re multa.

Duæ hæ species exceptionum sunt in duobus extremis. Aliæ soli plane Reo competunt, & nec hæredibus quidem. Aliæ præter hæredes etiam fidejussoribus competunt, favore ipsius Rei, ut ante explicavimus: quo pertinet regula *l. & haredi* 21. *in fin. de pact.* exceptionem pacti prodesse omnibus, quibus ut prosit, interest pacisentis. Videntur posse dari exceptiones mixtæ, † quæ hæredib' pro- 7 sunt, non fidejussoribus: cujusmodi est exceptio læsionis ex causa ætatis: quæ parit petitionem restitutionis: hæc enim datur hæredibus, non etiam fidejussoribus. *l. 6. de restit. in integr. l. 1. & 2. C. de fidei-*

juſſ. min. L. exceptiones 7. in fin. de except. Qua de re pluribus non eſt hic agendi locus.

AD TITULUM XV.
LIBRI QVARTI INSTITUTIONUM, *DE INTERDICTIS.*

TEXTUS.

Sequitur ut diſpiciamus de Interdictis, ſeu actionibus, quæ pro his exercentur. Erãt autem interdicta, formulæ atque conceptiones verborum, quibus prætor aut jubebat aliquid fieri, aut fieri prohibebat: quod tum maxime fiebat, cum de poſſeſſione inter aliquos contendebatur.

COMMENTARIUS.

1 *Cur interdicta fere tantum ſuper cauſa poſſeſſionis.*
2 *Modus procedendi & forma.*
3 *Interdicta an extraordinaria actiones.*

IAm ſupra monuimus, rectius poſt *tit. de actionibus*, hunc tit. fuiſſe ſubjectum: maxime poſtquam ſublato veteri interdicendi more, recta actiones in factum proponuntur: ſed & olim frequenter ex cauſa Interdictorum actiones datas fuiſſe conſtat: & omnino imploratio quoque officii prætoris actionis inſtar eſt *l. actionis* 37. *Obl. & Act.* ubi & interdictorum fit mentio, ſed rem ipſam videamus. Et inprimis quomodo olim quiſque ex Interdicto jus ſuum perſequebatur, aliqua explicandum eſt. Et ait Juſtinianus interdicta fuiſſe formulas & conceptiones verborum, quibus prætor tum maxime uſus fuerit quoties de poſſeſſione inter aliquos contendebatur. Ait, *maxime*, nam quædam interdicta ingreditur cauſa proprietatis *l. 2. §. quædam l. 1. §. ult. de adq. quot. & aſt. l. 3, 12. & 13. de itin. actuque priv.* At cur de cauſa poſſeſſionis fere tantũ † interdicta propoſita à prætore fuerunt? ſane 1 pleraque interdicta ſunt propoſita ſuper cauſis publicis, & ejuſmodi rebus quarum non proprietas ſed uſus & poſſeſſio quædam eſſe poteſt. Tum porro quædam ſunt facta injuſta, ut poſſeſſionum invaſiones, clandeſtinæ & violentæ extructiones, & quædam aliæ ejus generis, quæ ſtatim reformari voluit prætor, non prolixe de jure utriuſque litiganti diſputarit. Itaque de hujuſmodi cauſis interdicta propoſuit prætor, quorum hæc † ratio & 2 hic ordo & proceſſus erat, ut quis protinus officium prætoris nobile imploraret, & ſecundum hoc prætor vocato altero interdiceret, & certa ſcilicet formula verborum aliquid juberet vel fieri prohiberet: hoc enim ante omnia præcedere oportebat: Quod ſi juſſus non pareret interdicto, tum duplex ratio porro erat, ut vel implorante ſurſum altero, prætor pro imperio ſuo manu quoque miniſtrorũ contra contumacem juſſum ſuum exſequeretur: aut civilius ex cauſa interdicti actionem ordinariam daret.

Huc refero quod eſt *in l. 1. §. 4. verſ. reſtituenda* (ita enim rectius legitur) *uti poſſid.* reſtituendæ poſſeſſionis ordinem aut interdicto expediri aut per actionem, & apertius *in l. 1. §. 2. ſimul. ventr. nom. & in l. 3. in pr. ne vis fiat ei &c.*

Et huc reſpiciunt *Impp. in l. ult. C. h. t.* dum mutato jure veteri diſponunt, ut ſi quis interdictum efflagitet, ruptis veteribus ambagibus inter ipſa cognitionum auſpicia actionem exprimat: cum olim non protinus actio proponeretur aut peteretur, ſed primum interdictum flagitaretur: ut minimum prætor ſolenniter certis quibuſdam verbis interdiceret: Et proprie ita dicebatur quis uti interdicto, & tum cum recta interdictum proſequens imperio prætoris in poſſeſſionem, verbi cauſa reſtituiſſe poſtulabat. Sed cum frequenter contra non parentem actio daretur, ex qua niſi paruiſſet interdicto Reus, fere ad intereſſe condemnabatur, evenit, ut etiam, qui hujuſmodi actionem petiiſſet, interdicto uti (quia excuſa interdicti actio dabatur) diceretur, ut apparet ex *d. l. 3. in princ. ne vis fiat, &c.* quin & per tranſlationem, qui interdictum petebant & agebant, interdicere ipſi dicti fuerunt, ut in *leg. 6. ne quid in loco publ. l. 3. §. 5. uti poſſ. dict. leg. 1. §. 22. de aqua quot. l. 3. §. 4. quod vi aut clam.* ut interdicere iis locis nihil aliud ſit, quam interdicto certare & contendere.

Sublato igitur jãm olim jure veteri & more priſco interdicendi, & recepto conſtituto, ut recta introducerentur actiones *dict. leg. ultim. Cod. h. t.* nõ immerito in Pand. ita rubricam concepit Tribonianus, *de Interdictis, ſive extraordinariis actionibus, &c.* Atquin † cur appellat extraordinarias cum utique actiones, quę ex cauſa Interdictorum dabantur, ordinariæ eſſent, quia ad judicem pedaneum cum formula ibatur; docetque id *dict. lex 1. & 2. ſi mulier ventr. nom.* ubi ita dicitur remiſſio fieri ad jus ordinarium. An dicitur ordinarium, reſpectu proceſſus executivi, cum imperio ſuo manu miniſtrorum prætor exequebatur negotium; & fortaſſis fuit aliquid ſingulare & diverſum ab aliis judiciis, in

actioni-

Digitized by Google

actionibus, quas dabat prætor ex cauſſa interdicti. An appellationem communem tum temporis his actionibus tribuere voluit Tribonianus; ſiquidem ſublata veteri ratione dandorum judicium, omnes actiones appellatæ ſunt extraordinariæ, poſtquam ipſi magiſtratus cognoſcere, & judicare ceperunt & neceſſe habuerunt, quod cum olim facerent, extra ordinem cauſa tractari dicebatur: & quæ prætoriæ, eadem extraordinariæ cognitionis erant. *fac. l.1. de var. & extraord cogn.* & juxta hanc ſententiam *Tribonian. in §. ult. h.t.* hodie omnia judicia ſcribit eſſe extraordinaria; quamvis ambigue, & imo poſtquam ordinarium eſſe cepit, ut magiſtratus judicarent cauſas ceſſante veteri ratione appellationis, non recte amplius judicia, quæ magiſtratus ipſi exercent, extraordinaria vocari aut poſſunt, aut debent. Licet autem ex his, quæ paulo ante diximus intelligere, errare Theophilum, qui interdictum definit, quod ſit enuntiatum prætoris inter duos, non decidens cauſam, ſed judicem, quomodo judicandum ſit, informans. Plane n. falſum eſt, quod ſtatim judicem dederit prætor, ſed ut recte hic Juſtin. primum citra ullum judicem datum, decernebat & jubebat aliquid fieri; quod, aut exequebatur directo, aut poſt judicem dabat, ubi qui interdictū impetrarat, de contumacia adverſarii conqueſtus erat.

TEXTUS.

1. Summa autem diviſio interdictorum hæc eſt: quod, aut prohibitoria ſunt, aut reſtitutoria, aut exhibitoria. Prohibitoria ſunt, quibus prætor vetat aliquid fieri: veluti vim, ſine vitio poſſidenti, vel mortuum inferenti, quo ei jus erat inferendi: vel in ſacro loco ædificari, vel in flumine publico ripave ejus aliquid fieri, quo pejus navigetur. Reſtitutoria ſunt, quibus jubet reſtitui aliquid: veluti bonorum poſſeſſori poſſeſſionem eorum, quæ quis pro hærede, aut pro poſſeſſore poſſidet ex ea hæreditate: aut cum jubet, ei qui de poſſeſſione fundi vi dejectus ſit, reſtitui poſſeſſionem. Exhibitoria ſunt, per quæ jubet exhiberi: veluti eum cujus de libertate agitur: aut libertum cui patronus operas indicere velit, aut parenti liberos, qui in poteſtate ejus ſunt. Sunt tamen, qui putent, proprie interdicta ea vocari, quæ prohibitoria ſunt: quia interdicere ſit denuntiare & prohibere, reſtitutoria autem & exhibitoria, proprie decreta vocari. Sed tamen obtinuit, omnia interdicta appellari, quia inter duos dicuntur.

COMMENTARIUS.

1 *Interdictum unde dictum.*

PRima hæc proponitur Interdictorum diviſio: cui addendum eſt ex *l.1.§.1. h.t.* quod quædam ſint mixta prohibitoria & exhibitoria ſimul. Parum autem refert, an diſtinctionem facias trimembrē, cum Juſtiniano, ut res ſit apertior, an bimembrem; quod prætor interdictis, aut prohibeat aliquid fieri, aut jubeat fieri, ſub quod membrum, & reſtitutoria & exhibitoria referri poſſunt.

Vim ſine vitio poſſidenti:] Imo vero & qui vitioſe poſſidet, dejectus interdictum habet, ut docet *§. recuperandæ 6, inf. h.t. l.3.§. eum 9. de vi arm. l. 2. uti poſſid.* Non male reſpondet Faber, ideo hoc dictum, quod ſine vitio poſſidens, indiſtincte habeat interdictum, ſed in eo qui vitioſe poſſedit, diſtinguatur, veluti an dejectus ſit ex intervallo an incontinenti *d.l.3.§.6.* & in Interd uti poſſidetis, an poſſideat ab adverſario injuſte an ab alio *§. retinendæ 4, verſ. nam uti in f.h.t.* Sed & jure veteri intereſſe notant, an quis cū armis an ſine armis fuiſſet dejectꝰ.

Veluti bonorum poſſeſſori.] Hoc interdictum eſt itidem adipiſcendæ poſſeſſionis, de quo in §. 3.

Aut cum jubet ei.] Hoc eſt recuperandæ, de quo in §. 6.

Exhibitoria ſunt.] Differentia inter hæc interdicta, & actionem ad exhibendum principalis eſt; quod illa tantum ad cauſam poſſeſſionis pertinent, ſed hæc iis fere datur, qui de proprietate ſunt litigaturi *l.1. ad exhibend.* Quin interdicta exhibitoria aliquando dantur ad extorquendam tantum ab altero injuſtam poſſeſſionem rerum, quarum aut nō vera aut etiam nulla poſſeſſio eſt, veluti quæ pro liberis noſtris exhibendis, aut homine libero exhibendo competunt. Alia differentia quam addit Hottom, quod actio ad exhib. detur ob privatum intereſſe, quo minus generalis ſit, facit Interdictum *de tabul. exhib.*

Proprie interdicta vocari.] Notiſſima eſt hęc ſignificatio verbi *Interdicere*: nec diſſimile vero eſt, id nomen initio de his † tantum Interdictis uſurpa- 1
tum, quibus prætor aliquid fieri curabat; poſt autē ad certa quoque productum; ut ipſe Juſtinianus, autor eſt.

Et vix placet conjectura Hottomann. quod particula

ticula *INTER* hic ſit adauctiva, & adeo interdictũ ſignificet prætoris decretum imperioſum; quo ſenſu vix eſt, imo non eſt ut uſpiam hoc verbum uſurpatum reperiatur; Nec movet quod in *l. 1. ut in flum. publ.* legitur, *ut per lacum, &c navigare liceat, interdicam.* hoc enim ex illa, quam modo dixi, verbi productione & quaſi abuſione procedit. Illa autem alluſio eſt, quod interdicta appellata ſint, quaſi interim dicta; quamvis naturæ rei non male conveniat; quoniam per interdicta tota controverſia non deciditur, ſed tantum cauſa poſſeſſionis, poſt quam ſupereſt expedienda quæſtio principalis de proprietate *leg. 2. in fin. Codic. ubi in rem actio Lordinaria* 13, *Cod. de rei vindicatione l. 3. C. h. t. junctâ leg. ii qui de rei vindicatione.* Et hoc reſpectu *Iſid. lib. 5. cap.* 25. Interdictum definit, quod à judice non in perpetuum, ſed pro reformando momento ad temp⁹ interim dicitur, ſalva propoſitione actionis ejus. Et hinc *tit. Cod ſi de moment. poſſeſſ.* Ineptior videtur eſſe notatio, quæ in fin. *h. text.* adfertur, quod interdicta ſint appellata, quia inter duos dicantur: neq; enim illius *duos* ullum veſtigium in hoc verbo apparet; licet parum obſtet objectio Hottomanni. Quod etiam plures quam duo poſſint litigare. Etenim non tam debent intelligi duo homines, quam duæ partes inter ſe adverſæ, quæ in judicio regulariter contendere ſolent. Et plures verbi cauſa actiones unius vicem ſuſtinent. Ant. Contius alio iſtud refert, quod Interdictorum cauſa apud prætorem ſolum expediatur, ſine judice pedaneo, Sed ſane judicium & controverſia tantum inter litigantes tractatur, non cum judice. Neque tamen Hottom. emendatio ferri poteſt, cum eandem & ſcilicet vulgatam lectionem Theophilus quoque, & omnia exemplaria conſtanter habeant.

TEXTUS.

2. Sequens interdictorum diviſio eſt hæc; quod quædam adipiſcendæ poſſeſſionis cauſa comparata ſunt, quædam retinendæ, quædam recuperandæ. Adipiſcendæ poſſeſſionis cauſa interdictum accommodatur bonorum poſſeſſori; quod appellatur *Quorum bonorum*, ejuſque vis & poteſtas hęc eſt: ut quod ex iis bonis quiſque, quorum poſſeſſio data eſt alicui, pro hærede, aut pro poſſeſſore poſſideat id ei cui bonorum poſſeſſio data eſt, reſtituere debeat. Pro hærede autem videntur poſſidere, qui putat ſe eſſe hæredem. Pro poſſeſſore is poſſidet, qui nullo jure rem hæreditariam, vel etiam totam hæreditatem, ſciens ad ſe non pertinere, poſſidet. Ideo autem adipiſcendæ poſſeſſionis vocatur Interdictum, quia ei tantum utile eſt, qui nunc primum conatur adipiſci poſſeſſionem. Itaque ſi quis adeptus poſſeſſionem amiſerit eam, hoc Interdictum ei inutile eſt. Interdictum quoque quod appellatur Salvianum adipiſcendæ poſſeſſionis cauſa comparatum eſt, eoque utitur dominus fundi, de rebus coloni, quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepigiſſet.

COMMENTARIUS.

Hæc eſt altera Interdictorum diviſio, ſed ſane longe anguſtior priori, & quæ minime exhaurit totum diviſum, adeo ut ad ea tantum interdicta, quibus ea quę ad patrimonium noſtrum pertinent, perſequimur pertinere videatur, & omnino ad rem familiarem. *l. 2. §. 3. h. t.* eoque non primam diviſionem, ſed ſubdiviſionem hanc eſſe recte Interpp. notant. Recta autem eſt membrorum collocatio h. §. prius enim eſt, ut aliquid adquiramus, tum ut adquiſitum defendamus, & admiſſum recuperare ſatagamus; quo etiam facit *l. ult. d. LL.* Hoc textu proponuntur duæ ſpecies, aut exempla interdicti, adipiſcendæ. Alterum Quorum bonorum alterum Salvianum. De illo tractatur, cui & contra quem detur.

Et datur ei, cui bonorum poſſeſſio à prætore data eſt, prout ſc. uſurpatur *t. t. de bon. poſſ.* quæ in jure conſiſtit non in facto, & per quam quis non conſequitur poſſeſſionem corporalem & actualem (alias non opus eſſet interdicto) ſed conſequitur jus perſequendi ea quæ fuerunt defuncti *l. 3. de bon. poſſ.* uno verbo, competit hæredi prætorio. Et nimirum directo; nam utiliter hoc remedium adcommodari & iis, qui iure civili hæredes ſunt, communiter placuit, *arg. l. 1. C. quor. bon.* Datur contra eum, qui poſſidet pro hærede, vel pro poſſeſſore, quod quale ſit, & qui nam ita poſſidere dicantur, hoc ipſo loco explicatur & in *l. pro hærede* 11. *cum ll. ſeqq. de petit. hared.* Idque adeo monetur, ut intelligamus contra eum, qui titulo ſingulari v. c. ex emto aut donato, rem accepit & poſſidet, hoc interdictum non dari; quoniã huius ius potentius eſt, quam ut ei res per eum, qui ſe hæredem dicit, & iure & ex perſona defuncti venit, poſſit auferri. Idque adeo ita obtinet, ſi titulus ille ſingularis ſit iuſtus & validus;

nam

nam contra eum, qui invalidum & iure nullum, titulum ſingularem habet, ſicut petitio hæreditatis, ita & hoc remedium datur, per *l. nec ullam* 13. §. 1. *& ſeqq. de petit. hæc.* atque ita humaniter in odium huiusmodi poſſeſſoris receptum fuit: Ceterοquin videbatur ſumma iuris ratio facere, ut verbi cauſa petitio hæreditatis, & alia huiusmodi univerſalia remedia, tantum darentur contra eum, qui quoque titulum univerſalem, aut penitus nullum prætendebat. Verum, cum hæredi prætorio. competat bonorum poſſeſſoria hæreditatis petitio *t. t. de bonor. poſſeſſ. hared. petit.* cui tandem bono neceſſarium eſt hoc interdictū? Sed nimirū differētia eademeſt, inter hæc duo remedia, quæ eſt inter remedia petitoria & poſſeſſoria. Interdictum iſtud eſt remedium poſſeſſorium, quod celerem habet expeditionem, & proceſſum expeditum, ut circa fruſtrationes aliquas & longioresmoras litis, res reſtituantur *l.* 1. *C. quor. bon.* quod ſecus eſt in petitione hæreditatis. Et quidem videtur hoc interdictum tendere ad rerum corporalium & actualem reſtitutionem? ut argumento *l.* 2. *C. quor. bon.* ubi dicitur hoc interdictū competere contra corporum poſſeſſorem; quod ipſum quoque in petitione hæreditatis ſecus eſt, quæ principaliter eo tendit, ut petitor declaretur hæres, eoque ſufficit ut reus ſit quaſi rerum incorporalium poſſeſſor *l.* 9. *de petit. hared.* In eo autem utrumque hoc remedium, Interdicti, & hæreditatis petitionis convenire videntur, quod utrumque parirer eſt univerſale *l.* 1. *quor. bon.* Quod dupliciter verum eſt 1. enim ſunt univerſalia & dicuntur, ratione intentionis actoris, qui ad ſe pertinere dicit univerſa bona, 2. ratione tituli in reo, qui ad ſe bona pertinere contendit. Jam enim diximus, quod ex mera ratione juris, qui pro hærede poſſidet tantum his remediis conveniri queat. Nec quidquam obſtat, q dicitur in *l. 9. & 10. de petition. hared.* eam petitionem contra eum quoq; dari, qui rem minimam tenet & poſſidet: quoniā etiam hic poteſt prætendere nihilominus titulum univerſalem, & dicere quod poſſideat pro hærede.

Hæc de prima ſpecie Interdicti adipiſcendæ poſſeſſionis. Alterum interdictum eſt, Salvianum. De hoc ait Juſtinian. in *fin. hujus text.* quod competat domino fundi de rebus coloni, quas is pro mercedibus fundi pignori obligavit. Et igitur primum pro domino fundi interdictum hoc prætor propoſuit; ſicut & Serviana actio eidem initio ſolum propoſita fuit. §. *Item Serviana* 7. *ſup. de action.* ubi hoc tractatur. Et adeo ut aliqua utriuſque remedii ſit diverſitas, videtur Serviana quidem haud dubie contra quoſcunque poſſeſſores rerum obligatarum: Sed Salvianum Interdictum tantum contra ipſum colonum competiiſſe; direśto videlicet; idq; eo argumento, quod in *l.* 1. *de interd. Salu.* contra tertium poſſeſſorem, ex æquitate; & ſc. deficientibus interdicti verbis, utile interdictum porrigitur, & quidem in iiſdem terminis rerum à colono obligatarum, & ubi poſſeſſor caulam & titulum ab ipſo colono habet. Quæ autem alias inter alia Interdicta, (quæ ſunt remedia poſſeſſoria) & remedia petitoria eſt, eadem inter Salvianum Interdictum & Servianam actionem fuiſſe videtur differentia; quod nimirum ſufficeret in illo probari ſolum hoc quod res eſſet obligata, cū ipſe colonus, & qui cauſam ab eo habebat, poſſidentes, nihil haberent, quod objicerent, quo minus poſſeſſionem reſtituerent actori.

Sed in hoc præterea; ubi contra tertium poſſeſſorem movebatur, neceſſe erat probare, quod res tempore obligationis fuiſſet in bonis debitoris. Et proinde longe utilius erat experiri Interdicto, quam actione Serviana, & ob id etiam Salvianum non dabatur niſi contra ipſum colonum, & qui cauſam ab eo habebat. Et forte ea movit ratio prætorem ob quam in primis & primo fundi dominis contra colonum conſultum voluit; vel quod domini fundorum minus poſſent obſervare, ne res obligatæ à colonis extra urbem habitantibus in alios transferrentur; vel quod coloni eſt, ut plurimum pauperes & in re tenui eſſent; ut proinde hoc agere debuerit prætor, ut pro mercede dominis ſatis fieri ex rebus obligatis poſſet. Et igitur, ut diximus primum Interdictum hoc pro dominis fundorum contra colonos ipſos introductum, ſed poſt & ex eadem locationis fundorum cauſa, contra tertium poſſeſſorem, qui cauſam haberet à colono utiliter productum fuit, *d. l. 1. de Interdict. Salu.* Sed poſtmodum ex eadem ratione receptum fuit, ut daretur utile Interdictum ex quacunque cauſa, ſed ſolummodo contra ipſum debitorem, quippe qui objicere & ipſe nihil poſſit, quo minus expropria conventione obligatam rem creditori reſtituere teneatur: idq; probat *l. 1. C. de prec. & Salu. Interd.* ubi dicitur, hoc interdictum dari tāmcontra conductorem debitoremve: Nec enim ferendi ſunt, qui particulam Vsibi detrahunt. Et ut diximus, eadem quæ in conductore, in alio quoque debitore militat ratio: ſiquidem debitor qui ipſe rem obligavit, ſine turpitudinis & propriæ fraudis confeſſione non poteſt excipere, quod res non fuerit ipſius: ſed jure hoc excipit poſſeſſor tertius, maxime qui cauſam ab ipſo debitore non habet: aut alias bona fide rem accepit & tenet, & cui iniqua

inferretur conditio, ſi ſimpliciter probata pignoris obligatione rem reſtituere teneretur: ſiquidem pignus rei alienæ, in præjudicium quidem debitoris, ſed non in tertii præjudicium tenet, *arg. l. 1. de pignorib. & l. rem alienam 41. de pignor. act.* Cum autē initio introductum hoc eſſet Interdictum pro domino fundi pro rebus obligatis ex cauſa locationis, facilius admiſſum fuit, ut ex hāc cauſa contra tertium poſſeſſorem porrigeretur. Ex quibus appareat, non leviter errare Interpp. qui interdictum hoc exquacunque cauſa etiam contra tertios poſſeſſores concedunt. Ex qua opinione duo conſequuntur abſurda 1. quod plane tollitur actionis Servianæ utilitas & neceſſitas, quippe cum quivis creditor Interdicto potius uſurus ſit, quo longe facilius obtinere poſſeſſionem poſſit *arg. l. 24. de rei vind.* 2. quod ita, ut diximus infertur iniqua conditio poſſeſſori, qui rem bona fide, præſertim ab alio quam à debitore accepit, & rem juxta Interdicti naturam cogitur reſtituere, licet creditor non probaverit, rem obligatam fuiſſe tum temporis in debitoris bonis: & ita, quæ hac de re tam accurate ſcripta ſunt paſſim à JCtis *ſub tit. de pignor. & pig. act.* penitus eludūtur. Et tamen opinio iſta Interpp. communiter recepta eſt, & in foro obtinet, ut licet intelligere ex iis, quæ de hac re ſcribunt *Angelus & alii in d. §. Item Serviana 7. ſup. de actionib.*

In verſ. ideo autem h. §. reddit Juſtinia. rationem, cur hæc Interdicta dicātur adipiſcendæ poſſeſſionis, quod ei tantum utilia ſint, qui nunc primum conatur adipiſci poſſeſſionem, Licet enim hoc proponat de Interdicto quorum bonorum, tamen cum & alia ſint adipiſcendæ poſſeſſionis interdicta, niſi & his conveniat, ratio bona eſſe nō poteſt. Et tamen videndum eſt, ne hoc falſum ſit Interdicto Salviano, quod ſecūdo loco hic proponitur. Nam recuperandæ poſſeſſionis interdicta de quibus *h. t.* tantum iis competunt qui vi dejecti ſunt, & cur Interdictum quorum bonor. non detur poſt apprehenſam ſemel poſſeſſionem, ſpecialis ratio eſt, quod tum heres prætorius alia & propria remedia habet. At ſane ſi creditor citra vim aliquo caſu poſſeſſionem amittat, non videtūr ei aliud remedium ſupereſſe quam interdictum Salvianum; nec videtur ratio ſolida dari poſſe, cur id ei non ſit cōcedendū. Et proinde fatendum erit, rationem Juſtiniani tantum ad Interdictum *Quor. bon.* pertinere, & adeo rectam non eſſe.

TEXTUS.

3. Retinendæ poſſeſſionis cauſa comparata ſunt Interdicta, Vti poſſidetis & utrubi, cum ab utraque parte de alicujus rei proprietate controverſia ſit: & ante quæratur, uter poſſidere ex litigatoribus, & uter petere debeat. Namque niſi ante exploratum fuerit, utrius eorum poſſeſſio ſit, nō poteſt inſtitui petitoria actio: quia & civilis & naturalis ratio facit, ut alius poſſideat, & alius à poſſidente petat. Et quia commodius longe eſt, poſſidere potius quam petere, ideo plērumque fere ſemper, ingens de ipſa poſſeſſione exiſtit contentio. Commodum autem poſſidendi in eo eſt, quod etiam ſi res ejus nō ſit, qui poſſidet, ſi modo actor nō potuerit ſuam eſſe probare, remanet in ſuo loco poſſeſſio: propter quam cauſam, cum obſcura ſunt utriuſque jura contra petitorem judicari ſolet. Sed interdicto quidem uti poſſidetis, de fundi vel ædium poſſeſſione contenditur. Utrubi vero interdicto de mobilium rerum poſſeſſione. Quorum vis & poteſtas plurimam differentiā inter ſe apud veteres habebat. Nā *uti poſſidetis* interdicto is vincebat, qui interdicti tempore poſſidebat, ſi modo nec vi, nec clam, nec precario nactus fuerat ab adverſario poſſeſſionem: etiam ſi alium expulerat, aut clam arripuerat alienam poſſeſſionem, aut precario aliquem rogaverat, ut ſibi poſſidere liceret, utrubi vero Interdicto is vincebat, qui majore parte ejus anni, nec vi nec precario nec clam ab adverſario poſſidebat. Hodie tamen aliter obſervatur. Nam utriuſque interdicti poteſtas, quātum ad poſſeſſionem pertinet, exæquata eſt, ut ille vincat & in re ſoli & in re mobili, qui poſſeſſionem nec vi nec clam nec precario ab adverſario litis conteſtatæ tempore detinet.

COMMENTARIUS.

1 *Quomodo duo poſſint ſibi adſerere poſſeſſionem.*
2 *Commodum poſſeſſionis.*
3 *Judicii petitorii & poſſeſſorium an poſſint cumulari.*

4 Qui

4 *Qui possit agere Int. retinendæ, qui egit vindicatione ad l.12.§.1.d.adq.poss.*

5 *Mobilia vere possidemus.*

PRoponitur in pr. utilitas hujus Interdicti, & cujus gratia præcipue sit introductum, nimirum ad constituendum & ordinandum judicium petitorium super proprietate: cujus constituendi ratio liquida est, ubi constat de possessione, & unum solum certo possidere constat: sed non æque, ubi ex duob. uterque se possessorem esse contendit. Antequam enim constet quis revera possideat solus, & cujus potiora jura sunt in judicio possessorio, constitui judicium petitorium super proprietate non potest: quoniam, ut in §. *omnium sup. de actio.* dictum est, in hoc judicio sunt duo extrema, dominum in agente, & possessio in convento: qui autem possidet, is rei vindicatione non experitur. At quomodo accidit, ut duo de retinenda posses- 1 sione disputent, cum duo † in solidum possidere nõ possint? *l.3.§.ex contrario de adq. poss.* Duplex hic affertur responsio. 1. quod imo ex Sabianorũ opinione, duo diversa specie possessionis v. c. alius civiliter, alius naturaliter, eandem rem in solidũ possidere possint: cujus sententiæ etiam multa in jure nostro extãt vestigia, & eam vetioré esse alibi probavim 9 2. quod in speciem duo videri possint possidere, ut tamen revera unus tantum possideat: cũ n. varii sint actus possessorii, & qui ad probandam possessionẽ, (& præcipue in fundi cõtrovertiæ possessionis terminis) articulari, (ut loquuntur) solẽt, ex usurpatis aliquibus actibus plures sibi possessionem possunt arrogare & usurpare: ut proinde, de qualitate hujusmodi actuum sit cognoscendum: & utrius causa potior sit, hoc interdicto certandum & expediendum: quo qui vincet, is commodo possessionis fruetur: quod in quo consistat, h.§. explicat Justinianus. Nimirum, quod possessor 2 non cogitur † probare, sed petitor rem esse suã: & quod hoc non probato, absolvitur possessor, licet ipse nihil probaverit: potest tamen citra præjudicium suũ possessor suscipere probandi onus, ita sc. ut nihilomin9, licet succũbat in probatione, tes penes ipsum relinquatur, quamdiu actor rem ad sese pertinere non ostenderit: quo refero, quod ait Justin. cum obscura sunt utriusq; jura, solere contra petitorem judicari: nam ex verbo *utriusq;* colligitur intelligi casum, quo reus possessor aliquid probare voluerit: ceteroquin, ubi solo commodo possessionis nixus possessor, nihil præterea agit (q facere potest) utriusq; jura obscura esse parũ subtiliter dicerentur. Et de hac re textus sunt in *l. qui accusare C. de Edendo l.2. C. de prob. l. ult. de rei vind.* Et hoc nimirum generale est, ut reus initio probare nihil cogatur, antequam intentionem suam actor probaverit *d. l. qui accusare & l. frustra 8. C. de probat. leg. negantes 9. C. de obl. & act. l. si quidem 9. C. de exc.* Verũ contra istud quod supra diximus ex *h.§. verſ. nãque nisi.* non posse institui judiciũ petitoriũ, nisi antea in possessorio fuerit pronuntiatum, objici solet, quod non uno in loco probari videtur judiciũ †possessorium & petitoriũ simul institui posse & 3 cumulari: ut hoc accuratius & latius exequamur, non est hujus instituti. Ut summatim dicam: Interpretes, qui istam cumulationem introduxerũt, ita ut simul & super utroq; institueretur cognitio & sententia ferretur, (quod & jus Canon. secutum est in *cap. cũ delictus de cauſ. poſſ. & propr.*) decepti fuerunt textibus quibusdam juris, quos non recte intellexerunt: sunt illi in *l. cum fundum 18. §. 1. de vi arm. l. natural. 12. §. 1. de adq. poss.* quibus probatur quod pendente petitorio, & hoc jam instituto, nihilominus possit quis uti interdicto, & ita remedio possessorio. Hoc enim illi, ita ut diri, acceperunt sed enim ita res habet, Monet JC. in *l. is qui 24. de rei vindic.* ut qui rem petere vult, videat an aliquo interdicto ejus possessionem nanciſci possit, potius quam ut rei vindicationem instituat; eadem ratione quam h. §. proponit Justinianus desumptã à commodo possessionis, quæ facit ut sit immunis ab onere probandi, quod incumbit ei qui in rei vindicatione se dominum esse intendit: quã probationem esse difficilem passim Dd. tradunt. Secundum hoc quæritur, si quis non observato consilio Jurisconſ. in *d. l. 24.* & omisso possessorio rei vindicationem instituerit, an adhuc possit uti Interdicto. Quod negandum videbatur, quoniam contemsisse Jurisconsulti consilium, & renuntiasse remedio possessorio existimari potest, *arg. d. l. 12 §. 1. de adquir. poſſeſſ.* sed contraria sententia placuit, quoniam tam facile non præsumitur renuntiatio: sed potius ex ignorantia, vel errore tollerabili factum hoc esse creditur: *argum. d. l. 12. §. 1.* ubi Jurisconsultus negat propterea videri possessioni renuntiatum, quod quis instituerit vindicationem. Et hoc est quod in *d. leg. 12. §. 1. & in d. leg. 18. §. 1. de vi arm.* dicitur, pendente petitorio posse interdicto agi non ut simul cumulentur, & simul super utroque cognoscatur, & pronuntietur, sed ut interim dum de possessione quæritur, petitorium judicium suspendatur & differatur: quæ verissima illorum locorum est sententia; quã olim *Ioh. & Azon.* tradiderunt, à qua ceteri male recesserunt. & communius enim obtinuit, simul utrumque judicium

d by Google

tractati & definiri poſſe ut poſt *Accurſ. Bartol. alii in d. l.* 12. §. 1. *de adq. poſſeſſ. Soſtretus & alii in l.* 3. *Codic. de interd. ct.* tradiderũt. Ille ſcrupulus ſupereſt, quomodo, qui cepit agere rei vindicatione poſſit interdicto retinendæ poſſeſſionis uti, ut eſt in *d. l.* 12. §. 1. *de adquir. poſſ.* Cum conſtet poſſeſſorem non poſſe agere rei vindicatione, & hanc dari contra poſſeſſorem: ut aut nulliter intentatam actionẽ, ſi petitor adhuc poſſidet: aut ſi utiliter intentata eſt, non poſſe agi interdicto retinendæ, omnino conſequi videatur. Reſpondeo per retorſionem ſive inverſionẽ argumenti: Quod interd. retinendæ veluti, uti poſſidetis, reddatur inter duos, & cum uterq; ſe poſſidere contendit, ut in hoc §. ſequitur: Itaque ratione & reſpectu eo, quatenus alter ſe poſſidere contendit, & alterum poſſidere negat, poteſt contra eum fundari rei vindicatio: Et hinc porro ſequitur, quod eſt in *d. l.* 12. §. 1. quod non cenſeatur renuntiaſſe poſſeſſioni, qui inſtituit in rem actionẽ: quoniam ut dixi, ad eam fundandã ſatis eſt, quod alter ſe dicit poſſidere: ut adeo ad inducendum effectum, quod petitor poſſeſſioni renunciaverit, inferri non poſſit.

Sed Interdicto quidem.] Retinendæ & defendendæ poſſeſſioni duplex Interdictum propoſuit prætor: pro rebus immobilibus, & mobilibus, utrumque, ut & fere cetera, denominatur à primis verbis Edicti: Quod feciſſe videtur ob diverſam harum rerum qualitatem: ſiquidem res mobiles facilius non tantum ab uno in alium transferri, ſed & eripi tenentibus poſſunt. Ex quo etiam ex parte differentia utriuſq; Edicti dependere videtur, quã hoc loco proponit Juſtinianus, cum & longe magis intereſſit publicè, defendi poſſeſſiones rerum immobilium, & relinqui tales, quales jam ſunt: & particulam NUNC Interdicto *uti poſſidetis* adjectam fuiſſe, notat *Cuiacius* §. *obſ.* 22. Et differentiæ tamen illius quam hic tradit Juſtin. tamquam adhuc durantis meminit *Paulus* §. *ſentent.* 6. probabile ſit quod Cujactus cenſet in *Parat. C. uti poſſid.* à Triboniano adſciptum eſſe ad Ulpian. Pauli coætaneum in *l.* 1. §. 1. *utrubi.* quod ſe ſublata iſta differẽtia hoc §. legitur, quod in utroque vincat, qui tempore litis juſte ſe poſſediſſe probaverit: Juſte inquam ut excludantur tres ſpecies injuſtæ poſſeſſionis, clandeſtinæ, violentæ & precariæ: quæ hactenus dicitur injuſta: ceteroquin reſpective, & quatenus initio habet voluntatem domini juſta appellatur in *l. ſi ſervus* 22. §. 1. *de noxal. action.* Atque qui una harum ſpecierũ poſſidet, ſuccumbit Interdicto: ſi videlicet ab ipſo adverſario, cum quo ipſi res eſt, ita poſſideat tid eſt, ſi ipſe per vim abſtulerit poſſeſſionem, aut eum vi dejecerit: item q; ſi clã ipſo poſſeſſionem ingreſſ' fuerit, aut ipſum poſſeſſionem rei precario rogãverit: ceteroquin, licet alterius reſpectu ita poſſideat, id ipſi nõ nocet. Ex iure Canonico, q̃ uſu magis obſervatur, notant non ſufficere ad victoriã, ſi quis tãtũ tempore litis cõteſtatæ poſſederit, ſed eſſe potiorem, qui poſſeſſionem iuſtiorem & antiquiorem probaverit, *per cap. licet de probat. Weſemb. in parat. uti poſſid. n.* 5. *Menoch. rem.* 3. *retin. poſſ. nu.* 714. *& ſeqq.* Illud notandum, quod in *pr. huius verſ.* æqualiter & mobilium rerum & immobilium rerum ſ dicitur eſſe poſſeſſio: contra Accurſium & alios, qui res mobiles proprie poſſideri negant, cum imo contrarium potius ratio ſuadeat, cum res mobiles vel maxime & proprie tradantur: Et nec ratione nec textu nititur illa ſententia. Nam quod ex *l.* 6. *de adq. poſſ.* depoſitione pedum adfertur: ineptum eſt: tum quia ea potius alluſio eſt, quam vera notatio, tum quoniam ab argumento ab etymologia, nihil ſolidi concludi poſſe conſtat.

TEXTUS.

4. Poſſidere autem videtur quiſque non ſolum ſi ipſe poſſideat, ſed & ſi ejus nomine aliquis ſit in poſſeſſione, licet is ejus juri nõ ſit ſubjectus: qualis eſt colonus, & inquilinus, per eos quoq; apud quos depoſuerit quis, aut quib. commodaverit, ipſe videtur poſſidere. Et hoc eſt quod dicitur retinere poſſeſſionem poſſe aliquem, per quemlibet, qui ejus nomine ſit in poſſeſſione. Quin etiam ſolo quoq; animo poſſeſſionem retineri placet: id eſt, ut quamvis neq; ipſe ſit in poſſeſſione, neque ejus nomine alius, tamen ſi non relinquendæ poſſeſſionis animo ſed poſtea reverſurus inde diſceſſerit, retinere poſſeſſionem videatur. Adipiſci vero poſſeſſionẽ per quos aliquis poteſt, libro ſecundo expoſuimus. Nec ulla dubitatio eſt, quin animo ſolo adipiſci poſſeſſionem nemo poſſet.

COMMENTARIUS.

1 *Poſſeſſio quomodo adquiratur.*
2 *Quomodo retineatur.*
3 *Modi poſſidendi.*
4 *An dejectus poſſideat adhuc civiliter.*
5 *An quis alieno nomine recte dicatur poſſidere.*

Quoniam

QUoniam inter dictum hoc datur possidenti, ideo & quomodo † adquiratur, & quomodo 1 retineatur possessio h. §. strictim docet Justinianus: siquidem, sicut ei qui nunquam possidere cepit, ita & ei qui possessionem semel adquisitam amisit, hoc Interdictum non datur. Ad prius pertinet quod Justin. in *f. huius §.* ait, non posse solo animo possessionē adquiri. Hoc n. facti est vel maxime & consistit in apprehensione quadam rei, quam animus solus facere non potest, sicut ex adverso, nec corpore solo adquiri possessio potest veluti si dormienti quid in manus ponatur, aut furioso tradatur *l.* 1. §. *furiosus* 3. *de adq. poss.* quoniam nulla possessio est, sine affectione quadā tenēdi, *d.* §. 3. quæ requirit animum. Et itaque possessio corpore & animo simul adquiritur, *l quemadmodum* 8 *d. adq. possess.* ut non tamen manuum aut pedum opera ad hoc sit necessaria, sed subtiliori etiam ratione, nunquamtamen nudo animo, & citra ullum corporis actum adquiratur possessio, ut ostendunt textus *in l.* 1. §. *si jusserim* 21 *l. quod meo* 18. §. 3. *l. quorundam* 51. *de adq. possess.* Et falluntur Zasius & alii in *l.* 3. *in princ. eod tit.* dum hos casus regula exceptos, & hic etiam nudo animo adquiri possessionem putant. Et quod Jurisconsultus in *d. l.* 15. animo adquiri eo casu possessionem dicit, non simpliciter excluditur opera corporis, sed dicitur oppositione ad apprehensionem crassiorum, quæ fit manuum opera aut pedum: & est adeo fallacia ambiguitatis, in phrasi, *animo adquiri possessionem*: quæ eadem deprehenditur in *d. l.* 1. §. 21. Deinde huc pertinet, quod remissive in *fin.* §. docet Jnstinianus per quos possessionem adquiramus, de quo actum est *sup. l.* 2. *tit. per quas pers. nob. adquir.* & quod nimirum per hos qui in potestate nostra sunt communi, sed per procuratores speciali jure possessionem adquiramus, ex rationibus, quas ibidem exposuimus. Nihil autem huc pertinet, quod quis possessionem adquirit, si alter qui rem tenet & possidet, ipsius nomine se possidere constituat: neque enim ita procurator inter venit pro me, sed ego ipse possessionem ita mihi adquiro, per hunc modum fictæ traditionis, jure receptum & propositum in *d. l. quod meo* 18. *in princ. de adquir. poss.* de qua re & aliis modis traditionis fictæ, non est hic pluribus agendi locus, & nos ad *Tr. de adq. rer. dom. & adquir. poss.* diximus. Atq; hoc primum est cap h. §. quomodo adquiratur possessio. Alterum est quomodo adquisita † retineatur. Eo pertinet 1. quod est *h. §. in 2 vers. Quin etiam*, quo ostenditur differentia inter adquisitionem & retentionem. Animo solo non adquirim' possessionem: sed animo solo eam retinemus: quod & probatur *l.* 3. §. *Nerva* 13. *de adq. poss.* & apertius *l. clam.* 6. §. 1. *eod. tit.* ubi dicitur, quod retineat possessionem, qui peregre & ad nundinas profectus est. Et nimis enim absurdum foret, ut per solum egressum ex fundo aut ædibus, quis amittat possessionem. Et nimirum enim adquisita semel rite possessione, jus quoddam nascitur ita ut non in nuda detentione aut meubatione possessio adquisita consistat, sed in jure quodam: quo etiam præcipue pertinet, quod passim dicitur, quod possessio plurimum juris habeat & videlicet jam adquisita: nam adprehensio ipsa possessionis, pene tota facti est, in quibus terminis loquitur *l.* 1. §. *furiosus* 3. *de adq. poss.* Quod autem dicitur, animo possessionem retineri, id non simpliciter accipiendum, sed ita est limitandum & declarandum si supersit facultas ubi velis, corpore rursus ingrediendi & detinendi rem sive possessionem, ut eleganter docet *d. leg.* 3. §. 13. ubi dicitur, retineri possessionem, vel rem hactenus possideri, quatenus si velimus, possessionem naturalem nancisci possimus. Quæ tamen sententia præbuit Doctoribus errandi non levem occasionem. Ita enim illi vulgo statuunt, quod naturalis possessio in corpore, in animo autem civilis constituta sit & consistat possessio: Itaq; eum qui discessit, civilem tantum possessionem dicunt retinere & habere: secundū quod continuo, & subinde extguis prope momenis eadē possessio jam civilis mox naturalis erit: quæ metamorphosis possessionis rationi non convenit: sed omnino ita statuendum est, quod illa ipsa possessio, qualis est adquisita, etiam absente † retineatur, 3 sed sub diversis possidendi modis: Alius est enim modus possidendi, quando simul corporaliter & naturaliter quasi incumbo rei ipsi: alius quando ab ipsa re discessi, quam rursus ubi volo, ingredi, & rursus naturali modo tenere possum: quæ est sententia Jurisconsulti, in jam *d. l.* 3. §. 13. *de adq. poss.* ubi possessio pro modo possidendi usurpatur. Hinc & ex *d. l.* 1. §. 13. cōvincitur alius error Doctorum, qui, quod de possessione animo retinenda dicitur, nimis large accipiunt, ita ut etiamsi possessio ab alio occupata sit, etiamsi mihi amplius rē apprehendendi facultas non sit, tamen civilem possessionem durare, & ejus beneficio etiam interdictum hoc uti † possidetis cōpetere defendant, 4 ut videre licet ex his quæ *Jason. Bart. & alii tractant in d. l. clam.* 6. §. 1. *de adq. possess. Menochius rem.* 3. *retin. poss. num.* 37. *& seq.* Quæ sententia videtur falsa per *d. l.* 3. §. 13. *& d. l.* 6. §. 1. ubi dicitur, eum qui cum rem absentis occupasset, reversum non admisit, vi possidere censeri. ex quo consequitur, quod pro-

by Goo

ſpoliatore habeatur, & alter pro dejecto, atquin dejectus non retinet poſſeſſionem: etenim ut jam diximus, poſtquam amplius facultatem rem ubi velimus, apprehendendi non habemus, poſſeſſio eſt amiſſa, nec jam amplius ſufficere animus ad eã retinendam poteſt. Quamvis tamen quod & dejecto competat hoc Interd. videatur probari ex §. *retinendæ 4. h. t. verſ. quorumvis ſup. h. t.* ubi dicitur, eũ vincere qui nec vi, nec clam &c. Quod ſi enim in hoc Interdicto attenditur, an quis vi poſſideat ab adverſario, cum hoc Interd. inter eos detur qui ſe poſſeſſores aſſerunt, ſequitur etiam in terminis dejectionis huic Interd. locum eſſe poſſe. Idque admitti poteſt, ſi incontinenti dejectus, & qui adhuc videtur facultatem habere recuperandi rem, moveat Interdictum: aut qui ſe revera dejectũ eſſe neget ſed adhuc poſſidere contendat: neque enim ſimpliciter quævis dejectio, prorſus adimit poſſeſſionem. Atque hoc eſt primum, quod circa retinẽdam poſſeſſionem hoc §. tractatur. Deinde ad hoc cap. pertinet, quod in *princip.* §. ait Juſtinianus, Non tantum per ſe, ſed per alium quem poſſe poſſidere & ita porro retinere poſſeſſionem, veluti per inquilinum, colonum, depoſitarium, commodatarium: quibus addendus eſt caſus, quem paulo ante attigimus, cum quis noſtro nomine ſe conſtituit poſſidere. Et notandum eſt, quod eleganter ſubtiliter & vere hoc §. dicitur eſſe illos, per 1 quos † poſſidemus, *in poſſeſſione.* Et revera enim ſubtiliter dicitur & pene contradictorie, ꝙ quis alieno nomine poſſideat, quem conſtat non poſſidere. Recte autem dicitur eſſe in poſſeſſione: quomodo qui ex primo decreto miſſi ſunt, & non poſſident, in poſſeſſione eſſe dicuntur: Eodem adeo modo, qui hoc §. referuntur, in poſſeſſione tantum ſunt, nos autem poſſidemus. Et cum diſcedentes corpore nihilominus poſſideamus, & retineamus poſſeſſionem, etiam poſſidebimus, & tanto magis, ſi alius noſtro nomine corporaliter ſit in poſſeſſione. Et iſti ſunt adeo, quorum corpore dicimꝰ nos poſſidere *l. peregre 44. §. ultim. de adq poſſ.* Ex quo etiam ſit ut eum rem deſerunt, nocere nobis & ut ignorantes quoque amittamus poſſeſſionem, facere poſſint *d. l. 44. §. ultim.* de qua re & quatenus & quomodo hic nobis v. c. coloni aut inquilini obeſſe poſſint. tam ex jure veteri, quam novo, tractavimus ad *Treutl. de adq. poſſ. th. ultim.* Et excederemus nimis terminos inſtituti noſtri, ſi omnia hic perſequeremur.

TEXTUS.

5 Recuperandæ poſſeſſionis cauſa ſolet interdici, ſi quis ex poſſeſſione fundi vel ædium vi dejectus fuerit. Nam ei proponitur Interdictum, *unde vi*, per quod is qui dejecit, ei cogitur reſtituere poſſeſſionem, licet is ab eo qui vi dejecit, vel clam, vel precario poſſideat. Sed ex conſtitutionibus ſacris, ut ſupra diximus, ſi quis rem per vim occupaverit, ſiquidem in bonis ejus eſt, ejus dominio privatur: ſin aliena, poſt ejus reſtitutionem, etiam rei æſtimationẽ dare vim paſſo compellitur. Qui autem aliquem de poſſeſſione per vim dejecerit, tenetur etiam Lege Julia de vi privata, aut de vi publica. Sed de vi privata, ſi ſine armis vim fecerit: ſin autem armis eum de poſſeſſione vi expulerit, de vi publica tenetur. Armorum autem appellatione, non ſolum ſcuta & gladios & galeas, ſed etiam fuſtes & lapides ſignificari intelligimus.

COMMENTARIUS.

1 *Violentia ſpecies*
2 *Remedia varia contra vim.*
3 *Differentia hujus Interdicti, & uti poſſidetis.*

PRoponitur hic tertia ſpecies, & ſcilicet interdictum recuperandæ poſſeſſionis, contra eum qui de poſſeſſione aliquem vi dejecit: ſed adduntur quædam alia, propter quæ Interpretes docendi cauſa vim diſtinguere ſolent, quod alia ſit, compulſiva, quæ vindicatur. Edicto prætoris, *quod metus cauſa*: alia expulſiva, quæ vindicatur hoc Interdicto: alia ablativa, cujus objectum ſunt res mobiles, contra quarum raptorẽ datur in ſpecie actio vi bonorum raptorum, alia deniq; turbativa contra quam comparatum eſt interdictum *uti poſſidetis.* Et enim ea quam *Iaſon in leg. ſi quando 9. poſt pr. Cod. unde vi* quintam ſpeciem facit, & appellat, inquietativam, revera non differt à turbativa: quiſquis enim aliquem inquietat, ideo animo facere intelligitur, ut ex ea turbatione jus aliquid ſibi aut poſſeſſionem utique adſerat.

Sunt autem remedia contra vim parata, ſpecialia † quædam, ſed alia communia: Et quædam 2 ſimpliciter talia, quæ aut contra unam tantum, aut contra omnes ſpecies comparata ſunt: alia reſpective talia. Ex ſimpliciter commune remedium ex

Lege

Lege Julia de vi, qua quæcunque tandem vis & ſingulæ ejus ſpecies coercentur: Utcunque in *§. 1. verſ. qui autem* id tantum proponatur de vi expulſiva, & nimirum exempli gratia: neq; enim dubitari poteſt, quin qui vi adhibita aliquem rem ſuam tradere coegerit, aut rem mobilem eripuerit, incidat in Legem Juliam de vi: & probatur ex *leg. 3. §. 2. de vi publ. leg. 1. §. 1. de vi privata.* Medii generis remedium eſt contra vim ablativam & expulſivam, ex conſtitutionibus, in *§. 1. Inſtit. vi bonor. rapt. leg. Invaſor. 5. & leg. ſi quis 7. C. unde vi*, quod attingitur *h. §. verſ. ſed ex conſtitutionibus.*

Interdictum autem quod hic proponitur, tantum pertinet ad vim expulſivam, ſi quis de poſſeſſione fundi, aut ædium dejectus fuerit: pro rebus etiam mobilibus nõ competit, niſi per conſequentiam, quatenus cum quis dejiceretur de fundo aut ædibus, amiſſe fuerunt *l. 1. §. 3. & 6. l. penult. de vi & vi arm.*

Et hoc docet *Juſtinianus quoq; in princip. h. §.* ibi, *fundi vel ædium*, ubi mox quæ ſubjicit, inſignem differentiam oſtendunt inter hoc interdictum, & 3 Interd. uti poſſidetis. In † hoc enim ſuccumbit, qui ab illo ipſo cum quo litigat vitioſam habet poſſeſſionem, id eſt, ſi ei vim intulerit, clam aut precario ab ipſo poſſeſſionem habuerit *§. retinendæ verſ. nam uti ſup. h. titul.* At in illo & nimirum Interdicto *unde vi*, vincit ſpoliatus & dejectus, eique reſtituenda eſt poſſeſſio, licet ab eo ipſo contra quem agit, precario aut clam poſſideat, aut illum vi dejecerit: Quoniam vi delicet, exceptiones nullæ in hoc Interdicto audiuntur. ſed ſpoliatus ante omnia eſt reſtituendus: & daretur occaſio tumultibus, ſi quivis dejectus, rurſus alterum vi dejicere & ſpoliare poſſet. Quod ita accipiendum eſt, ſi ex intervallo alter rurſus dejectus ſit: ceterocquin in continenti qui deiectus eſt, rurſus dejicere poteſt, quin ita non tam deiicere, quam poſſeſſionem ſuam conſervare, et in priſtinam cauſam reverti dicitur *l. qui poſſeſſ. 17. de vi arm.* Itaque in his terminis primo ſpoliatori, & incontinenti rurſus ſpoliato Interdictum iſtud erit inutile. Et hic tamen ſcrupulum movet, quod Paulus ſcribit *5. ſent. tit. 6.* quod qui à me clam precario vel vi poſſidet, cum impune dejicere poſſim. Qua de cauſa *Cuiacius ibid. Duar. 1. diſput. ann. 10 & Hottom. hic.* diſtinguunt inter Interdictum *unde vi*, & id duplex fuiſſe ex Cicerone & aliis locis confirmant: alterum de vi quotidiana, alterum de vi armata, quod & rubrica *Digeſt. lib. 43.* confirmat, De vi (ſcilicet quotidiana) & vi armata, quæ ſcilicet fiat collectis hominibus & haud dubie cum armis, & eſt eadem vis publica: quam diſtinctionem in vim privatam & publicam in *f. §.* proponit Juſtinian. Et proinde jam citati authores, Pauli locum explicant de vi quotidiana. & porro ſi id ita eſt, quod Juſtinian⁹ hic ſcribit. ad vim armatam erit reſtringendum. Quod ſane parum convenit menti Juſtiniani hoc loco: & àquo ideo hanc diſtinctionem, aut non intellectã, aut neglectã ait *Cujac. ad Paulum d. l. 5. ſent.* prorſus ita hodie obtinet per *hunc §.* ut indiſtincte vincat hoc interdicto, qui per quamcunq; vim & à quocunq; dejectus eſt, ut atteſtatur *Menoch. remed. 1. recup. poſſ. n. 7.*

TEXTUS.

6 Tertia diviſio Interdictorum eſt: quod aut ſimplicia ſunt, aut duplicia, ſimplicia ſunt, veluti, in quibus alter actor, alter Reus eſt, qualia ſunt omnia reſtitutoria, aut exhibitoria, nam is eſt actor, qui deſiderat aut exhiberi aut reſtitui: reus autem is eſt, à quo deſideratur, ut reſtituat aut exhibeat. Prohibitoriorum autem Interdictorum alia ſimplicia ſunt, alia duplcia. Simplicia ſunt, veluti cum prætor prohibet in loco ſacro vel flumine publico, ripave ejus aliquid fieri: nam actor eſt, qui deſiderat, ne quid fiat: reus eſt, qui aliquid facere conatur. Duplicia ſunt, veluti, uti poſſidetis Interdictum, & utrubi. Ideo autem duplicia vocantur: quia par utiuſque ligatoris in hoc conditio eſt, nec quiſquam reus præcipue vel actor intelligitur, ſed utriuſque tam rei, quam actoris partes ſuſtinet.

COMMENTARIUS.

1 *Quo ſenſu interdicta dicantur duplicia ad l. 2. §. ult. h. t.*

NOn uno modo actiones aut duplices dicuntur aut mixtæ, ut explicavimus ad *§. quædam ſup. de act.* Et unus modus eſt, qui hic proponitur, ꝙ uterq; litigantium fungitur partibus actoris & Rei. Quod accidit in Interdictis, quibus ad utrumque verba dirigit prætor velut in Interdicto retinendæ, *uti poſſidetis, ita poſſideatis*, cui ſimile & adſine eſt Interdictum de ſuperficiebus, quo ita interdicitur, *uti alter ab altero fruimini &c. l. 1. in pr. de ſuperfic.*

by Google

fic. quod ipſum ideo duplex quoque eſt *d.l.1.§. proponitur 2. de ſuperficieb.* Duo autem circa hoc quæruntur 1. an hoc ſolo ſenſu, quod ſcilicet uterque actor ſit & reus, an & alio Interdicta poſſint dici duplicia 2. an præter Interdicta prohibitoria & quæ ſunt retinendæ poſſeſſionis, alia quoque Interdicta ita duplicia eſſe poſſint, ut in iis uterq; & actoris & Rei partes ſuſtineat. Quod ad prius attinet, † in *l.2.§.ult.h.t.* hæc verba habentur *ſunt quædã 2 interdicta duplicia tam recuperandæ quã adipiſcendæ poſſeſſionis.* Qui ſane eſt alius modus duplicitatis. Et videtur enim hoc velle Juriſconſultus, quod unum idemq; interdictum & pro adipiſcenda & recuperanda poſſeſſione competere poſſit. Verum id fieri poſſe negat *Cui 4. obſ.* 11. ubi propterea jam relata verba ex *l.2.§.ult. in l.ſeq.* transferenda aut prorſus expungenda cenſet. Et ſane ut ſimul & ſemel quis pro adipiſcenda de novo & recuperanda poſſeſſione agat, fieri non poteſt: ſed hoc tamen poteſt, ut idem Interdictum ſit adcommodatum, pro adipiſcenda poſſeſſione, & pro amiſſa recuperanda, quale ſane videtur eſſe interdictum *Ne vi fiat ei &c.* quo quis & adipiſcitur poſſeſſionem *l.1. & 3. in pr. Ne vi fiat*, & depulſus quoque eam recuperat. *l.1.§.3. d.t.*

Quod ad alterum attinet, exiſtimat Ant. Faber *2. conject.* 18. licet interdicta adipiſcendæ & recuperandæ poſſeſſionis ſua natura & regulariter ſint ſimplicia, ita ut diſtinctæ ſint actoris & Rei partes; tamen aliquando in his quoque contingere, ut uterque litigantium partes ſuſtineat actoris & Rei. Atque ita ille JCti verba accipit in *l.3. §. eum igitur 9. de vi arm.* ſi quis dejectus de poſſeſſione incontinenti alterũ rurſus dejecerit. Item ex *l.1.§.1. de Salu. interd.* ubi dicitur, quod inter ipſos dominos interdictum reddatur. Verum 1. utcunque hoc ita dici poſſit, ad iſtum tamen ſenſum verba JCti in *d.§. ultim.* detorqueri nimis duriter mihi videntur. Et ſunt enim illa verba relativa, ſunt ait JCtus, interdicta, ut diximus, duplicia. Dixerat autem ille poſſeſſionis retinendæ Interdicta eſſe duplicia: quod ipſum obſtat, ne prior explicatio de Interdicto, *Ne vi fiat*, &c. huc applicari poſſit: ut ego profecto non videam, quo verba illa, *tam adipiſcendæ quam recuperandæ poſſeſſionis* referri poſſint. Præterea nec verum videtur, quod duobus illis citatis modo textibus, uterque ſuſtineat partes actoris & Rei. Siquidem in *d.l.1.§.1. de Salu. Interd.* poſſidentis conditio melior eſt, neque duo eandem rem in ſolidum poſſidere dici poſſunt: & in ſpecie *l.3.§.9. de vi arm.* utique hic partes actoris ſolus ſuſtinebit, qui poſterior eſt dejectus: aut ad Interdictum retinendæ illi erit recurrendum, ſi ſe poſſidere contendat.

TEXTUS.

7. De ordine & veteri exitu interdictorum, ſupervacuum eſt hodie dicere, nam quoties extra ordinem jus dicitur, (qualia ſunt hodie omnia judicia) non eſt neceſſe reddi interdictum, ſed perinde judicatur, ſine interdictis, ac ſi utilis actio ex cauſa interdicti reddita fuiſſet.

Hunc locum explicavimus ad *princ. h.t.* hoc tãtum addimus, ex cauſa interdicti olim actionem redditam fuiſſe, cum prætor ubi non paruerat alter interdicto, actionem in factum dabat, & ita ad jus ordinarium partes remittebat: ut ad *d.pr.* explicatum eſt.

AD TITULUM XVI.

LIBRI QVARTI INSTITVtionum,

DE POENA TEMERE LITIgantium.

TEXTUS.

Nunc admonendi ſumus, magnam curam egiſſe eos, qui jura ſuſtinebant, ne facile homines ad litigandum procederent, quod & nobis ſtudio eſt: Idque eo maxime fieri poteſt, quod temeritas tam agentium quam eorum cum quibus agitur, modo pecuniaria pœna, modo juriſjurandi religione, modo infamiæ metu coerceatur.

COMMENTARIUS.

NOn ſatis reſpondet titulus his, quæ ſub eo cõtinentur, & latius patet nigrum, quam rubrum Et omnino n. duæ ſunt iſtius tit. partes. Altera proponit remedia, qua homines à temere litigando, qua incipiendo qua continuando, ne id faciant, abſterreantur. Altera de remediis & modis, quibus quos temere aut incepiſſe, aut perſeveraſſe apparet, coerceantur & puniantur. Sunt & porro remedia communia, quæ & abſterrendis hominibus, & ubi peccaverunt, coercendis, apta nata ſunt. Et religio juriſjurandi quæ in *fi. pr.* proponitur, pertinet ad abſterrendos homines, & ad incutiendum metum

metum, ne temere litigent, aut utà temere cœpta lite desistant, de quo mox in §. 1. Actio calumniæ, proposita d. §. 1. simul absterrebat, & coercebat eos qui calumniati essent, quod & de metu infamiæ recte dicitur. Et spectant omnia illa & singula, partim Reum partim actorem, partim utrumq;.

Magnam curam egisse.] Nihil magis turbat concordiam civium, quam multitudo & frequentia litium. Itaq; cum (authore Platone) hoc maxime agere oporteat legislatorem, ut civitatem, quantum fieri potest, reducat quasi ad unitatem, id est, ut cives quam maxime inter se sint concordes, istud consequenter ad curam legislatoris & magistratus, qui est minister legis, pertinere debet, ut amputet lites, & causas earum obstruat quanto magis curandum est, ut ne temere litigent homines, id est ut quis per calumniam instituat actionem: tum ac pertinaciter conventus reus cõtradicat, sed potius cedat, & ultro satisfaciat. Et huic fini instituerunt veteres Romani sponsiones, ut litigatores se mutuo provocarent, & pecuniam deponerent quã victor recuperabat, victus amittebat: ut refert *Varro. lib. 4. de Ling. Lat. in fin. & Festus* (sed loco mutilo) *in verbo sacramentum.*

Qui juxta sustinebant.] Variæ sunt significationes verbi, *sustinere*. Et usurpatur etiam pro *defendere & turri Cicer. 4. Academ.* Philo dum nova quædam commovet, quod ea sustinere vix poterat. Item pro *fulcire* Artus infirmos baculo sustinere Ovid. 6. metam. *Cicero pro domo* cervicib9 sustinere Rempubl. & utroq; modo hic explicari potest verbum istud Hottoman. monet, intelligi] Ctos: sed quidni & magistratus.

TEXTUS.

1 Ecce enim jusjurandum omnibus, qui conveniuntur, ex cõstitutione nostra defertur: Nam reus non aliter suis allegationib. utitur, nisi prius juraverit, quod putãs se bona instantia uti ad contradicendum pervenit. At adversus inficiantes ex quibusdã causis dupli actio constituitur, velutili si damni injuriæ, aut legatorum locis venerabilib. relictorum nomine agatur. Statim a. ab initio pluris quã simpli nomine, est actio, veluti furti manifesti, quadrupli: nec manifesti, dupli. Nam ex his & aliis causis quibusdam, sive quis neget, sive fateatur, pluris quam simpli est actio. Item actoris quoque calumnia coercetur. Nam etiam actor pro calumnia ex nostra constitutione jurare cogitur, quod non animo calumniandi litem movisset, sed existimando se bonam causam habere: Utriusq; etiã partes advocati, jusjurandum solvunt, quod alia nostra constitutione comprehensum est, Hæc autem omnia pro veteri calumniæ actione introducta sunt, quæ in desuetudinem abiit, quia in partem decimam litis actores multabat, quod numquam factum esse invenimus: Sed pro his introductum est & præfatum jusjurandum, & ut improbus litigator, & damnum & impensas litis inferre adversario suo cogatur.

COMMENTARIUS.

1 *Juramentum calumniæ an olim habuerit locum & n. 4.*

2 *De veteri calumniæ actione.*

3 *Sponsiones veteres.*

ECce *enim jusjurandum.*] Hujus religione absterrentur homines à temere litigando, & intelligit enim juramentũ calumniæ, quod non reus tantum, sed &, ut mox in *vers. nam etiam actor.* subjicitur, actor & utriusq; partis advocati præstare cogũtur: de quo late in constitutione Justiniani in *l. 2. C. de jur. propt. cal.* Et eam materiam Speculator Titulo proprio & alii prolixe sunt ad d *l. 2. executi.*

At adversus inficiantes.] De istis actionum generib. tractatur in *§. vi autẽ 19. & §. sed furti. 26. sup. de actionib. & in §. ult. sup. de oblig. quæ ex contr.* ubi rationem istius rei reddere conati sumus. Et pendet istud totum à dispositione juris civilis, quod in his speciatim casibus, voluit homines absterrere à mẽdacio & intentata dupli pœna adigere ut fatentur. Et est adeo hæc particularis prorsus pœna, quæ vix in uno aut altero casu habet locum: neq; enim illud generaliter in omnibus actionibus, & quæ ex conventione etiã descendũt, sancire visum fuit.

Statim autem ab initio.] Nihil istud quidem ad hanc materiam pertinet. Sed voluit Justin. ostendere, nõ in quibus vis actionibus, quod jam diximus, habere locum, ut demum contra inficiantem sit actio dupli. Et sunt quædã ita comparatæ, ut durius sit, si ex ea causa protinus adversus inficiantem esset actio in duplum, veluti si ex contractu aut etiã quasi ex maleficio agatur, quædam contra ita, ut

nimis humanum ſit, ſi demum inficiator teneatur in duplum: quales ſunt actiones, quibus vera maleficia vindicantur: Damnum autem dare licet inter vera maleficia referatur, ejus generis tamen eſt, ut in eo non ſolum dolus, ſed & culpa vindicetur, ut ob hoc mitius cum Reo fuerit agendum. Ex cauſa legatorum, olim per damnationē, poſtea locis ſacris relictorū, ſpeciali ratione placuit ita coerceri improbam inficiationem. Et certa horum ſingulorum ratio dari non poteſt. Nam cum vim inferre & cogere aliquem ut rem tradat, vel maxime vetū maleficium ſit, attamen non protinus qui inficiatur, ſed qui demum contumaciter arbitrio nō paret, in quadruplum condemnatur: niſi ideo conſtitutum eſt, quoniam actio ea in rem eſt reſcripta, & contra tertium etiam poſſeſſ. datur:

Hæc autem omnia.] Ait hæc omnia introducta eſſe pro veteri calūniæ actione &c. Quæ vero omnia? Dixit de pœna inficiationis ad quam hoc referri nō poteſt, cum ea etiamnum duret, & olim quoq; ſemper in uſu fuerit. Juramentum autem calumniæ nō pœnam irrogat, ſed injecta religione à calumniando abſterret Itaque maxime dicitur hoc intuitu ejus quod ſequatur, quod improbus litigator damnum & impenſas litis inferre adverſario cogatur: ubi verbum damni (ſub quo alias & impenſæ litis continentur) in ſpecie ſumitur, & ſignificat, ſi quid præterea ex lite improbe ſibi mota quis damni ſenſerit: cujus rei exemplum ſumi etiam poteſt ex §. *tripli* 14. & §. *ſed hæc quidem* 35. *ſup. de actionib.* Et obſervandum, † quod etiam jure veteri hoc genus 1 juramenti calumniæ non omnino fuerit incognitū, quippe in cauſa novi operis nuntiationis, & damni infecti præſtandum *l. de pupillo* 5. §. *qui opus* 14. *de nov. oper. nun. l. qui bona* 13. § *Qui damni* 3. & §. *ſi alieno* 13, *de dam. inf.* Quod Juſt. generaliter obtinere voluit l. 2. C. *de jureiur. propt. cal.* qui etiam de victo in expenſas condemnando diſpoſuit in *genere in l. properandum* 12. §. *ſive autē* 6. C. *de judic.* ubi latiſſime Dd & inprimis Jaſon. *Item ſi, Angel. Veſ. & alii hic.* Quæ nā illa fuerit vet⁹ calumniæ actio, cuj⁹ hic mentio, numquā ſe legiſſe fatetur Hotto. hic fuiſſe ex LL. XII. tabb. & à Græcis acceptam probabile † faciūt, quæ ſcripſim⁹ ad §. *tripli vero ſup. de act.* 2 *ſub fi.* Illud conſtat non intelligi actionem de calumniatoribus in quadruplum, de qua proprius eſt *tit. in Dig.* Notavit ad hunc §. *Pacius*, quod hoc juramentū apud Romanos olim actor & Reus iuraverint, & provocat ad *orat. Cicer. pro Sext. Roſcio.* ſed imponit Lectori: & de iſto jurisiurandi genere, in iſta oratione eſt verbum nullum. Sed ſane quid ſimile † iſti rei fuit, in ſponſionibus mutuis, quarum meminimus ad *pr. h. t.* & earum nō infrequens mentio apud Cicer. velut in orat. *pro Cecinna.* in medio: ſponſionem facere ni adverſus Edictum prætoris vis facta eſſet: & *pro Quintio, non longe ante fin.* Spōſio facta eſt: Ni ex Edicto prætoris bona Quinctii poſſeſſa non ſint. *Aſconius in 3. Verrinam.* Poſſeſſor, inquit, ſatisdat &c. Rurſus ſponſione ipſe provocatur ab adverſario, certæ pecuniæ aut æſtimationis, quam admittat ni ſua ſit hereditas, de qua contendit. Quæ provocatio & ipſa videtur accepta à Græcis, apud quos in uſu προκλήσεις, quarum in *orat. 3. contra Aphobum* & *in orat. 2. in Steph. inf.* & *alibi Demoſth.* meminit. An autem juramentum † acceſſerit, in his ſponſionibus, an ſeparata 4 quædam ratio jurandi fuerit non temere adfirmaverim. Notum eſt, vulgatum illud, quinquagenario ſacramento contendere: quo pertinet citatus ex Varrone locus *lib. 4. de Ling. Lat. ſub. fin.* Qui, inquit, aliquid petebat, & qui inficiabatur, quinquagenos æris (ita enim rectius pro *qningentos* legitur) deponebant: qui iudicio vicerat, ſuum ſacramentum ab ſacro auferebat &c. Inde enim quod mutuo juramentum intercedebat, videtur factum, ut ipſa pecunia depoſita ſacramentum diceretur. Hinc eſt illud *Cicer. 7. Epiſt fam. penult. ad Volumn.* ſacramento contendas, mea non eſſe. Et 1. *de orat.* quibus cum tibi juſto ſacramento contendere non liceret. *pro Cecinn:* cum Aretinæ mulieris libertatē defenderem, & Cotta Decemuiris religionem injeciſſet, non poſſe ſacramentum noſtrum juſtum judicari &c. Et videntur utrimque litigatores juraſſe, ſe iuſtam cauſam habere. Nam & ita apud Græcos, & nimirum Athenienſes, à quibus hoc acceptum videtur, Ulp. in *orat. Demoſt. de falſa legatione* (pag. mihi 100.) δίωμοσία, inquit, ἡ γινομένη ἐν τοῖς δικαστηρίοις ὅταν ὀμνύει καὶ ὁκατέρος καὶ ὁ φεύγων, αὕτη δὲ καὶ ἀντωμοσία λέγεται. Id explicat Heſychius ἀντωμοσία, inquit, ἑκατέρου μέρους, (utriusq; partis) ὅρκος τοῦ μὲν διαφεύγοντος, ὅτι μὴ ἠδίκησεν, τοῦ δὲ ἐγκαλοῦντος, ὅτι ἠδίκηται. Rei, quod non fecerit injuſte: accuſantis, quod injuſte factum ſit. προμνύει ἢ μὴν ἀληθῆ κατηγορεῖο: ἀντωμοσία δὲ Suidas ὁ τοῦ κατηγορουμένου ὅρκος ὅτι τῷ τ' ἀληθῆ διολογήσειν: ὡσαυτως τοῦ κατηγορεῖντος, ὅτι τῷ τ' ἀληθῆ κατηγορήσειν. Accuſari juramentum, quod vera ſit dicturus pro defenſione: ſicut accuſantis, quod vera ſit deducturus in accuſationem. Quod pene geminū eſt juramento calumniæ, Pollux. lib. 8.

περὶ δικαστικῶν ὀνομάτων: προομοσία μὲν ὅρκος ἐστὶν ὃν κατήγορος προομνύει ἢ μὴν ἀληθῆ κατηγορεῖν: ἀντωμοσία δὲ ὃν κατηγορούμενος ἀντωμνύει, ἢ μὴν μὴ ἀδικεῖν. Juramentū quod primo præſtat accuſator, ſe vera deferre: Juramentum, quod contra præſtat Reus, ſe non injuſte feciſſe. Quę ad hunc locum adnotare viſum fuit.

TEXTUS.

2 Ex quibuſdam judiciis damnati, ignominioſi fiunt: veluti, furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, de dolo: item tutelæ, mandati, depoſiti, directis, non contrariis actionibus. item pro ſocio, quæ ab utraque parte directa eſt, & ob id quilibet ex ſociis, eo judicio damnatus, ignominia notatur. Sed furti quidē, aut vi bon. raptorum, aut injuriarum, aut de dolo, ignominia notantur, non ſolum damnati, ſed & pacti: & recte: plurimum enim intereſt utrum aliquis ex delicto, an ex contractu debitor ſit.

COMMENTARIUS.

1 *Cur tantum ex cauſa quatuor contractuum notentur damnati.*

2 *Ad l. 6. §. 2. de his qui not. infam.*

3 *An evitetur infamia ſi quis judicio conſtituto pecuniam obtulerit.*

SPeciale eſt, quod hic proponitur, quibusdam actionibus, & non tam temeritate litigantis, quā potius dolo his caſibus admiſſo pœna infamiæ irrogatur. Plerisque criminalibus judiciis damnato irrogatur infamia: ſed de iſtis non tractat Juſtinian. ſed de judiciis civilibus: & his tum ex delicto, tum ex contractu. Delicta quatuor enumerat ex quibus unum quaſi generale eſt, quod vindicatur propria & ſubſidiaria actione doli, de qua ſub *tit. de dolo malo.* & eſt ea actio concepta in perſonam cujus directo dolum arguit. Facile autem apparet ratio, cur damnatus ex L. Aquil. non fiat infamis, & propterea iſta actio hic omiſſa ſit: quoniam hac L. tenetur, qui dolum etiam nullum admiſit, & ſimpliciter ad reſarciendum damnum agitur. Cum autem quædā infamia irrogetur ipſo jure ut appareat ex *l. de his qui not. in f.* ex cauſis *h. §.* enumeratis, ſententia demum infamat, & ut ait Juſtinian. DAMNATI fiunt ignominioſi. Et praxis tamen hodie obſervat, ut in ſententia ſuper injuriis, damnato fama reſerretur, quod fortaſſis rationi juris non ſatis convenit *arg. l. non poterit 63. de furtis.*

Item tutelæ.] Illud quæri poſſit, cur † non idem ſit in emto, locato, commodato &c. Tractant eam *Donell.* 18. *comm.* 8. *Alciat.* 2. *pareg.* 36. Et quod venditionem & locationem, cum ibi quiſque ſuum lucrum quærat, non fuit ſatis cauſæ, qui non ſervaret fidem, protinus fieret infamis. Differentiam inter depoſitum & commodatum hanc d. loco reddit Alciatus, quod deponens fidem elegerit depoſitarii, cui totum permiſerit, at non ita commodans, qui forte amico poſcendi non auſus fuerit negare. At contra videatur tanto magis odio dignus, qui cum beneficium accepiſſet & gratuitum uſum, fidē rumpit. Sed plane cum vix ob dolum depoſitarius conveniri poſſit, niſi dum negat depoſitum, turpiſſimum eſt inficiari depoſitum, quod amici fidei & pene conſcientiæ fuit permiſſum & quod nullo colore, cum nudam cuſtodiam habeat, negare quis poſſit. Et faciunt huc bonæ rationes, quibus *Ariſtot. problem. ſect. 29. q. 2.* oſtendit, iniquius & turpius eſſe negare depoſitum quā mutuum. Porro qui defraudat pupillos ſuæ fidei commiſſos, nota iſta dignus eſt. Et jam olim judiciū tutelæ fuiſſe famoſum, apparet ex *Cicer. 1 de orat.* ubi (agens de imperitis advocatis) turpe judicium tutelæ, hoc ſenſu appellat. Et de actione mādati, Idem *Cicero pro Sext. Roſcio.* ſi qui rem mandatam non modo malitioſius, ſed etiam negligentius geſſiſſet, eum majores ſummum dedecus admiſiſſe exiſtimabant. Itaque mandati conſtitutum eſt judicium, non minus turpe quā furti. Hactenus Cicero. Ex quo loco illud ſumme notandum, ſimpliciter iſtam actionem fuiſſe famoſam, licet non dolus expreſſe argueretur, contra quam in *l. 1. de his qui not. infa.* ſcribit Accurſius (quam & *Donell.* 18. *comm.* 8. ſequitur) ubi ait, quod tum demum damnatus fiat infamis, ſi ex his cauſis damnetur nomine doli, ſecus, ſi ob culpam, licet latam. Et ſane durum ſit, quem ob negligentiā fieri infamem: & an forte Cicero ſibi aliquid oratorio more indulſit. De actione pro ſocio idem *Cicero de re orat.* pro *Sexto Roſcio.* In rebus minoribus ſocium fallere, turpiſſimum eſt, & æque turpe atq; illud de quo jam diximus (nimirum de mandato. Et mox: majores, cum qui ſocium fefelliſſet in virorum bonorum numero, non putarunt haberi oportere. Intelligenda autem omnia ſunt de his, qui ſunt damnati ſuo nomine, quod & nominatim adjectū eſt in *l. 1. ver. qui pro ſocio l. 4. §. ult. de his qui no. 2. inf.* & explicatur in *l. 6. §. 2. eod. tit.* 1. ut ſi quis † procuratorio nomine interveniens ſuſceperit judicium & damnatus ſit, (& ſententia enim ferebatur in procuratorē) infamis non fiat, quia ipſe non pec-

cavit, 2. ut nec ipſe principalis, qui deliquit, & per aliam litigavit, fiat infamis; quia ipſe damnatus nō fuit. Idem eſt ſi tutorio & poteſt enim pupillus proximus pubertate dolum cōmittere ut delinquere) aut curatorio nomine lis fuerit agitata *d. l. 6. §. 2.* ubi idem dicitur de herede, in quem ſcilic. lis cum defuncto conteſtata, continuata fuit (ceteroquin enim in heredes actiones pœnales de quibus ibi agitur non dantur) quod bonus ille Ant. Faber. non intellexit, qui imprudenter & imperite, *dec. 8. de err. pragm. cap. 2.* vult expungi verba *vel heres.* Ex contractibus autem etiam propter dolum à defuncto commiſſum, ipſa actione contractus, heredes in ſolidum tenentur, & quidem ita, ut actio in eos detur, quæ contra defunctum mota non fuit, (quod inter omnes conſtat) ſed non ita, ut notentur infamia, cum non ſuo nomine nec ob proprium dolum conveniantur.

Directis.] Ratio cur in contrariis actionibus aliud obtineat eſt in *l. 6. §. ult. de his qui not. infa.* Et qui rem depoſitam ſibi reſtitui vult, & ſaltem impenſas v. c. quas alter ſe feciſſe prætendit, reſtituere recuſat, cum præſertim ea præſtatio poſtea ſupervenerit, nec de impenſis quidquam convenerit, non poteſt dici rumpere fidem, nec tale quidquam committere, propter quod infamia ſit notandus.

Sed & pacti.] Qui ſcilicet pretio dato pacti ſunt ſi gratis remiſſa ſit actio, non notantur infamia *l. 6. §. pact. 3. de his qui not. infam. l. non damnatos 18. C. eod.* Ratio hujus rei eſt *l. 5. d. t.* quod intelligatur confiteri crimen, qui ita pactuſeſt. Confeſſus autē perinde eſt, ac ſi damnatus eſſet, quoniam confeſſus pro judicato habetur, *l. 1. de confeſſis* utrumque ſcilicet per fictionem quandam juris: ceteroquin ſi ea veritas eſſet, etiam pactus ex ceteris cauſis, mandati, depoſiti &c. fieret infamis: quod contra eſt *h. text. & l. 7. de his qui not. infa.* Et eſt præterea hæc diverſitatis ratio, quod qui paciſcitur ſuper crimine, non niſi crimen confiteri præſumi poteſt, poſtquam hinc præſumptio confeſſionis inducitur: at qui paciſcitur ſuper contractu, præſumitur humanius, pactus eſſe ſuper eo quod intereſt alterius, ut nihil neceſſum ſit præſumi: quod falſus ſit dolum. Porro cum pactus † de crimine pretio ali- 3
quo dato fiat infamis, judicium hinc licet facere de opinione Dd. qui putant evitari infamiā ſi reus ſuſcepto mox judicio, quin ſecundum quosdam ſi etiam poſt litem conteſtatam uſq; ad ſententiam ſolverit pecuniam, ut videre eſt ex *Bartolo in l. actus 22. de his qui not. infam. Coſtalo. in l. 6. eod. tit. in fin. Socin reg. 179. full. 2. Weſ. in parat. eod. ti. n. 9. Gail. 2. obſ. 203.* Et illi generaliter loquuntur de cauſis civilibus etiā ex delicto, ita ſi ut ſi quis offerat & ſolvat pœnam dupli vel quadrupli, cum conventus eſſet actione furti non fiat infamis. Quæ ſententia mihi omnino falſa videtur: Et miror rationem qua Bartolus movetur quod qui ſolvit, ante utique non ſit damnatus, nec damnetur. Etenim non damnatus ſolumvere, ſit infamis, ſed & qui pro damnato habetur, veluti confeſſus, aut ſaltem pretio dato pactus, quæ depictio inducit præſumptionem cōfeſſionis commiſſi criminis. Atquin fortior præſumptio oritur, ſi quis v. c. furti conventus ipſam pœnā dupli aut quadrupli exſolvat; quam ſi exiguo forte pretio dato impetret, ut actio remittatur. Et rurſus miror judicium Interpretum, qui ut ita ſtatuant, moventur unico textu in *l. ſi reus 73. de procurat.* nec animadvertunt, quod ibi de famoſa actione dicitur, tantum exempli cauſa proponi, & ob id ſecundum rationem juris rectiſſime de actionibus contractuū accipi de quibus paulo ante egimus, & ex quarum cauſa pactus non fit infamis.

TEXTUS.

3 Omnium autem actionum inſtituendarum principium abea parte Edicti proficiſcitur, qua prætor edicit de in jus vocando: utiq; enim inprimis adverſarius in jus vocandus eſt, id eſt, vocādus ad eum, qui jus dicturus ſit. Qua parte prætor parentibus & patronis, item parentibus liberisque patronorum & patronarum hunc præſtat honorem, ut non aliter liceat liberis libertisque eos in jus vocare, quam ſi ab ipſo prætore poſtulaverint, & impetraverint: & ſi quis aliter vocaverit, in eum pœnam ſolidorum quinquaginta conſtituit.

COMMENTARIUS.

Poſſit hoc quoque ad pœnas particulares temere litigantium referri: ſi nimirum patrē, aut patronum liberi libertive ſine venia in jus vocaverint.

Actione. n. coercentur pœnali *h. t. in fi. l. pen. & ult. de in ius voc.* Pertinet hoc alias ad materiam *§. pœnales 12. ſup. de act.* ubi & hujus actionis pœnalis fit mentio, & ib. de ea tractant Interpretes. Et apparet Juſtin. id hoc loco, non tam quam exemplum aut ſpeciem temere litigantium pœnæ, propoſuiſſe, ſed ea magis occaſione, quod dixerat, actionum principium eſſe à vocatione in jus: quod ille tam-

quam

quam pro colophone tractationis de actionibus, ad quam omnia hactenus dicta pertinent, & quæ hic finitur, subjeciſſe videtur: ut intelligeremus, actionem omnem eorum magiſtratu & judice legitime inſtituendum eſſe; & cum nemo inauditus damnari poſſit, reum in jus & (ut hoc ipſo loco explicatur) ad eum qui jus dicturus eſt ſuper controverſa quæſtione, prius vocandum eſſe.

Et olim cum omnes actiones à prætore petendæ eſſent, & prætore niſi audita utraque parte formulã & judicem dare non poſſet, oportebat utique prius reum in jus vocatum eſſe.

Et maxime quod quidam objiciunt, concedamus, editionem priorem eſſe (& in Cod. præcedit *tit. de edendo*) nihil tamen contra hunc textum admittimus: quoniam editio actionis poteſt conſiderari hactenus ut prior quatenus & extra judicialiter edi actio poteſt: ceteroquin poterat olim Reus ſimpliciter in jus vocari, & tum in jure, ubi erat album, dicere quam actionem peiturus à prætore eſſet, qua de cauſa in Dig. præcedit *titul. De in jus vocando.*

AD TITULUM XVII.

LIBRI QVARTI INSTITVtionum,

DE OFFICIO IVDICIS

TEXTUS.

Supereſt, ut de officio judicis diſpiciamus. Et quidem in primis illud obſervare debet judex ne aliter judicet, quam Legibus aut conſtitutionibus aut moribus proditum eſt.

COMMENTARIUS.

1 *Diſtinctio officii judicis.*

2 *Sententia an & quatenus contra jus lata, ſit nulla.*

SVpereſt.] Quare ait *ſupereſſe*? puto, quoniam iſtud quoq; pertinet ad Tracta. *de actionibus & judiciis.* Eſt enim nihil aliud judicium, quam apud judicem rei cõtroverſiæ inter actorẽ & reum legitima diſceptatio. Et cum igitur de actionibus exceptionibusque & ita de actore & Reo tractaverit hactenus, merito & de judice ejusq; officio aliquid fuit ſubjiciendum: quam rationem Accurſ. adfert. Ut de officio judicis aliquid in genere dicamus, id vulgo Dd. diſtinguunt in nobile & mercenarium. Rideo illos, qui in hanc diſtinctionem tantum non debacchantur: quaſi vero intelligant Interpp. quod judex pecunia & mercede officium ſuum vendere debeat: ſed verbo non omnino commodo intelligunt officium, (ſicut & deſcribunt) quod ſubſervit actioni, & cui inſtituta actione & judicio conſtituto locus eſt: ſicut per Nobile intelligunt officium judicis, quod ut ita loquar, non eſt miniſtrans, & quod ſtat per ſe. Hujus autẽ rurſus docendi cauſa plures ſpecies conſtitui poſſunt. Aliquando enim magiſtratus ex officio quid facit, etiam nõ imporatus, veluti cum pupillis tutores conſtituit, aut contra reos vel diffamatos per inquiſitionem procedit *l. 1. de juriſdict. l. congruit 13 de of. præſ.* ſæpius id facit imploratus, & vel ad ſimplicem petitionem, veluti cum petente matre aut liberis, dat tutores pupillis, vel ad talem petitionẽ quæ eſt inſtar actionis, veluti cum damni infecti cautio poſtulatur *l. actionis 37. de Obl. & Act.* ſed & olim huc pertinebat petitio interdicti, quæ hodie per modum actionis introducitur, *§. ult. ſup. de interd.* Quin & amplius ex ratione juris quodammodo huc referri poſſint ea, quæ dicebantur prætoriæ cognitionis, ſed quæ cenſentur hodie jure actionum ordinariarum, & tales omnino ſunt, ſed & huc pertinet caſus, quo ſervus cui actio dari non poteſt, implorat officium prætoris contra dominum, ut in ſpecie *l. ſi liber 9 in f. C. de condict. ob cauſam.* Jam ut ad tit. noſtrum revertamur, ille quidem non tractat de officio judicis nobili, ſed nec tamen de illo quod Dd. mercenarium indigitant. Et notanda eſt omnino verbi homonymia. Dd. ea quæ ſunt officii mercenarii & ab eo veniunt, opponere iis ſolent, quæ veniunt jure actionis: quomodo uſuræ ex mora quæ negantur eſſe in obligatione, officio judicis præſtari dicuntur *l. qui per 49. §. 1. de action. empt.* quomodo & impenſæ litis hoc ſenſu officio judicis adjudicantur. Alio vero ſenſu officium judicis *h. t.* uſurpatur, ita ut ſub eo vel maxime, quæ ſecundum ipſam naturam ipſius actionis judicem facere oporter, contineantur, ut ex *tot. h. tit.* apparet: & de officio judicis quædam etiam diximus in *§. omnium 1. ſup. de action.* Jam textum noſtrum videamus.

Ne aliter judicet quam legibus &c.] Judex non eſt legislator, & apud eum non eſt jus δικαιοθεσίας, ſed δικαιοδοσίας & jus conſtitutum tamquam miniſter Legis ille dicere & partibus reddere debet. Si quid non recte ſecundum LL. fecerit judex duplex eſt quæſtio, tum de pœna judicis, tum de jure ſententiæ: & de utroq; diximus aliquid ad *pr. ſup. de oblig. quaſi ex del.* Illa Dd. diſtinctio ſaltẽ hic obſervanda, an ſententia injuſte lata ſit contra jus ſaltem

Digitized by Google

partis, an contra jus, ut loquuntur, constitutionis: quam petunt ex *l.* 1. §. 2. *quæsent. sine app.* Et est istius distinctionis hæc sententia, quod siquidem obliqui sit lata sententia contra jus, valeat ipso jure ab eoque sit appellandum: sin directo adversus leges lata sit, ipso jure sit nulla, nec opus appellatione: *d. l.* 1. §. 2. Rectius videtur loqui *Zasius* & subtilius in *leg. præses* 27. *de re jud. n.* 2. an judex pronunciaverit contra jus in thesi, an in hypothesi, applicando illud personis: v. c. si cum peteretur summa, in qua continebantur usuræ usurarum, simpliciter totam summam adjudicaverit judex, sententia ipso jure valet: Quod si usurarum usuras dixerit deberi judex, nulla erit sententia: ubi non obstat *d. l.* 27. cuius verba, *in usuras usurarum condemnavit.* non sunt iudicis pronuntiantis, sed JCti casum referentis, & quod iudex reipsa & in effectu ita condemnaverit, quod ibid. Dd. notant. Rursus cum de viribus testamenti quæstio disceptaretur, & de ætate disponentis esset dubium, si simpliciter pro testamento pronuntiaverit iudex, valebit sententia: sin pupillo testari posse pronuntiaverit, sententia erit nulla *l.* 2. *Cod. quand. prov. non est nec.* Et hoc ita, si iudex sciens pronuntiat contra ius, ut docet *lex cum prolatis* 32. *de re jud.* ubi amplius *n.* 4. notat *Zasius*, ita obtinere si ius sit certum, secus, si dubium & controversum.

Legibus aut constitutionib.] Passim in iure nostro ista inter se opponuntur, ratione habita ad pristinum statum Reip. Rom. eumque populatem: maxime cum etiam sub primis principibus, conniventia eorum populus adhuc rogantibus Tribunis plebis, quasdam LL. sanciret, quod & secutus est Justin. in §. *constat cum seqq. sup. de jur. natur.* Ceteroquin in statu Monarchico, quæ principes sanciunt, non tantum propriæ & veræ, sed & solæ sunt Leges, *l. ult. C. de LL.* nisi si quid, ut dixi ex principum conniventia pro LL. recipiatur.

TEXTUS.

1. Ideoque si noxali judicio aditus est, observare debet, ut si condemnandus videtur dominus, ita debeat condemnare Publicum Mævium, Lucio Titio, in decem aureos condemno, aut noxæ dedere.

COMMENTARIUS.

QUod in genere, iudicem debere iudicare secundum Leges, præmiserat, id iam exemplis aliquarum actionum propositis, illustrat, & quod in his sit officium iudicis docet. Et de actione noxali, (de qua *sub tit. est proprius*) hoc tantum, quod iudex debeat reum condemnare alternative, ut noxæ aut dedat servum, aut pecuniam solvat. Ego tamen fere putarim id præcise non esse necessarium, nec sententiam fore nullam, si ita concepta non fuerit; Sed crediderim sententiam valituram, licet Reus tantum condemnatus fuerit in pecuniam; quoniam facultatem noxæ dedendi Reus non habet ex sententia: Sed ex Lege, ut docet *l.* 6. §. 1. *de re judic.* ex qua & tale ducitur argumentum.

Quod non venit in actionem iudicati, illud non necesse est, ut sit in sententia: atquin noxæ dare, non venit in actionem iudicati: *dict. leg.* 6. §. 1. Ergo, &c. Et adeo mitor iudicium Hottomanni, qui ex *dict. leg.* 6. §. 1. vult probari, facultatem dedendi noxæ, nominatim in sententia reo permittendam esse. Et inepta nec concludens est ratio, qua movetur ex *dict. leg.* 6. §. 1. quod nullum sit iudicium noxæ deditionis; cuius assertionis hæc sententia est, si scientia aut iussus domini in delicto servi intervenerit, potest agi directo ad æstimationem, nulla facta mentione noxæ deditionis. At, licet ignorante domino servus peccaverit, tamen pro sola noxæ deditione agi non potest, quoniam ita fieret, ut dominus noxæ servum cogeretur dare, nec posset solvere æstimationem damni dati; quod ratio juris haud patitur, quippe quo hoc an servum noxæ dare velit nec ne, libero arbitrio domini est permissum.

TEXTUS.

2. Et, si in rem actum sit coram judice: sive contra petitorem judicaverit, debet absolvere possessorem: sive contra possessorem, jubere ei debet, ut rem ipsam restituat cum fructibus. Sed, si neget possessor, in præsenti se restituere posse, & tempus sine frustratione videbitur restituendi causa petere, indulgendum est ei, ut tamen de æstimatione litis caveat cum fidejussore, si intra tempus, quod ei datum est, non restituerit. Et, si petita sit hæreditas, eadem circa fructus interveniunt quæ diximus intervenire de singularum rerum petitione. Illorum autem fructuum, quos culpa sua non perceperit possessor, sive illorum, quos perceperit, in utraque actione eadem pene

ratio

Digitized by Google

ratio habetur, si prædo fuerit, non habetur ratio, neque consumptorum, neque non perceptorum. Post inchoatam autem petitionem, etiam illorum fructuum ratio habetur, qui culpa possessoris percepti non sunt, vel percepti consumpti sunt.

COMMENTARIUS.

HIC de actione in rem, tum singulari tum universali, quæ est petitio hæreditatis. In utraq; ut §. *hic* docet, officium judicis tum circa res petitas, tum circa fructus versatur. Nos verba textus explicabimus.

Si contra petitorem.] Si contra petitorem judicatum sit, absolvere debet possessorem. Ita Justinian. At enim ita judicatur & hoc ipso contra petitorem, dum absolvitur possessor. Aut an præterea speciali clausula opus est? Ita ut & contra actorem judicetur, & possessor absolvatur? quod sane arguit hic locus; nisi subinepte locutum dicamus Tribonianum. Observavit hoc Wesembec. qui, *judicaverit* explicat, ac si dixisset, *apud se judicandum esse putaverit.*

Quod eo minus probo, quia hæc non tam scripsisse Tribonianum, quam ex veteribus Jurisconsultis descripsisse existimo. Fortassis an, cum actor intenderet, se esse dominum, sicut ubi probaverat dominium, iudex pronuntiabat *Titium actorem videri dominum l. ex diverso* 35. §. 1. *de rei vind.* Ita ubi non probaverat pronuntiavit iudex, *Titium non videri dominum esse* quomodo contra petitorem iudicare dicebatur, & porro consequenter absolvebat possessorem.

Sive contra possessorem.] Mancus hic est Tribonianus. Et hoc enim apertum & certum est, quod ubi probavit actor dominium, cum ad iudicis officium pertineat, ut rem iubeat restituere, quod iussum iudicis dicitur arbitrium in specie. Et est enim hæc actio arbitraria, ut pluribus tractatur in §. *præterea* 31. *sup. de act.*

Sed porro, quid si possessor restituere nolit? Et diximus ibid. tum propter contumaciam possessorem condemnari, quanti actor in litem iuraverit, ut tamen si petitor hoc maluerit, & sua interesse probaverit, etiam per ministros contumaci Reo auferri res & tradi petitori possit, iuxta *leg. qui restituere* 68. *de rei vindicatione.* Sed & ad *præcedentem vers.* addendum est, non tantum absolvi reum, si petitor non probavit dominium, sed etiam aliquando, licet probaverit, si nimirum sine culpa reus possessionem amiserit, *l. sin autem* 27. §. 1. *de rei vindicat.*

Cum fructibus.] Hoc proprie pertinet ad officium iudicis in specie sumptum. Et licet enim expresse fructus petiti non fuerint in libello, tamen iudex etiam super fructibus debet pronuntiare.

Et formula vero hujus actionis talis fuit, *si apparet rem esse Titii, eaque arbitrio tuo non restituatur, judex condemna.* Et hic enim licet nulla expressa mentio fiat fructuum, officio tamē judicis incumbit, ut & fructus restituere iubeat. Sed hic non una distinctione opus est, iuxta *vers. & si hæreditas infra h. tit.*

Et 1. an possessor fuerit bonæ an malæ fidei 2. An fructus sint naturales an industriales, 3. an sint percepti & adhuc exstantes, an consumpti, 4. an sint percepti ante litem contestatam an post eam. Et denique an sint non percepti culpa possessoris, qui dicuntur percipiendi, quos scil. dominus percipere potuisset. De quibus singulis ut hic agamus, non est instituti nostri, & diximus aliquid ad §. *si quis à non domino* 36. *super. de rer. divis.*

Sed si possessor.] Hoc ipsa ratio æquitasque suadent, ut, possessori parato restituere, indulgeatur iustus terminus si rem statim restituere non possit: ut tamen caveat, super æstimatione, si promissioni de restituendo non satisfecerit. Obiicitur, quod reus damnatus quoq; spatium IV. mensium habeat ad satisfaciendum *l. ult. Cod. de usur. rei judic.*

Sed recte respondent Dd. id non pertinere ad actiones reales. Quod ita est declarandum: quoniam spacium istud datum est quasi miserationis causa ut expedire interim reus possit pecuniam: quæ ratio cessat, ubi restituenda res est, & species sive certum corpus, quod Reus penes se habet, & statim restituere potest, & vero debet; cum nulla ratio hic sit concedendæ dilationis. Ex quo duo infero, 1. aliud fore & in realibus actionib., si reus, qui nō restituerit, condemnatq; fuerit in æstimationem; cui nimirum indulgendum est quadrimestre illud tempus 2. contra, nec in personalibus actionibus hanc dilationem concedendam, si reus itidem rem petitam apud se habeat, veluti si commodati, piguoratitia, aut depositi fuerit actum.

TEXTUS.

3. Si ad exhibendum actum fuerit, non sufficit, si exhibeat rem, is, cum quo actum est, sed opus est, ut etiam rei causā debeat exhibere; id est, ut eam causam habeat actor,

actor, quam habiturus eſſet, ſi cum primum ad exhibendum egiſſet, exhibita res fuiſſet. Ideoque ſi inter moras exhibendi uſucapta res ſit à poſſeſſore, nihilominus condemnabitur. Præterea fructuum medii temporis, id eſt ejus quod poſt acceptum ad exhibendum judicium interceſſerit ante rem judicatam, rationem habere debet judex. Quod ſi reus neget, cum quo actum eſt ad exhibendum, in præſenti ſe exhibere poſſe, & tempus exhibendi cauſa petat, idque ſine fruſtratione poſtulare videatur, dari ei debet, ut tamē caveat, ſe reſtituturum. Quod ſi neq; ſtatim juſſu judicis rem exhibeat, neque ſe poſtea exhibiturum caveat, condemnandus ſit in id, quod actoris interēat, ſi ab initio res exhibita eſſet.

COMMENTARIUS.

ACtio hæc hactenus ſimilis eſt actioni de qua in §. *prec.* quod ſicut illic reſtituere & ſi ſtatim non poſſet, data dilatione, deſuper cavere reus tenetur, ita hic reus exhibere, & ſi ſtatim non poſſit cavere debet ſe exhibiturum, *l. de eo* 12. §. *ſi juſta* 5. *ad exhib. h. §. ver. quod ſi neget.* ubi ex *d.* §. 5. pro. *reſtituturum* rectius legeretur, *exhibiturum.* Eſt autē hæc actio principaliter, præparatoria rei vindicationis, *arg. l. ad rem* 56. *de procurat.* ex ratione quæ ſumitur ex *l. 6. de rei vindic.* Sed tamen latius patet, & ex aliis quoq; cauſis & etiam non domino, & cujus intereſt rem exhiberi competit *l.* 3. §. 1. & §. *ſciendum* 6. & *d. l.* 12 §. 2. *ad exhibend.* Tenetur Reus ut rem exhibeat, & quidem cum ſua cauſa, id eſt cum partu, fructibus, & quacunq; utilitate quam actor habere potuiſſet; ſi tempore litis conteſtatæ, exhibita res fuiſſet *h. §. in pr. & verſ. præterea l. Iulianus* 9. §. 3. & §. *quantum* 5. *cum ſeq. d. t.* Itaq; condemnatur, ſi vel non in eadem cauſa exhibeat, vel non omnino exhibeat. Illius exemplum refertur ex *d. l.* 9. §. *proinde* 6. *ad exhib. in §. verſ ideoque*, ſi rem inter moras judicii uſucaptam exhibeat reus, ſive à tertio ſive etiam à ſeipſo, nam ex ratione juris veteris etiam poſt litem cœptam & conteſtatam impletur uſucapio, *l.* 18. & 20. *de rei vind.* quod hodie ſecus eſt, *l. pen. & ult. C. de annali &c.* & diximus *ſup. de uſue.* Hoc caſu itidem ut priori ad omne intereſſe condemnatur *h. §. in fin.* & (quod ſupplendum eſt) aliquando quanti actor in litem juraverit *l. 5. in pr. de in lit. jur. l.* 3. §. 2. *ad exhib.* quod probabiliter tum admiſſum fuit, ubi quis jure dominii rem petiit exhiberi.

TEXTUS.

4. Si familiæ erciſcundæ judicio actum ſit, ſingulas res ſingulis hæredibus adjudicare debet: Et, ſi in alterius perſona prægravare videtur adjudicatio hunc debet invicem cohæredi certa pecunia, (ſicut jam dictum eſt, condemnare. Eo quoq; nomine cohæredi ſuo quiſq; condemnatus eſt, quod ſolus fructus hæreditarii fundi perceperit, aut rem hæreditariam corruperit, vel conſumpſerit. Quæ quidem ſimiliter inter plures quoque quam duos cohæredes ſubſequuntur. Eadē interveniunt &, ſi communi dividundo de pluribus rebus actum ſit. Quod ſi de una re, veluti de fundo, ſi quidem iſte fundus commode diviſionem regionibus recipiat, partes ejus adjudicare ſingulis debet, & ſi unius pars prægravare videbitur, is invicem certa pecunia alteri condemnandus eſt. Quod ſi commode dividi non poſſit, veluti ſi forte homo, aut mulus erit, de quo actum ſit, tunc totus uni adjudicandus eſt, & is invicem alteri certa pecunia condemnandus eſt.

COMMENTARIUS.

DIximus ad §. *quadam ſup. de action.* iſtas actiones mixtas eſſe in rem & in perſonam. In rem quatenus quiſque jure dominii vindicat partem ſuam quam in re cōmuni habet, in perſonam, quatenus alteri obligatur ex quaſi contractu, ob perceptos fructus, aut expenſas factas, aut damnum in re communi datum, iuxta §. *Item* 3. *cum ſeq. de oblig. quaſi ex contr.* Ab his pendet explicatio *hujus text.* Et ad præſtationes perſonales, quatenus actio eſt in perſonam, pertinet *verſ. eo quoque.* Cetera omnia

mnia ad naturam actionis in rem, ut nimirum res inter ſingulos dividantur, & jam ſinguli ſeorſim habeant, aut res integras, aut partes, pro diviſo, quas ante pro indiviſo habebant. Et nimirum agitur, aut de pluribus reb. dividendis, ut inter plures hæredes, judicio familiæ erciſcundæ, vel etiam inter ſocios ex conventione judicio comm. dividundo, aut hoc eodem judicio de rebus ſingulis dividendis. Priori caſu, ſingulas res integras ſingulis adjudicat arbiter, & ſi una res pretioſior ſit, cum cui hæc res adjudicata eſt, tantam pecuniam alteri dare jubet *h. text. in prin.* ſicut jam dictum eſt, ut ait Juſtin. nimirum ſupra in *§. quadam in fin. de action.* Quod non ita accipiendum eſt, quaſi neceſſario res integræ ſingulis hic adjudicandæ ſint, ſed ideo loquitur ita Juſt. quoniam ubi res plures dividendæ ſunt, iſta ratio dividendi commoda eſt, Ceteroquin ſi in hæreditate ſunt fundi, qui commode per regiones diviſionem recipiant, nihil impedit quominus ita illæ dividantur. Poſteriori caſu, aut res recipit partes pro diviſo, & ſingulæ ſingulis aſſignantur: *h. textu verſ. quod ſi de una.* ſin minus, velut ſi agatur de ſervo aut equo, qui communis fuerunt; & quoniam hæc non recipiunt partes pro diviſo, quæ neceſſario faciendæ ſunt, ubi hic agitur, utabeatur à communione, neceſſitas eo rem deducit, ut res æſtimetur, & uni res integra, alteri æſtimatio dimidiæ partis aſſignetur, quâ præſtet, qui rem integram conſequitur, juxta *h. text. verſ. quod ſi commodi.*

TEXTUS.

5 Si finium regundorum actum fuerit, diſpicere debet judex an ſit neceſſaria adjudicatio: quæ ſane uno caſu neceſſaria eſt, ſi evidentioribus finibus diſtingui agros ſit commodius; quam olim diſtincti fuiſſent; nam tunc neceſſe eſt, ex alterius agro partem aliquam, alterius agri domino adjudicari, quo caſu conveniens eſt, ut is alteri certa pecunia debeat condemnari. Eo quoq; nomine quiſq; condemnandus eſt hoc judicio: quod forte circa fines malitioſe aliquid commiſit: verbi gratia, quia lapides finales furatus eſt, vel arbores finales excidit. Contumaciæ quoque nomine, quiſq; eo judicio condemnatur, veluti ſi quis judice jubente metiri agros paſſus non fuerit.

COMMENTARIUS.

IN judiciis duobus familiæ erciſcundæ & communi dividundo facilius ſint adjudicationes, id eſt facilius uni res tota, aut aliquid ultra partem, quæ ad eum pertinet, à judice addicitur (quin, ut mox dicemus in §. *ſequenti* etiam ubi æqualiter res dividitur, fit adjudicatio) Rarius in judicio fi. regund. id admittitur 1. qui agitur tantum de agris & fundis, qui facile recipiunt diviſionem.

Deinde & magis, quia non aditur hic judex tamquam ſuper re communi ut eam dividat, ſed ut cuique quod quiſque ſuum eſſe contendit, adſignet, & ad eum pertinere pronuntiat; quo intuitu hæc actio inſtar habet rei vindicationis, ut appareat, vel ex eo quod de fructibus traditur *in l. 4. §. 2. fi. regund.* Idq; eſt, quod in *pr. h. text.* docet Juſtin. ubi refert caſum, quo neceſſaria eſt adjudicatio, ex *l. 2. & 3 §. 1. eod.* Quo autem intuitu hæc quoque actio dicatur perſonalis *in l. 1. fin. regund.* diximus remiſſive ad *§. quadam 20. ſup. de actionib.*

Eo quoque nomine.] Traditur hic 1. eum quoque hoc judicio coerceri, qui malitioſe verſatus eſt. 2. contumaciam quoque puniri. Videntur iſta excedere poteſtatem judicis huic judicio addicti: nam in primis conſtat iudicem pedaneũ multam irrogare non poſſe, quæ ſolet eſſe pœna contumaciæ, tum vero delictum, commiſſum in excidendis & furandis lapidibus & arboribus finalibus, graviorem pœnam meretur, & extra ordinem ſolet & debet coerceri *arg. l. 1. & 2. tit. de term. moto.* Crediderit quis Juſtinianum ad mores ſeculi ſui, quib. iudicabant ipſi magiſtratus, ita fuiſſe locutum de hac actione. Sed idem fere eſt de contumacia *in l. 4. §. 3. finium reg.* ubi dicitur condemnandus, qui iudici non paret. Et vero poteſt ita accipi condemnatio, ut non multam, ſed intereſſe adverſarii ſignificet: quod iam in mediõ relinquo.

TEXTUS.

6. Quod autem iſtis judiciis alicui adjudicatum fuerit, id ſtatim ejus fit, cui adjudicatum eſt.

COMMENTARIUS.

1 *An ſententia ſit titulus vel cauſa adquirendi.*

HInc colligere ſolent Interpp. quod ſententia transferat dominium. Et *gl. in l. 5. de inſt. & jure*

ſententiam inter modos adquirendi dominii, ex Jure civili, refert. Alii magis putat ſententiam tantum tribuere titulum, ut videre eſt ex his quæ *late diſputat Iaſon in d.l. ex hoc jure 5. de juſt. & jur. col. 6. & ſeqq.* Anton. Faber. *de errorib. pragm. decad. 98. c. 7. & ſeqq.* ſpeciale eſſe ait in tribus his judiciis, ut per adjudicationem dominium adquiratur. Omnes fortaſſis errant. Sententia nec dominium tribuit, nec titulus eſt: nec quidem in iſtis judiciis licet hic facilius quis falli poſſit. Sed enim qui & hic litigât, dominium & titulum jam ante habent, & judex per ſententiam & adjudicatione ſua facit, ut res quæ ante communis pro indiviſo erat, jam pro partibus diviſis cujusq; propria eſſe incipiat: & cum antea poſſeſſio penes litigantes fuerit, nec alia traditio alia neceſſaria ſit, conſequitur, ut præ exiſtente titulo & dominio, quiſq; partis ſibi adſignatæ ſit dominus.

At enim dixerit quis, ita obtinere, ubi æquales partes in re, ſingulis adjudicantur: ſæpe autem accidere, quod & paulo ante diximus, ut ubi res aut plane non, aut non commode dividi poteſt, alteri tota, aut plus quam in ea habet, pro re alia, vel pro pecunia adjudicetur.

Reſpondebo, quod nec hic neceſſum ſit, ut vicem tituli ſententia fungatur, ſi quidem tum vel permutatio, ubi rem pro re ſinguli capiunt, vel ubi pecunia intervenit, intelligatur contrahi empto *argum. l. 1. C. comm. utr. jud.* Sed etiã circa priorem caſum, quo res æqualiter dividuntur, ſubtilius objici poſſit: quod cum partes pro indiviſo quas ſocii in fundo vel alia re habent, ſint ita ſparſæ per totam rem, at neuter ſe hujus vel illius partis dominum dicere poſſit, etiam hic videatur eſſe à poteſtate adjudicationis, quod diviſione facta partes pro diviſo ſeorſim ſinguli tenere & dominium ſibi aſſerere poſſunt. Ex quo eſt, ut ſi ſocius adhuc, partem fundi pro indiviſo pignori obligaverit, diviſione poſtea facta, non debitoris ſolius pars, ſed ſingulorum partes pignori ſint obligatæ, ut eſt *in l. 3. §. 1. qui potior. in pign.* Sed enim, ſi, ubi res quæ communis erat, uni in ſolidum adjudicatur, titulum permutationis admittimus, etiam & multo magis in iſto caſu locum habere poterit. Et deciſionis *in diſt. leg. 3. §. 1.* nulla alia ratio eſt, quam quod obligationis ſemel in parte pro indiviſo conſtitutæ conditio, per diviſionem poſt ſecutam, mutari non poteſt. Et tamen quoniam nec permutatio vera nec emptio hic contrahitur, videtur quid ſingulare hic ſententiæ judicis tributum fuiſſe: & ob hanc quoque rationem *Vlp. tit. 19.* (alias 20.) *de dominiis &c.* adjudicationem in his judiciis retuliſſe inter modos adquirendi dominii videntur. Denique & hoc notandum, verbum *adjudicationis* uſurpari aliquando de eo tantum caſu, quo ſocio res aliqua integra, aut ultra partem quam in ea habet, adſignatur, ut videtur accipi *in §. pen. in pr. h. t.* Veruntamen ex ratione quam dixi *ex l. 3. §. 1. qui pot. in pign.* efficitur, quod recte etiam dicantur adjudicari partes æquales pro diviſo: quomodo & uſurpatur id verbum ſimpliciter ab Ulpiano, & à Juſtiniano *in §. eadem verſ. quod ſi de una h. t.*

AD TITULUM ULT. LIBRI QVARTI INSTITVtionum,

DE PVBLICIS IVDICIIS.

TEXTUS.

Publica judicia neque per actiones ordinantur, neque omnino quidquam habent ſimile cum cæteris judiciis, de quibus locuti ſumus: magnaque diverſitas eſt eorum, & in inſtituendo, & in exercendo. Publica autem dicta ſunt, quod cuivis ex populo executio eorum plerunque datur.

COMMENTARIUS.

1. *Publica unde dicta.*

RAtionem inſtituendorum, ſive conſtituendorum & exercendorum publicorum judiciorũ proprio tractatu perſecutus eſt Sigonius: & tradidit *Briſſon. 2. ſelect. antiq. c. 1.* ex quo id deſcripſit *Gothof. add. ordo 8. de publ. jud.* ubi ipſe Juriſconſ. durante tamen pœna Legum eum ordinem ſublatum eſſe dicit.

Publica dicta ſunt.] Jejuna videtur † ſubtilitas 1 Hottomanni & aliorum, qui negant ideo publica dicta hæc judicia, quod cuivis à populo eorũ executio datur, ſed quia publica facta ſint, ideo cuivis eorum executionẽ cenſent dari. Equid n. aliud hic ſignificare poteſt publicum, quam quod hic proponitur? & an non publica facta eſſe hæc judicia, hoc ipſum ſignificat, quod quivis ex populo reos ejuſmodi deferre & accuſare poſſit? Et illa ſaltem inveſtiganda eſt ratio, cur hæc judicia & delicta tantũ publica facta, & eorũ perſecutio & executio per-

permiſſa fuerit cuivis ex populo. Nec videtur alia, quam quod per iſta delicta iſta Reſpubl. lædi videtur: & ut tradunt *Duar. 1. diſput. 37. Charond. 3. veriſim ult.* hæc judicia pro conſervanda Reipub. tranquillitate conſtituta ſunt: adeo etiam omnibus & ſingulis Reip. membris perſecutio hæc fuit concedenda. Non negarim ad hanc appellationem contuliſſe aliquid, & ſingularem procedendi modum, tum etiam, quod ipſe olim populus vel quos conſtituerat, ſuperiſtis criminibus cognoſcebant. Ex quo populares actiones ab iſtis judiciis ſeparari poſſunt.

Plerumq;] Hott. putat non maledictum pro *fere*, & limitationis gratia, quoniam multi ſunt ex populo & civibus quibus jus accuſandi negatur, de quibus *in l. qui accuſare 8. cum ll. ſeqq. de accuſat.*

TEXTUS.

1. Publicorum judiciorum quædam capitalia ſunt, quædam non capitalia. Capitalia dicuntur, quæ ultimo ſupplicio adficiunt homines, vel etiam aquæ & ignis interdictione, vel deportatione, vel metallo. Cætera ſi quam infamiam irrogant cum damno pecuniario, hæc publica quidem ſunt, non tamen capitalia. Publica autem judicia hæc ſunt: Lex Julia majeſtatis, quæ in eos, qui contra Imperatorem vel rempublicam aliquid moliti ſunt, ſuum vigorem extendit: cujus pœna animæ amiſſionem ſuſtinet, & etiam poſt mortem damnatur memoria Rei.

COMMENTARIUS.

1. *Capitalis cauſa qua.*
2. *Deportatio an omnino ſubrogata in locum interdictionis aquæ & ignis.*
3. *Perduellionis crimen.*

DIviſio judiciorum publicorum à qualitate pœnæ, in capitalia & non capitalia, *ex l. 2. de publ. jud.* Capitalis cauſa in genere etiã cauſã famæ comprehendit *l. dicit 103. de V. S.* quo ſenſu intelligendus eſt Cicero pro Quinto, cauſam eam (quod identidem facit) appellare capitis cauſam. Sed in uſu juris noſtri cauſa capitalis dicitur, † in qua agitur de vita hominis eaq; vel naturali vel civili: Et proinde capitalis pœna eſt, per quam irrogatur mors, & hæc rurſus, vel naturalis, vel civilis: quod accidit, cum quis ſit ſervus pœnæ, veluti cum damnatur in metallum: vel cum ſolam civitatem ſalva libertate amittit: quod rurſus, juxta *hunc §.* aquæ & ignis interdictione, aut deportatione. Ubi illud ſcrupulum habet, quod utriuſq; iſtius † pœnæ 2 meminit Juſtinianus, cum tamen poſterioribus temporibus interdictio aquæ & ignis deſiiſſe, & in ejus locum omnino deportatio videatur ſucceſſiſſe, ut probant textus *in l. 2. §. 1. de pœn. l. 3. ad L. Iul. peculat.* Sed ſane & JCti non in uno loco utramque pœnam conjungunt, velut *in l. imp. 18. de ſtat. hom. l. 5. in princ. de cap. min. l. cum quis 38. in pr. de ſolut. l. 8. §. 1. & 2. de teſtamentis.* Ut fatendum ſit, ut maxime deportatio frequentior fuerit, tamen non omnino prorſus deſiiſſe veterem illam pœnam interdictionis: vix enim dicere liceat, JCtos intuitu veteris Reip. & moris ſaltem & quaſi obiter pœnæ iſtius adhuc feciſſe mentionem.

Cætera publica quidem ſunt.] Sunt enim quædam publica judicia, de quib. mitior pœna & ſaltem damnum pecuniarium, cum infamia (& hæc enim ex omnib. delictis publicis damnatum conſequitur *l. infamem 7. de public. jud.*) irrogatur, h. §. qui ſupplẽdus eſt *ex l. 2. in fin. d. t.* quod aliquando etiam pœna eſt coercitio in corpus: cujus ſpecies latiori ſignificatione etiam recte conſtituitur relegatio.

Lex Iulia Majeſtatis.] Improprie loquitur: neque enim Lex Julia majeſtatis eſt judicium publicum, ſed per eam (quæ eſt ſententia Juſtiniani) conſtitutum hoc eſt, ut iſtud crimen eſſet publicum. Nec tamen exiſtimandum eſt, ante hanc Legem Juliam iſtud aut nullum crimen aut non publicum fuiſſe: conſtat n. in omni Repub. etiam populari hoc crimen comitti: ſed & conſtat, quod apud Romanos, ſub ſtatu Democratico aut Ariſtocratico fuerit publice hoc crimen vindicatum. Sed Legi Juliæ hoc tribuitur, vel quia à Julio Cæſare mutato priori ſtatu, & converſo in Monarchicum, qui ſtatus porro perduravit, lata fuit: vel quia plenius & accuratius ea Lege, iſta res ſancita fuit. Duo autem genera iſtius criminis conſtituit † Juriſconſultus *in l. 3 ultim. ad L. Iul. majeſt.* alterum quod vocatur nomine ſpeciali perduellionis crimen, ſi quis hoſtili animo ſit affectus & quid machinetur erga principem aut Rempubl. alterum, quod retineat generale nomen criminis majeſtatis, ſi quis ex alia cauſa in Legem committat: Et procul dubio enim plura capita expreſſit Lex, & plures caſus, quibus in crimen majeſtatis quis incideret,

cideret. & apparet *ex toto tit. ad L. Iul. majeſt.* & in primis *ex l. 4. 5. 6. eod.* Obiiciunt quidã contra definitionem criminis perduellionis, quæ eſt *in d. l. ult.* quod imo ille dictus fuerit reus hujus criminis, qui civem Romanum contra jus libertatis & contra Leges Portias & Sempronias, ut peregrinum tractaſſet: quoniam hæc ſolus populus Rom. ſibi reſervaverat: velut id docent *Onufrius lib. 2. de Civ. Rom. pag. mihi 268. Nicol. Gruchius lib. 2. de comitiis cap. 2. ſub fin.* Sed ſane ſub Monarchico ſtatu iſtud procul dubio in deſuetudinem ivit. Deinde ut maxime demus, quod iſti volunt, at ſi putant hoc ſolum fuiſſe perduellionis crimen, haud dubie errant: nam & perduellionis rei fuerunt ſub ſtatu populari, qui contra eum ſtatum conſilia de regno inivíſſent: Livius de *Caſſio. lib. 2.* ei à quæſtoribus, ex hac cauſa diem dictam perduellionis: & de Manlio Capitolino regnum affectante *lib. VI.* Duumviros, qui de perduellione anquirerent, creatos fuiſſe, refert.

Memoria rei damnatur.] Id eſt, etiam mortuo reo cognitio abſolvitur, & contra mortuum reum ſententia fertur, quod in aliis criminibus regulariter ſecus eſſe, notavimus *ad §. 1. ſup. de perp. & temporal.*

TEXTUS.

2. Item Lex Julia de adulteriis coercendis, quæ non ſolum temeratores alienarum nuptiarum gladio punit, ſed & eos, qui cum maſculis nefandam libidinem exercere audent. Sed eadem Lege Julia etiam ſtupri flagitium punitur, cum quis ſine vi vel virginem, vel viduam honeſte viventem ſtupraverit. Pœnam autem ſtupratoribus eadem Lex irrogat, ſi honeſti ſunt, publicationem partis bonorum: ſi humiles, corporis coercitionem cum relegatione.

COMMENTARIUS.

1. *Stuprum quando & quomodo committatur, & ad l. 34. de adult. & ad l. 101. de V. S.*

PRobarunt jam pridem doctiſſimi JCti, & alii eruditiſſimi viri, & inter hos *Lipſius in Comment. ad Tacitum, lib. 4.* pœnam adulteri ex lege Julia non fuiſſe capitalem, ſed ex ſanctionibus poſteriorum Impp. talem factam fuiſſe. Itaq; parum caute pœnam gladii Legi Juliæ adſcribit hoc loco Juſtinianus: & ſolet ita excuſari, quod cum Lex Julia pleniſſime de crimine adulterii & ejus pœna diſpoſuerit, etiam quæ poſtea ſuper adulterio ſancita fuerunt, ei Legi fuerint attributa. Porro ſtuprum in genere ſumptum, adulterium quoq; continet, & promiſcue in Lege Julia uſurpatum fuiſſe verbum ſtupri & adulterii teſtantur textus *in l. inter 101. de V. S. l. 6. §. 1. D. ad L. Iul. de adult.* Sed ſtuprum quod committitur in nuptam accepit ſpeciale nomen adulterii. Cæteri congreſſus illiciti proprium ſibi retinuerunt nomen ſtupri. Ait Modeſtinus *in d. l. 101. de V. S.* Adulterium in viduam committi, quod exempli cauſa dictum eſt: nam & congreſſus cum virgine & puero ſtuprum eſt. Et virginis mentio eſt *in d. l. 6. §. 1. de adul.* pueri, ſimul h. §. & idem Modeſtinus *in l. ſtuprum 34. de adulter. meminit.* Ait hoc loco Juſt. ſtuprum committi in viduam vel virginẽ honeſte viventem, id eſt. 1. Quæ non vulgat corpus, nam ſi vidua vulget ſe palam & quaſi corpore quæſtum faciat, non committitur cum ea ſtupri cũ, ſed eſt ſimplex fornicatio, quæ apud Romanos Ethnicos immunis erat à pœna. Quæ cauſſa eſt cur Apoſtoli *Actorum 15.* non interdicunt converſis ad fidem, adulterium, quod Legibus publicis puniebatur, ſed ſcortationem, quæ apud Gentiles licita erat. 2. Quæ nõ eſt concubina, cum hac enim non committitur ſtuprum, quia concubinatus jure Romano, & adhuc Juſtinianeo eſt licitus. Idque eſt quod *in d. l. 34. de adulter.* ait Modeſtinus, ſtuprũ committere, qui liberam mulierem ſecum habet, nec ut uxorem nec ut concubinam: (meretricem enim nemo proprie loquendo ſecum habere dicitur, cum ea omnibus ſe proſtituat.) Idq; eſt quod dicitur *in l. 3. in pr. de concub.* ſi quis fœminam ſecum habet, quæ in concubinatu eſſe non poſſit, ſi eam pro uxore habere nolit, ſtuprum committere. Quæ omnia cũ optime cohæreant, apparet, quam ineptus ſit Grammaticus ille Valla, dum *6. elegan. 45.* Modeſtinum *in d. l. 3. 4. de adulter. & in d. l. 101. de V. S.* ſecum ipſo pugnantem facit.

TEXTUS.

3. Item Lex Cornelia de Sicariis, quæ homicidas ultore ferro perſequitur, vel eos, qui hominis occidendi cauſa ambulant cum telo. Telum autem (ut Gaius noſter ex interpretatione Legum duodecim tabularum

bularum ſcriptum reliquit) vulgo quidem id appellatur, quod arcu mittitur, ſed & nunc omne ſignificat, quod manu cujuſq; jacitur, ſequitur ergo, ut lignum & lapis & ferrum hoc nomine contineantur: ductum ab eo, quod mittitur in longinquum, à Græca voce τηλοῦ figuratum. Et ſic hanc ſignificationem poſſum invenire & in Græco nomine: nã quod nos telum appellamꝰ illi βέλος appellãt, ἀπὸ τοῦ βάλλειν. Admonet nos quod Xenophon ſcripſit: καὶ τὰ βέλη ὁμῶς ἐφέρετο, λογχαί, τοξεύματα, σφενδόναι, πλεῖστοι δὲ καὶ λίθοι. Sicarii autem appellantur à Sica, quod ſignificat ferreum cultrum. Eadem Lege & venefici capite damnantur, qui artibus odioſis tam venenis, quam ſuſurris magicis, occiderint homines, vel mala mendicamenta publice vendiderint.

COMMENTARIUS.

1. *Teli ſignificatio.*
2. *An ſuſurris magicis poſſint homines occidi.*

HIC agitur de variis homicidarum generibus, quin & his, qui hominem ſaltem occidere voluerunt. Et ita enim *in pr. hujus §.* ait textus, tenere Lege Cornelia etiam qui hominis occidendi cauſa cum telo ambulaverit. Occurrendum enim fuit gravitate pœnæ, conatui ipſi, qui propinquus eſſet, ne in actum deduceretur. Veroſimile eſt, Cornelium Sullam, poſt ſæviſſimam proſcriptionem, cum paſſim cives impune trucidarentur, tandem ut cædibus finis imponeretur, ut iſtam Legem ferret, quaſi adactum fuiſſe, cujus pœna refertur *in l. 3. § pen. ad L. Corn. de Sicar.* ſecundum quam quod de ultore ferro dicitur h. §. limitandum, aut, quod *ad §. prac.* diximus huc quoque repetendum, & nimirum pœnam capitalem, quæ indiſtincte poſtea homicidiis irrogata fuit, Legi Corneliæ adſcriptã fuiſſe: Conſuetudine tamen generali derogatum eſt juri iſti, quo conatus ordinaria pœna Legis Corneliæ punitur, quemadmodum atteſtatur Clarus, *lib. 5. §. ult. quæſt. 92.*

Telum autem.] Totum hoc deſcriptum eſt *ex l. ſi calumtur 233. §. 2. de verb. ſign.* nimirum de Teli appellatione & notatione, & eſt perſpicuum ſatis. Sed hoc non ſatis mihi videtur recte habere, quod cũ Juſtiniano latius producere velit *teli* appellationẽ, tamen reſtringit ad id, quod manu & in longinquũ mittitur: quod & locus ex Xenophonte citatus, confirmat. Ego vero non dubito, quin Lex Cornelia ut refertur *in l. 1. in pr. Ad L. Corn. de Sicar.* latius eo verbo ſit uſa, dum & pœnam comminatur, qui hominis occidendi cauſa ambulaverit cum telo. Quis enim dubitet eum quoque vel maxime contineri, qui hominis occidendi cauſa ambulaverit cum gladio? cui tamen ea ſignificatio *Teli* non convenit. Et ſit ſane ea quæ hic proponitur, propria teli ſignificatio, at certe Lex Cornelia latius eo verbo uſa, aut ſi mavis, abuſa eſt. Quod & obſervare licet in verbo *Sicarii*, quod à Sica dictum ſub *fin. §.* ait Juſtinianus, quod ſane verbum *Sica* ſpeciale eſt. Sed ut ait *Fabius 10. Inſtit. cap 1.* Sicarios per abuſionem omnes vocamus, qui eædem telo quocunque commiſerint. Et ita ſane hoc verbo utimur, cum Legem Corneliam de ſicariis, dicimus.

Eadem Lege & venefici.] Venefici ambigue dicuntur, tum qui veneno graſſantur, qui utiq; ſunt homicidæ, tum qui magicis artibus idem præſtare dicuntur: Et quidem ut hic ſcribit Juſtinianus, ſuſurris magicis. Videtur ille hic ſecure ſecutus opinionem rudis vetuſtatis, quæ apparet ex LL. XII Tabb. & de qua Rævard. *lib. ſing. ad eas LL. c. 23.* & paſſim ex poetis.

Horat. Epod. 5.

Quæ ſidera excantata voce Theſſala
Lunamque cœlo deripit.

Hac enim re inprimis infamis Theſſalia, ut conſtare poteſt ex *Apuleii lib. 1. metamorph.* Et ejus generis multa Medeæ tribuat *Ovidius 7. metam.* & plura congerit loca *Delrio lib. 2. quæſt. ſeu diſquiſ. magic. quæſt. 9.* & *adde Plin. lib. 28. c. 2.* Verum verbis & ſuſurris hunc effectum tribuere, ineptũ ſane videatur: & veriſſime *Seneca 4. nat. quæſt. 7.* Rudis, inquit, antiquitas, credebat & attrahi imbres carminib. & cantibus, & repelli: quorum nihil poſſe fieri tam palam eſt, ut hujus rei cauſa nullius Philoſophi ſchola ſit intranda. Ope ſane ſpirituum improborum, homines improbos talia patrare poſſe, vix quiſquam negare auſit: & fiet ab hodiernis ſagis quædam non negaverim. Sed multa nimis temere credi, multa illis vane affingi, multa falſa per tormenta illis exprimi, nec paucas per injuriam ignibus tradi, mihi ſane perſvaſum eſt, qua de re pluribus agere non eſt hujus loci: & latiſſime Delrio

d. loco, Bodinus, Wierus, Binsfeldius, Remigius, Gœdelman. alli, ſcripſerunt.

Mala Medicamenta vendiderunt.] Medicamentum vulgo in bonam partem accipitur: hic medium & anceps verbum eſt, ſicut Græcor. φάρμακον. Et notus eſt verſiculus.

φάρμακα πολλὰ μὲν ἐσθλὰ μεμιγμένα,
πολλὰ δὲ λύγρα.

Quin & venenum pro medio verbo uſurpari teſtatur *ICtus in l. 3. §. 2. ad L. Corn de Sicar.* Et ut qui mala medicamenta huiuſmodi & venena hominis necandi cauſa fácit vel vendit, teneatur hac Lege, rationis eſt, ad exemplum ejus qui hominis necandi cauſa cum telo ambulat. Et tamen cum hæc ad perniciem hominum comparata ſint placuit & eũ teneri qui ea publice vendiderit *h. §. & l. 3. §. 1. eod. tit.* & intelliguntur enim hominis necandi cauſa venundari. Et cum tamen in medicina veneni uſus eſſe poſſit. Pharmacopolæ, qui ea vendunt medicis, utique excuſati erunt.

TEXTUS.

4. Alia deinde Lex aſperrimum crimen nova pœna perſequitur, quæ Pompeia de parricidiis vocatur: qua cavetur, ut ſi quis parentis, aut filij aut omnino affectionis ejus, quæ parricidii nuncupatione continetur, fata præparaverit, ſive clã, ſive palam id auſus fuerit nec non is, cujus dolo malo id factum eſt, vel conſcius criminis exiſtit, licet extraneus ſit, pœna parricidij puniatur: & neq; gladio, neq; ignibus, neq; ulli alij ſolenni pœnæ ſubjiciatur, ſed inſutus culeo, cum gallo gallinaceo, cane, vipera & ſimia, & inter eas ferales comprehenſus anguſtias (ſecundum quod regionis qualitas tulerit) vel in vicinum mare vel amnem projiciatur, ut omnium elementorum uſu vivus carere incipiat, & ei cœlum ſuperſtiti, & terra mortuo auferatur. Si quis autem alias, cognãtione vel adfinitate perſonas conjunctas necaverit, Legis Corneliæ pœnam de ſicariis ſuſtinebit.

COMMENTARIUS.

1 *Parricidium quid & unde.*
2 *Pœna parricidij.*

PRima hic quæſtio eſt de nomine parricidij. Vulgo à cæde patris dictum creditur. Sed contradicit Feſtus,† qui parricidam dictum ait, qui quemcunq; hominem occidiſſet: ubi & adducit Legem Numæ, juxta quam parricida ſit, qui liberum hominem dolo malo occiderit. Sicut qui in Feſto non parricidium, ſed PARIcidium legi velint, quaſi ſignificet, qui occiderit parem: alii parricidium generalius nomen eſſe dicunt, quaſi patricidium, non à cæde patris, ſed à patranda cæde deductum: & prius illud Horrom. hic probat. Sed contradicit Plutarchus, qui in Romulo πᾶσαν ἀνδροφονίαν, πατροκτονίαν à Romulo appellatam fuiſſe ſcribit. Aut an dicimus, Plutarchum vim Latini verbi non intellexiſſe? Quod ego haud temere dixerim. Quid quod extat apud *Ciceronem de Legibus.* 2. Qui ſacrum ſacrove commendatum clepſerit rapſeritve, parricida eſto, cujus tamen rei & nominis iſtius appellationisq; rationem ego me non intelligere ingenue fateor: neque enim ita explicari poſſit Cicero, quod iſte, ſaltem quo ad pœnam parricidæ iſtar habeatur: id enim falſum videtur, quamvis faciat aliquid quod eſt de Tarquinio apud *Valer. Max. 1. cap. 1. num. 13.* cum qui vulgarat arcana religionis ejus juſſu culeo inſutum in mare abjectum fuiſſe: & id genus ſupplicii poſtea parricidis LL. 9. C. irrogatum: ut pari vindicta Deorum & parentum violatio exoneretur. Ex quo ſimul apparet, unde hæc pœna parricidarum: quam ſingulari ſapientiæ Romanorum ofatorie magis quã vere tribuere videtur *Cicero orat. pro Roſcio Amerino.* Hinc altera † quæſtio eſt de ipſa pœna & 2 unde ea ſit. Juſtinian. eam tribuit Legi Pompeiæ: Id quidem ſi proprie loquamur, perſpicue falſum eſt. More enim majorum ita puniri ſolitos parricidas, (& adeo diu ante Legem Pompeiam) teſtatur *ICtus in l pœna 9. C. ad L. Pomp. de parricid.* Cui conſentit Cicero, qui pro Roſcio Amerino identidem, à majoribus eam pœnam ſtatutam eſſe refert: & forte argum. ejus quod jam ex *Val. Max.* retulimus, lata ea fuit à Decemviris, nec inepte nihilominus moribus tribuitur *in d. l 9.* cum illo tempore jam Leges XII. Tabularum in deſuetudinem abiiſſent, ex quibus quod ſupererat, moribus receptum referebatur. Romulum plane nullam pœnam in eos qui patrem occidiſſent conſtituiſſe, teſtis eſt Plutarchus d. loco, quia id pro im-

poſſibil

Digitized by Google

poſſibili habuiſſet, ut quis occideret patrem: qua in re idem ipſi judicium fuit quod Soloni, qui teſte *Cicer. in d. oratione* interrogatus cur nullum ſupplicium in eum conſtituiſſet, qui patrem necaſſet, reſpondet, ſe id neminem facturum putaſſe quæ etiam Perſarum ſententia fuit, qui referente *Herodoto lib.* 1. non putarunt eum verum filium eſſe, ſed ſpurium & ſuppoſititium, ſi qui patrem occidiſſe diceretur. Genus pœnæ hic deſcribitur *ex l. un. C. de his qui par. occid. & l. un. C. Theod. eod. lib. 9. tit. 15.* Cicero quidem tantum culei meminit, *in d. orat. pro Roſcio*, nullius autem beſtiæ, quæ cum damnato fuerit incluſa. Et an Ciceronis ævo id ita frequentatum, ego nihil tamen affirmaverim, ſed utique hunc morem antiquiorem fuiſſe Conſtantino, cujus eſt *d. l. un.* apparet ex Juvenali, qui Satyra 8. ver. 214. de Nerone μητροκτόνῳ.

Cujus ſupplicio non debuit una parari
Simia, nec ſerpens unus nec culleus unus.

Et Seneca 1. *de clem. c.* 15. ubi de Auguſto, ſedente in conſilio & cognoſcente, ſuper crimine filii, qui patris vitæ inſidias ſtruxerat. Non culeum, inquit, non ſerpentes decrevit. Et, ſi ita Auguſti ævo obſervatum, quidni & Ciceronis ætate, cum uterque eodem tempore vixerit, ſed Cicero circa 40. annis major. Sed cur addita hæc animalia? Simia dicitur ſuffocare prolem ſuam (ſed nihil hoc ad parricidium) vipera dicitur naſcendo occidere matrem. ſed quid gallus & canis? an quia matrem & prolem inceſtant? Sed nec aliæ beſtiæ ab hac culpa immunes: & nec hinc ſolida ratio deduci poteſt. Immanitatem hujus ſceleris graviter exaggerat *Cicero pro Sexto Roſcio.*

Aut omnino affectionis.] Vulgo legitur *adfinitatis*: ſed illud ſane rectius eſt, & habetur dd. textib. *Cod. Juſtinian. & Theodoſ.* & probant Ruſſardus & Hottomannus. Intelligit autem cæteros in gradu adſcendenti & deſcendenti, *t. 9. ad L. Pompeiam de parricid.* Et illud de liberis poſtea haud dubie adjectum fuit: ſiquidem ex Lege Romuli & ſeqq. quoque temporibus patribus in liberos jus vitæ & necis fuit. Et in *d. t. 9.* tantum fit mentio patris & avi: non filii aut nepotis.

Fata præperaverit.] *In l. un. C.* eſt *properaverit.* quod magis probo. Facit illud Horatii in reſponſo Canidiæ.

Si tardiora facta te votis manent.

Cujus dolo malo factum.] Sive opem tulerit ſive ſaltem mandaverit, quia mandator ſceleris eadem pœna tenetur, ut diximus ad *§. illud ſup. mandasi.* Illud ſingulare, quod etiam conſcii ordinaria hac pœna adficiũtur *h. § & l. 6. ad L. Pom. de parric.* propter atrocitatem: quod & in crimine majeſtatis obſervatur, de quare & qualis ſcientia requiratur, *v. Bart. Bald. Salic. & cæteros in l. 5. § pen. C. ad L. Jul. Majeſt. Alber. Gentil. diſp. 3. & 4. de crim. læſæ majeſt.*

TEXTUS.

5. Item Lex Cornelia de falſis, quæ etiam teſtamentaria vocatur pœnam irrogat ei, qui teſtamentum vel aliud inſtrumentum falſum ſcripſerit, ſignaverit, recitaverit, ſubjecerit, vel ſignum adulterinum fecerit, ſculpſerit, expreſſerit ſciens dolo malo. Ejusque legis pœna in ſervos ultimum ſupplicium eſt, quod etiam in lege de ſicariis & veneficis ſervatur: in liberos vero deportatio.

COMMENTARIUS.

1. *Vis privata & publica.*
2. *Furtum gravius in re fidei alicujus commiſſa.*

APparet iſtam Legem teſtamentariam dictam fuiſſe à principaliori: cæteroquin alias quoque ſpecies falſi coercuit hæc Lex, ut hic ipſe §. docet, in quo tamen exempla tantum quædam referuntur. Et ſunt ēt ſpecies plures: neq; ullum crimen eſt magis vagum, & quod latius pateat, quam falſi crimen. Piget ceteros textus ſubſcribere, qui prolixiores ſint futuri quam commentarii. Et *in §. ſeq.* qui agit de crimine violentiæ, diſtinctio vis privatæ & publicæ fuerit obſervanda, quæ tamen in quo conſiſtat non ſatis liquidum eſt. Apparet, plane non unam eſſe ſpeciem vis publicæ. Et tenetur enim de hac vi, qui per vim aliquam perſonam ſtupraverit *l. 29. §. ult. de adult. l. 3. §. 4. de vi publ.* quāvis forte quis dixerit, non tam vere hanc vim eſſe publicam, quam in odium violenti ſtupratoris Legis Juliæ de vi publica pœnam huc productā fuiſſe. Alia ſpecies eſt quæ committitur contra Leges publicas à perſona publica, & ſcil. magiſtratu juxta *l. 7. de vi publ.* Et ex converſo perhibeatur fortaſſis recte vis publica, quæ commiſſa eſt in perſonam publicam & magiſtratum, idq; argum. *d. l. 7. in fin.* ubi videtur Lege Julia de vi publ. teneri, qui legatos comi-

Digitized by Google

comitesq; eorum iniuria affecerit Justin. distinctionem proponit à modo, an vis fuerit illata armis an sine armis, & horum enim usus publicus. Equidem si quis collectis hominibus aliquem de fundo per vim expulerit, licet tela nulla & arma habuerit, videatur pro vi publica istud habendum, ne fraus committatur in Legem. Et tamen contrariũ nec esse hanc vim publicam, probat textus *in l. si quis §. de vi priv.* nisi quis ex verbo *possit* inferat, eũ Lege Julia de vi quoque publicas posse postulari, sed ut nihilominus iudicio mitiori possit conveniri. De crimine raptus quod *in fin. §.* subiicitur, satis prolixa erat sanctio *in l. un. C. de raptu.* Sequitur de crimine peculatus: quod est genus furti, ab obiecto distinctum cum quis publica, sacram aut religiosam rem furatur. Illud procul dubio est ex nova constitutione *l. un. C. de crim. pec.* quod magistratus ipsi si pecunias puplicas subripiant, capite puniuntur: Quo enim maior hic est grassandi facultas, eo gravius sancienda fides fuit: & præbet hoc argum. illorum sententiæ, qui gravius furtũ esse statuunt, si quis rem fidei suæ commissam intervertat. Cætera publica iudicia tantum per indicem subiicit Justinianus, & nos ad libros Pandectarum remittit: & aut tacendum aut plenius ista fuerint exsequenda. Et nos igitur hic quoque subsistimus.

Finis Commentariorum in Librum IV. & ultimum Institutionum.

FINIS.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

942

A 26.

Digitized by Google